

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIII  
FASCICULO III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE  
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 BOLX REIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del  
Tribunal Supremo

**JOSE CEREZO MIR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO**

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALOS**

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

**MANUEL GARCIA MIGUEL**

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

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

**ADOLFO DE MIGUEL GARCI-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 III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE  
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.  
Dr. Barranquer, 3. GETAFE (Madrid)

## Estimación indirecta y delito fiscal

IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

JUAN CARLOS FERRE OLIVE  
Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

1. La Ley Orgánica 2/1985 realiza una reforma sustancial en materia de delitos contra la Hacienda Pública. Por una parte, modifica el tradicional delito fiscal que ha quedado con una nueva redacción en el artículo 349 del Código penal y, por otra, introduce dos nuevos tipos penales, el fraude de subvenciones, artículo 350 y el delito contable, artículo 350 bis. Todo este grupo de preceptos va dirigido a proteger la Hacienda Pública, entendida como bien jurídico dinámico, valorado, como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público (1). Por ello, se trata de delitos socioeconómicos que protegen un bien jurídico difundido del que son titulares todos los miembros de la sociedad.

La reforma es un paso más en el propósito explicitado por el legislador, a partir de 1977, de comenzar a utilizar el Derecho penal en ámbitos que hasta aquel momento monopolizaba el Derecho administrativo (2). Esta tendencia genera tensiones entre ambos ordena-

---

(1) Así lo entiende un importante sector doctrinal. Cfr. ARROYO ZAPATERO, L.: «Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones,» Madrid, 1987, p. 93 y BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual de Derecho penal, Parte Especial,» Barcelona, 1986, p. 342.

(2) La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal núm. 50/1977 intentó sacar del letargo a la figura penal que entonces se encontraba en el artículo 319 del Código penal. Como destaca BARBERO SANTOS en más de cien años de vigencia de esa regulación penal el Tribunal Supremo no se pronunció en ninguna ocasión. Solamente se conoce una sentencia condenatoria, dictada por una Audiencia Provincial, de 5 de febrero de 1989. Véase BARBERO SANTOS, «Los delitos socio-económicos en España», en Boletim da Faculdade do Direito de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1987, p. 16. Por este motivo puede afirmarse la exclusiva competencia del Derecho administrativo sancionador hasta el año 1987. También hay que recalcar que destacados tributaristas centraron el análisis del «Derecho Penal Tributario» en torno a la legislación tributaria sancionadora, pasando por alto el precepto del Código penal. Así, SAINZ DE BUJANDA, «En torno al concepto y al contenido del Derecho penal tributario», en ADPCP, 1968, p. 96 y ss.

mientos. Para que dichas tensiones sean eliminadas, o al menos reducidas, es indispensable delimitar los respectivos ámbitos y definir las consecuencias que los pronunciamientos dictados en uno de ellos tiene sobre el otro.

El eje de la reforma legislativa lo constituye el delito fiscal que exige, con carácter previo, que exista una relación jurídica de carácter material, no determinada por el Derecho penal sino por el Derecho tributario. El sujeto activo de esta figura delictiva debe ser, al mismo tiempo, sujeto pasivo de una relación jurídica de carácter tributario, por lo que se trata de un delito especial, que sólo puede ser cometido por aquellos que están obligados tributariamente (3).

El tipo de injusto (en cuanto exteriorización de las características objetivas y subjetivas que deben concurrir en un comportamiento para que con carácter general quiera ser evitado por el Ordenamiento Jurídico) de este artículo 349 toma como punto de partida respecto a la acción que quiere evitarse una doble opción:

- a) la elusión del pago de tributos,
- b) el disfrute indebido de beneficios fiscales.

Pero para realizar este tipo no basta con eludir o disfrutar, sino que ambos comportamientos dependen del defraudar, como se ha recordado críticamente por un sector doctrinal (4). Esta exigencia fluye directamente de una concepción patrimonialista del bien jurídico protegido. Si se sostiene que es el patrimonio del Estado (5), esta protec-

(3) De todas maneras, esta caracterización no es pacífica. Con la regulación legal vigente en el período 1977/1985 se abrió una gran polémica acerca del carácter común o especial del delito fiscal. Se preguntaba acerca de la posibilidad de sancionar a personas físicas ajenas a la relación jurídica-tributaria (*extraneus* en dicha relación). Autores como RODRIGUEZ MOURILLO (El nuevo delito fiscal, en Comentarios a la Legislación Penal, dirigido por M. COBO, T. II, 1983, p. 259) e IGLESIAS PUJOLL (La Hacienda Pública como bien jurídico protegido: contrabando y delito fiscal, Barcelona, 1982, p. 258) entendían que era posible admitir la calidad de sujeto activo para todo aquel (persona física o jurídica) que se encontrara en condiciones fácticas de defraudar a Hacienda. Estos planteamientos se reiteran con la nueva regulación (Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito de defraudación tributaria», en Comentarios a la Legislación Penal, dirigida por M. COBO, T. VII, 1986, p. 275 y LAMARCA, «Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1985, p. 743) con parecidos argumentos: resulta paradójico sancionar al representante de la persona jurídica y dejar impune a la persona física que defrauda a Hacienda en nombre de otro. Sin embargo, seguimos manteniendo que se trata de un delito especial que requiere una relación jurídico-tributaria de carácter material como presupuesto del tipo de injusto. Aunque no sea la mejor solución desde una perspectiva político-criminal, es la que mejor se adapta a la situación que describe el artículo 349 del Código penal y a la regulación positiva que establece el actual artículo 15 bis. del Código penal, que no admite la responsabilidad penal del que actúa en nombre de una persona física. Cfr. FERRE OLIVE, «El delito contable», Barcelona, 1988, p. 82 y ss.

(4) Ampliamente al respecto, PÉREZ ROYO, F. «Los delitos y las infracciones en materia tributaria», Madrid, 1986, p. 108 y ss.

(5) *Vid.* entre otros, RODRIGUEZ MOURILLO, «El nuevo delito fiscal», *op. cit.*, p. 257, MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito de defraudación tributaria», *op. cit.*, p. 244 y CORDOBA RODA, «Comentarios al Código penal», III, Barcelona, 1978, p. 1008.

ción debe contar con todas las limitaciones a la tutela penal de la propiedad que se han impuesto a lo largo de los años para evitar la «prisión por deudas». Esto lleva a objetivar la protección penal exigiendo un comportamiento defraudatorio.

Es conveniente recordar que el planteamiento originario de la reforma concretaba, siguiendo en buena medida modelos habituales en Derecho comparado, una serie de conductas tasadas, en las que se dotaba a la defraudación de relevancia penal (incumplimiento de obligaciones tributarias formales o el falseamiento sustancial de los datos, contabilidad o componentes necesarios para determinar el hecho o la base imponible) (6). La supresión de estas limitaciones en el trámite parlamentario trasladó el peso del tipo al verbo defraudar. El concepto y alcance de la defraudación está acuñado en el Código dentro de los delitos contra la propiedad, vinculados sobre todo a la estafa.

Este origen patrimonialista de la fórmula acogida por el legislador choca en buena medida con la naturaleza afirmada del bien jurídico. Para tutelar un bien jurídico de carácter colectivo se utiliza una técnica pensada para proteger bienes jurídicos que poseen carácter individual. De *lege data* una interpretación sistemática del Código vincula la defraudación a la presencia del componente engaño, no necesariamente a la reproducción de todos y cada uno de los elementos que genera la dogmática del delito de estafa, pero sí al componente de ocultamiento de la realidad que sirve de soporte al ánimo de obtener un beneficio económico (7).

El legislador, tras describir las conductas que quiere evitar, que constituyen el contenido del tipo de injusto, supedita la intervención del Derecho penal a que el resultado producido supere una determinada cantidad, 5 millones de pesetas. Es decir, más de 5 millones defraudados es ilícito penal, menos de 5 millones es ilícito administrativo. El ejemplo es casi paradigmático para iluminar la diferencia puramente cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

Ahora bien, una cuestión distinta es que el criterio del montante de la cantidad defraudada, y en la cuantía referida, sea político-criminalmente recomendable. La consideración del derecho comparado afirma lo excepcional del sistema seguido, que no es si no una

(6) Sobre esta técnica legislativa, que delimita con precisión las defraudaciones fiscales penalmente relevantes es un claro ejemplo el ordenamiento jurídico alemán. Cfr. al respecto el § 370 de la Ordenanza Tributaria Alemana (Abgabenordnung). Dicho ordenamiento se destaca por regular esta materia en una ley especial, fuera del Código penal. Sobre los problemas técnicos que presenta la reforma del Derecho Penal Tributario, puede verse TIEDEMANN, K.: «Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität», 2, BT, Hamburgo, 1976, p. 113 y ss.

(7) Sobre el alcance del verbo «defraudar» puede verse PÉREZ ROYO, «Los delitos y las infracciones», *op. cit.*, p. 108 y ss., y también AYALA, «El delito de defraudación tributaria», Madrid, 1988, p. 170 y ss.

exteriorización más de los criterios patrimonialistas que impregnan aún el Código penal.

Técnicamente este elemento cuantitativo puede ser caracterizado como elemento del tipo y como condición objetiva de punibilidad. Si como mayoritariamente suscribe la jurisprudencia y un importante sector doctrinal, se entiende que la cantidad es elemento del tipo, la consecuencia es que forma parte de la descripción concreta de aquello que quiere ser prohibido y que por tanto debe ser captado por el dolo del sujeto. En caso de que se optara por la segunda vía, esto es, que se caracterizara como condición objetiva de punibilidad (8), la realización del tipo subjetivo no estaría supeditada a que el sujeto conociera la cantidad concreta defraudada si no solamente a conocer y querer el hecho de la defraudación. Respecto al resultado, por tanto, bastaría con que se conociera y quisiera la lesión del bien jurídico sin exigir el conocimiento de la cantidad concreta que se defrauda. No debe olvidarse que las condiciones objetivas de punibilidad exteriorizan circunstancias o hechos en razón de planteamientos político-criminales, que no es necesario que sean captados por el dolo del autor, en cuanto el contenido del tipo del injusto no resulta afectado por su presencia.

Esta posición es más acorde con el contenido propugnado del bien jurídico y con su carácter no individual. Asimismo, desde el punto de vista del bien jurídico la clave es el perjuicio en cuanto tal, mientras que el límite cuantitativo es un criterio estrictamente político-criminal. En síntesis operaría como una condición objetiva de punibilidad propia. Sería una causa de restricción de la pena, que concurre aunque se esté ante un tipo de injusto culpable. La necesidad de pena está condicionada a que se cumpla otra circunstancia adicional ajena al injusto y a la culpabilidad, que es la condición objetiva de punibilidad. El sujeto debe superar con su defraudación el límite cuantitativo impuesto por el legislador. Al tratarse de una condición objetiva de punibilidad propia, no puede ser objetada desde la perspectiva de un Derecho penal garantista (9).

---

(8) En este sentido MUÑOZ CONDE, «Derecho penal, Parte Especial», 8.ª ed., Valencia, 1990, p. 795, PÉREZ ROYO, «Los delitos y las infracciones», *op. cit.*, p. 130 y ss.

(9) Como destaca ARROYO, existe un amplio consenso sobre las consecuencias dogmáticas que producen las condiciones objetivas de punibilidad, pero las coincidencias desaparecen cuando se intenta conocer la naturaleza jurídica de dichas condiciones objetivas (Los delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones, *op. cit.*, p. 102). Se trata de elementos que formalmente se encuentran en el tipo objetivo, pero no pertenecen a él. Nada puede objetarse a las condiciones objetivas de punibilidad *propias*, que son puras causas de restricción de la pena. Solamente concurren cuando se da un tipo de injusto culpable al que se agrega otra circunstancia adicional que es en todo caso extraña al tipo de injusto y a la culpabilidad (por ej. en el delito fiscal, superar una determinada cuantía). En cambio, deben rechazarse las condiciones objetivas de punibilidad *impropias*, que autorizan la imposición de una pena a hechos que en principio no pueden sancionarse conforme a las reglas generales del injusto (por ejemplo, eliminar el requisito de dolo respecto a un elemento integrante del tipo

2. Los comportamientos mencionados no sólo configuran el delito fiscal regulado por el Código penal sino que son, al mismo tiempo, trascendentes para el Derechos administrativo sancionador. Toda evasión tributaria interesa a la Inspección de Hacienda, preocupada por aplicar las sanciones previstas en la Ley General Tributaria, pero también al Juez penal, que deberá determinar si está ante el ilícito previsto por el artículo 349 del Código penal.

Esto es así porque coexisten dos sistemas de sanciones. La pregunta es si a un mismo comportamiento pueden corresponder todas las sanciones previstas, penales y administrativas. La respuesta es negativa, pues prevalece el principio *non bis in idem* según el cual nadie puede ser condenado o sancionado dos veces por el mismo hecho, tal como viene consagrando el Tribunal Constitucional desde las sentencias ya conocidas de 30 de mayo de 1983 y 3 de octubre del mismo año. Este principio obliga a determinar cuál es la normativa concluyente y cuál es la excluida. La solución viene dada, en primer lugar, por la Ley General Tributaria, que en su artículo 77.6 otorga prioridad de juzgamiento a la justicia penal e impide la imposición de dos sanciones por el mismo hecho. Precepto que se complementa con el Real Decreto 939/1986, que regula el Reglamento General de la Inspección de Tributos y en análogo sentido por el artículo 10 del Real Decreto 2.631/1985 de 18 de diciembre sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias. Este precepto establece que:

a) Si la Administración comprueba la presencia de acciones y omisiones que pueden ser constitutivas de delito fiscal, deberá pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente, absteniéndose de seguir el procedimiento administrativo sancionador hasta que la autoridad judicial dicte sentencia condenatoria.

b) La remisión del expediente a los tribunales interrumpe los plazos de prescripción para la práctica de liquidaciones administrativas e imposición de sanciones tributarias.

Según el sistema creado, si una misma conducta cae en los ámbitos penales y administrativos se investigará primero su adecuación penal que, de comprobarse, excluirá toda liquidación y sanción administrativa. Por el contrario, si el comportamiento no es relevante para el Derecho penal puede continuar el procedimiento de liquidación y aplicarse las sanciones correspondientes.

3. En este marco general debe situarse el estudio de las consecuencias que el régimen de estimación indirecta puede tener sobre el delito fiscal.

Como es sabido, la estimación indirecta de bases imponibles aparece recogida en el artículo 47 de la Ley General Tributaria como uno de los regímenes previstos en nuestra legislación para determinar la base imponible y está desarrollada en el artículo 50 y 51 de la Ley General Tributaria y especialmente en el artículo 64 del Reglamento General de la Inspección de Tributos. Un procedimiento como

el indicado resulta indispensable en aquellos supuestos en los que el deudor tributario no colabora en la determinación de la suma adeudada. Es el último recurso con que cuenta la Inspección de Hacienda para conocer la base imponible ante las dificultades que se presentan. Este procedimiento permite realizar la liquidación del tributo incluso en supuestos de fuerza mayor, cuando se da el debatido caso del artículo 64 d) del Reglamento de la Inspección de Tributos. Establecida la pertinencia de la aplicación de este régimen, la inspección concretará la base imponible a través de las presunciones contenidas en la propia Ley General Tributaria.

4. A efectos de nuestro análisis parece pertinente diferenciar, por un lado las causas que determinan la posible aplicación de este régimen de estimación indirecta, por otro, el sistema en que el mismo consiste a la hora de determinar la base imponible.

Respecto a las causas a las que nuestra legislación vincula la posible aplicación de este régimen, y si se hace excepción del ya mencionado artículo 64 d) del Reglamento de Inspección de Tributos («que por causa de fuerza mayor se haya producido la desaparición de los libros y registros contables o de los justificantes de las obligaciones contables»), todas ellas presuponen actuaciones del deudor tributario, que de ser probadas ante el juez penal podrían llegar a constituir una base para poder apreciar la realización del tipo del injusto del artículo 349. No se olvide que este precepto sanciona al que «defraudare a la Hacienda estatal, autonómica o local eludiendo el pago de tributos». Es decir, para que el comportamiento del deudor tributario sea penalmente relevante debe quedar incluido dentro del verbo «defraudar». Este concepto lleva implícito una actuación engañosa por parte del sujeto, que debe ser determinante del perjuicio a Hacienda. Por tanto, tiene que plantearse no sólo el incumplimiento de la obligación tributaria, sino que ésta justamente se ha llevado a cabo a través de un procedimiento de ocultación, de engañosa puesta en escena, que posibilita la elusión del tributo.

Los casos previstos en el mencionado artículo 64 pueden servir de base para sobre ellos llegar a dar por probada la presencia de un comportamiento defraudatorio. Recuérdese que éstos son:

a) que el sujeto pasivo o retenedor no haya presentado sus declaraciones (10), o que las presentadas no permitan a la administración la estimación directa u objetiva de las bases o rendimientos;

---

objetivo). Véase al respecto JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts», A.T., 4.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1988, p. 500 y ss.

(10) Se ha discutido intensamente sobre la posibilidad de apreciar el delito fiscal cuando el engaño se produce por omisión (omisión de la declaración tributaria). A esta pregunta ha respondido afirmativamente el Tribunal Supremo (s. 2-3-1988) con un argumento que puede desatar más polémicas que la cuestión originalmente planteada: no presentar la liquidación sería un acto concluyente equivalente a afirmar que no se tiene nada que declarar. Justificar el castigo en base a esta presunción puede

- b) que el sujeto pasivo o retenedor ofrezca resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora, o
- c) que el sujeto pasivo o retenedor haya incumplido sustancialmente sus obligaciones contables.

Una cuestión distinta es que de *lege ferenda* la opción más correcta, tal como aparecía en el contenido del proyecto del que se derivó la reforma del Código de 1985, sea justamente el vincular de forma directa la intervención del Derecho penal a la prueba de alguno de estos comportamientos.

Pero aquí cabe preguntarse cuáles son las implicaciones penales de la determinación de la base imponible a través de la estimación indirecta y el consiguiente establecimiento sobre ella del montante de la deuda tributaria.

Como se apuntaba más arriba la cantidad defraudada no constituye, desde una perspectiva dogmática, la materia de prohibición ya que ésta radica en el hecho de la defraudación. Sin embargo, dicha cantidad es condicionante de la intervención del Derecho penal, al marcar el límite cuantitativo entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

La Inspección de Tributos puede encontrarse, como veíamos, ante la presencia de una acción u omisión aparentemente constitutiva de delito fiscal. En ese supuesto debe remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal para que éste ponga en marcha, en su caso, la actuación de la Administración de Justicia. El problema concreto consiste en determinar si las presunciones en que se materializa la estimación indirecta pueden ser asumidas sin más por la Administración de Justicia y determinar, cuando el perjuicio sea superior a los 5 millones, la intervención del Derecho penal ajustando parte de la pena, la cuantía de la multa, a la cantidad concreta a la que asciende la cantidad defraudada.

Aunque el tema tenga muy importantes implicaciones procesales, parece pertinente efectuar algunas reflexiones desde una perspectiva estrictamente penal.

En *primer lugar*, no estamos aquí y más después de la reforma de 1985, ante una situación en que el Derecho penal actúe material y formalmente como mero derecho sancionador. El artículo 349 es la ley penal en blanco respecto a la relación tributaria y respecto a las normas que llevan a concretar la cuantía de lo defraudado. Pero el que sea ley penal en blanco lo único que indica es que parte de su contenido, el precepto, está fuera del Código penal, en el ordenamiento tributario, pero es el juez penal quien debe estimar probados los presupuestos fácticos que conllevan la aplicación de dicha normativa y quien debe, una vez probados los hechos, aplicar las normas.

En *segundo lugar*, las garantías constitucionales respecto a lo que debe ser probado y a la prueba en sí son distintas en relación con los diferentes elementos del delito. Así, por ejemplo, el principio de

lesión del bien jurídico afecta al tipo del injusto; y el de exclusión de responsabilidad objetiva al tipo subjetivo o a la culpabilidad, según la posición dogmática que se siga. Respecto a la presunción de inocencia, su ámbito será la prueba de aquellas características objetivas y subjetivas a las que se vincula el denominado tipo de autor. Es decir, en la concreta acción de defraudar y en la presencia de la lesión del bien jurídico. Respecto a todo ello debe concurrir en el juez el convencimiento que establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al mismo puede llegar también a través de pruebas indiciarias con los requisitos que establece la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en particular en la sentencia de 1 de diciembre de 1988 que, por otra parte, es práctica habitual de la Sala 2.ª de nuestro Tribunal Supremo, sin que por ello se destruya la presunción de inocencia constitucionalmente consagrada (afecta por tanto, y en relación con el tema que nos ocupa, a los presupuestos del régimen de estimación indirecta más el plus que implique el defraudar).

En *tercer lugar*, la técnica de estimación indirecta de la base imponible aparece como una técnica a emplear, en este caso por el juez penal, una vez ha dado por probada la realización del tipo de injusto, y una vez que ha resuelto por tanto la presencia de la defraudación. Por otra parte, su empleo afecta al pronunciamiento del juez sobre la punibilidad. La autoría de la defraudación no depende de ella, al no referirse a un problema de tipo de injusto, con lo que las exigencias constitucionales de prueba respecto a la responsabilidad penal son necesariamente diferentes, ya que el significado político-criminal del elemento punibilidad también lo es. Aquí, frente al sentido garantista de los restantes elementos del delito es prioritario el principio de utilidad para restringir el empleo del recurso al Derecho penal.

Por lo tanto, desde la perspectiva de considerar la cantidad como un componente de la punibilidad, no hay ningún obstáculo para que el juez penal acuda a la vía de la estimación indirecta para la determinación de la base imponible, cuando no pueda hacerlo de otra forma y como paso previo y necesario para la determinación de la cuantía defraudada.

---

atentar contra un derecho penal garantista. La posibilidad de castigar al que omite totalmente su declaración tributaria se basa en la peculiar situación en que se encuentra dicho sujeto respecto a la Hacienda Pública. El es garante del bien jurídico tutelado desde el mismo momento en que se produce el hecho imponible. La ausencia de declaración al vencimiento del plazo legalmente previsto se convierte en un medio idóneo para inducir a error a la Administración y, en consecuencia, para apreciar este «engaño». Sería preferible, sin duda, de una futura reforma legislativa introdujera expresamente el tipo de sanción de estos comportamientos omisivos. Cfr. al respecto FERRÉ OLIVÉ, «La omisión de declaración tributaria, ¿configura un delito fiscal?» en *Poder Judicial*, núm. 10, p. 137 y ss. BAJO FERNÁNDEZ, «La omisión de declaración como delito contra la Hacienda Pública» en *Infracciones Tributarias, Centro de Estudios Judiciales*, Madrid, 1989, p. 167 y ss. Véase también la Memoria del Fiscal del Estado, Madrid, 1990, p. 372 y ss.

En *cuarto lugar* y pese a lo dicho, no puede desconocerse que es posición mayoritaria en la jurisprudencia la inclusión del perjuicio superior a los 5 millones de pesetas como integrante del tipo penal (11). Entendemos que los defensores de este planteamiento, con independencia de que no suscribamos su posición, deberían probar, con las garantías ya apuntadas respecto al tipo del injusto, que el sujeto realizó acciones y omisiones que supusieron una lesión por una cantidad superior a los 5 millones de pesetas. Es decir, desde el punto de vista penal, la prueba de la lesión y el conocimiento del sujeto sobre el montante de lo defraudado (cuya prueba exige el tipo del injusto) consiste sólo en que supere el referido límite cuantitativo, no en que pueda llegar a concretar la cantidad y el conocimiento del sujeto sobre el alcance de la misma. Con lo que desaparecen las objeciones de emplear en el tipo del injusto, sobre el que subyace el principio político-criminal de garantía, una técnica que responde a exigencias de utilidad y no esencialmente garantistas. El juez puede, a través de esta técnica y de los restantes medios probatorios que estime convenientes llegar al convencimiento de la presencia y superación de esa cantidad y aplicar por tanto el artículo 349 del Código penal ajustando la pena de multa, eso sí, a la cantidad de 5 millones.

5. Todo lo expuesto en sí mismo no es sino una exteriorización más de los problemas que genera el empleo de una técnica inadecuada por parte del legislador penal: la de los delitos contra la propiedad para proteger un bien jurídico de carácter macrosocial como es la Hacienda Pública.

---

(11) También así lo entiende un importante sector doctrinal. Véase al respecto CORDOBA RODA, «Principio constitucional de presunción de inocencia y Ordenamiento Sancionador Tributario-Administrativo y Penal» en XVIII Congreso de la Asociación Española de Asesores Fiscales, Barcelona, 1989, p. 29 y MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito de defraudación tributaria», en Comentarios a la Legislación Penal, dirig. por M. COBO, T. VII, Madrid, p. 267 y nota 110.



# Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de León

**SUMARIO: I. Generalidades. II. La regulación positiva de la llamada propiedad intelectual y su protección penal.** 1. Situación actual. 2. Diferencias principales entre la regulación actual del CP y la anteriormente vigente. 3. Proyectos de reforma. *a) Proyecto de CP de 1980. b) Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983.* **III. Terminología: ¿propiedad intelectual o derechos de autor?** 1. Exposición de la cuestión. 2. Opinión personal. **IV. Naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido.** 1. Planteamiento. 2. Referencias extrapenales. 3. La cuestión desde la perspectiva del Derecho penal. *a) La postura patrimonialista extrema. b) La postura personalista extrema. c) La postura mixta neutral. d) La postura mixta patrimonialista. e) La postura mixta personalista.* 4. Posición personal. *a) Rechazo de las posturas extremas. b) Análisis de los principales argumentos ofrecidos desde las distintas posturas.* b.1) El perjuicio patrimonial. b.2) El potencial perjuicio patrimonial. b.3) La ubicación sistemática de los preceptos sobre las infracciones de los derechos de autor en el CP. b.4) La credibilidad de la mayoría de los derechos protegidos, especialmente en el tipo básico. b.5) La protección en el CP de algunos derechos distintos al del autor. b.6) La dificultad de la protección penal de los derechos morales. b.7) La protección simultánea de intereses patrimoniales incluso cuando lo que inmediatamente se protege son facetas personales. b.8) El argumento «numérico». b.9) La utilización parcial del lenguaje. b.10) La configuración legislativa como básicas de la mayoría de las infracciones patrimoniales y como agravantes de la mayoría de las personales. b.11) Un nuevo argumento para la discusión: la facultad del juez de ordenar la publicación de la sentencia condenatoria. *c) Conclusión: Protección mixta e incoherente.* 5. La protección de intereses supraindividuales. 6. Breve alusión al reconocimiento constitucional de las distintas facetas de los derechos de autor. **V. Reflexiones finales y consideraciones de lege ferenda.**

## I. Generalidades

La regulación jurídica de la llamada propiedad intelectual en sí misma es compleja, entre otras razones, por producirse en diferentes frentes: internacional convencional (1), civil y penal, e incluso gubernativo (2) (entre otras manifestaciones, medidas cautelares, en España al menos hasta la reforma de 1987, a la que enseguida me referiré), olvidando de momento la cuestión de si algunos aspectos de tal propiedad encuentran además reconocimiento constitucional superior al de la propiedad en sentido estricto. Seguramente no es la jurídicopenal la protección más importante de esa llamada propiedad intelectual; desde luego no lo es cuantitativamente, pues es de suponer que los conflictos que se planteen en este terreno se solucionarán la mayoría de las veces en el ámbito civil. Por otro lado, y probablemente en relación con lo anterior, el recurso al Derecho penal no aparece, al contrario que en la protección de otros bienes jurídicos, como evidente, al menos en la contemplación social de las conductas infractoras (incluso las gravemente infractoras) de la llamada propiedad intelectual: los actos de pirateo de cassettes musicales o de videocassettes no producen desde luego una grave alarma social (si por tal entendemos la que se origina en la mayoría de los miembros de la sociedad), hasta el punto de que un altísimo número de personas (desde luego mayor al que encontraría reparos en ello) no tiene ningún escrúpulo en adquirir esas cassettes, aun a sabiendas (o, al menos, con grandísimas sospechas) de que se trata de copias piratas, convirtiéndose así (ahora no hablo necesariamente en sentido técnico) en encubridores

---

(1) Vid., entre otros, CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de propiedad intelectual Especial consideración al delito introducido en el Código penal tras la reforma de 1987*, 1988, 37-52; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 271-289.

(2) Así QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte especial*, tomo III, *infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, 2.ª ed., puesta al día por GARCÍA VALDÉS, 1978, 593 (sobre la protección gubernativa, también 594 s., 597); BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial II. Delitos patrimoniales y económicos*, 1987, 222; y en: *Código Penal comentado*, coordinado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, 1990, 1010 (advierto que este último trabajo de BAJO, aunque aparece en 1990, está redactado, según manifiesta el propio BAJO en la p. cit., en 1986, es decir, bajo la vigencia de la anterior redacción del CP, cuando la Ley de Propiedad Intelectual —LPI— de 1987 y la correspondiente Ley Orgánica —LO— de reforma del CP no eran más que un Proyecto; por ello, en lo que sigue, sólo citaré la *PE II* de BAJO, también referida al Derecho anteriormente vigente y al Proyecto de LPI, pero más completa, pues, en el otro trabajo citado, BAJO se limita más bien a una recopilación de jurisprudencia sobre infracciones penales de los derechos de autor); SOTO NIETO, *Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual*, en: *Poder Judicial, Número especial IX: Nuevas formas de delincuencia (PJ especial IX)*, que recoge las Jornadas de estudio sobre nuevas formas de delincuencia, celebradas en el Centro de Estudios Judiciales, en Madrid, del 28 al 30 de noviembre de 1988), 1989, 383. En la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS se alude también a veces a la triple protección, civil, administrativa y penal, de los derechos de autor y conexos o propiedad intelectual: así las STS 15-12-1969 (A 5917), 27-4-1979 (A 1967), 13-6-1987 (A 4799).

o receptadores (3). Pues bien, la justificación de la intervención del Derecho penal en la protección de la llamada propiedad intelectual y los límites de la misma sólo pueden establecerse una vez que se conozca mínimamente el contenido de dicha propiedad intelectual y la forma en que se plasma hoy dicha protección penal en el Derecho español.

Probablemente no corresponde a un penalista (o al menos yo no lo abordaré) el estudio de los aspectos convencionales y civiles de la propiedad intelectual. Sin embargo, al estudiar el mecanismo más drástico y, a la vez, más limitado de protección de esa propiedad, o sea, el mecanismo jurídicopenal, no habrá más remedio que acudir a la concreta regulación de la materia en la ley (no penal) que se ocupa de la propiedad intelectual (a veces también a las prescripciones convencionales), sobre todo porque, como se verá, los tipos penales están llenos de elementos normativos referidos a esa ley, y, por tanto, habrá que acudir también en ocasiones a la interpretación que de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) hacen los expertos en las mismas, en general los civilistas.

No debe olvidarse que, sin duda, la regulación de una materia como la llamada propiedad intelectual se verá afectada por la progresiva unificación europea (o de una parte de Europa), probablemente ya en 1993, cuando empiece a funcionar el mercado único. Que ello tendrá repercusiones en la protección penal de esa propiedad me parece evidente (entre otras cosas porque en esta materia los tipos penales, como he dicho, van estrechamente unidos a la normativa extrapenal), por mucho que se insista en que el Derecho penal es quizá la rama del ordenamiento jurídico más unida a la soberanía estatal. Esta realidad hace que sea importante en esta materia el estudio del Derecho comparado (4), para conocer los distintos modelos posibles y elegir el que sea mejor (o la combinación que resulte mejor) para la unificación.

Pues bien, aunque probablemente la protección penal de la propiedad intelectual no sea la más importante ni la más eficaz (5), aunque su estudio plantee el problema de tener que acudir constantemente a normas extrapenales, lo cual dificulta la labor del penalista, no

---

(3) En sentido similar, *El problema de la fotocopia de libros. Libro blanco sobre la reprografía ilegal* (editado por el grupo de entidades adheridas a la Campaña para la protección de los Derechos de Autor), 1986, 9 s.

(4) Vid. un resumen de varias legislaciones comparadas en CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 53-57, 80-100.

(5) Aunque al respecto no existe unanimidad doctrinal; veamos dos ejemplos opuestos: para MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 7.ª ed., 1988, 288, «hay que tener en cuenta que los preceptos penales no deben ser aplicados más allá de lo que permiten sus propios términos, y sobre todo la existencia de otros sistemas de protección jurídica que, además, se contienen en la Ley 22/1987, que generalmente son más eficaces» (el subrayado es mío); sin embargo, para VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 174, la protección penal de los derechos de autor «es la más enérgica y eficaz».

acostumbrado a lo mismo, el estudio de tal protección penal se hace muy necesario, precisamente porque la complejidad de su análisis puede hacer que el mismo no se intente con rigor o se abandone a los civilistas, quienes, lógicamente, sólo incidirían de un modo superficial en la problemática penal, creándose así una situación de inseguridad jurídica nada deseable. En este sentido, en Alemania, donde los penalistas se han ocupado muy poco de la protección penal del derecho de autor, probablemente por hallarse la misma regulada, no en el StGB, sino en la *Urhebergesetz* (6), ley en que se regula todo lo relativo a dicho derecho (en lo cual la parcela penal es mínima), señala U. WEBER (7) que existe un bajo nivel en la parte dedicada a la protección penal en las obras que, más en general, se ocupan del derecho de autor. La necesidad de ocuparse de la protección penal de los derechos de autor y conexos parece haber sido entendida por la doctrina penal española, que, desde la aparición de la nueva LP1 y la correspondiente ley de reforma del CP, se ha prodigado en artículos y monografías sobre el tema, prodigalidad que contrasta con la escásima atención que los penalistas le habían prestado antes de la entrada en vigor de esa ley (8).

---

(6) *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (UrhG), de 9 de septiembre de 1965.

(7) *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts. Unter Berücksichtigung der bestehenden zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten*, 1976, 1 (citando un pasaje del comentario a la UrhG de FROMM/NORDEMANN, con el que pone de manifiesto el bajo nivel de los trabajos en cuanto a la protección penal del derecho de autor).

(8) En cuanto a la jurisprudencia, en el momento de redactar estas líneas, el TS no ha tenido ocasión de aplicar los preceptos penales introducidos por la Ley Orgánica 6/1987, a la que enseguida me referiré. Y debe recordarse, como lo hace la Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE) 2/1989 (Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre), que «es muy difícil que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica /1988, de 28 de diciembre, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vaya a ocuparse de los delitos contra la propiedad intelectual en su actual formulación, pues, atendida su penalidad, el procedimiento a seguir será el "abreviado para determinados delitos" (art. 779 de la LECr.) cuyo conocimiento y fallo corresponde al Juez de lo Penal (art. 14.3 de la LECr.) sin que, contra la Sentencia que se dicte, quepa el recurso de casación al estar previsto sólo el de apelación ante la Audiencia Provincial (arts. 795.1 y 796.1 de la LECr.)» (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales —ADP— 1989*, 677); la citada CFGE 2/1989 aparece sin fecha en la revista *Actualidad Penal (AP) 1989-2*, 1527-1553, y en el Repertorio cronológico de legislación Aranzadi de 1990 (A 724); sin embargo, en el *ADP 1989*, 677-706, aparece como Circular 2/1989, de 20 de abril. En el momento de redactar este trabajo, las STS, Sala 2.ª, relativas a los delitos contra los derechos de autor y conexos de que tengo conocimiento, a partir de 1963 (todas ellas operando, como he dicho, sobre preceptos penales hoy derogados), son las de 5-5-1964 (A 2417), 19-5-1964 (A 2723), 7-4-1965 (A 1578), 15-12-1969 (A 5917), 8-5-1971 (A 2204), 23-5-1975 (A 2325), 27-4-1979 (A 1967), 14-2-1984 (A 1129), 30-5-1984 (A 3492), 17-12-1985 (A 6336), 13-6-1987 (A 4799), 13-10-1988 (A 7912), 30-5-1989 (A 4990), 19-1-1990 (A 446), y 2-2-1990 (A 1035) (también guarda relación con la posible infracción de alguna faceta de los derechos de autor y conexos el supuesto de hecho de la STS 9-2-1963, A 483, pero la misma no analizó esa posibilidad por razones que aquí no vienen al caso). Las STS citadas posteriores a 1987 se refieren a casos ocurridos antes de la entrada

## II. La regulación positiva de la llamada propiedad intelectual y su protección penal

1. La llamada propiedad intelectual se halla recogida como «propiedad especial» en los arts. 428 y 429 del Código civil (Cc), el primero de los cuales se limita a expresar que «el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad», mientras que el segundo remite a «la ley sobre propiedad intelectual» para la determinación de «las personas a quienes pertenece a ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración», señalando la aplicación subsidiaria del Cc para lo no previsto por dicha ley (9). La LP1 vigente hasta hace poco

---

en vigor de la LO 6/1987; sin embargo, ello no implica que necesariamente tuvieran que aplicar el tipo penal (antiguo art. 534 CP) vigente antes de la reforma introducida por tal LO, tal y como hicieron las STS citadas, pues, en virtud de lo establecido en el artículo 24 CP, «las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviera cumpliendo la condena», con lo que, de ser más favorable para el reo, la nueva regulación debería aplicarse incluso a los casos juzgados antes de la entrada en vigor de la LO 6/1987, si el condenado todavía cumplía la condena al producirse esa entrada en vigor y, por supuesto, a los todavía no juzgados entonces. ¿Resulta en algún caso más favorable la nueva regulación penal? El antiguo art. 534 CP imponía la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 60.000 pts. en todos los casos de infracción intencionada de los derechos de autor, pasando la pena a ser de prisión menor si se apreciaba reincidencia. Prescindiendo de la comparación en el caso de concurrir esta agravación específica, hoy suprimida, con la nueva regulación la pena es claramente superior en los tipos agravados (como mínimo, arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 pts. —50.000 a 1.500.000 pts. en la LO 6/1987, cuantía modificada después por la LO 3/1989—, según el art. 534 bis b 1 CP); sin embargo, en el tipo básico del nuevo art. 534 bis a), se impone la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 pts., que originariamente, según la LO 6/1987, era de 30.000 a 600.000 pts., es decir una pena pecuniaria igual a la que imponía el antiguo art. 534, y hoy una pena pecuniaria de cuantía superior, pero, sin embargo, no se impone, al contrario que en el antiguo art. 534 CP, ninguna pena privativa de libertad. Por lo tanto, el tipo básico del art. 534 bis a) era, en el momento de su creación (y, en mi opinión, aunque podría plantearse algún problema en el que no entraré, también hoy, pese al aumento de la cuantía de la pena de multa operada en el tipo que nos ocupa en virtud de la LO 3/1989), sin duda más beneficioso para el condenado que el antiguo art. 534 CP, por lo que aquél podía ser aplicado retroactivamente. En virtud del anterior razonamiento, no resulta tan claro lo manifestado por la STS 30-5-1990 (A 4990): «Perpetrados los hechos de autos, durante el mes de enero y los primeros días de febrero de 1985, y enjuiciados los mismos el 12 de mayo de 1986, es evidente que todavía no regía la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1987, debiéndose, por tanto, aplicar, a dichos hechos, el párrafo primero del artículo 534 del texto del Código Penal anterior a la mencionada reforma de 1987». No obstante, la cuestión carece, en mi opinión, de relevancia práctica en los concretos supuestos juzgados por el TS, pues o bien el TS casó la sentencia de la Audiencia para absolver a los procesados (STS 30-5-1989, A 4990, y 2-2-1990, A 1035), o bien, según la propia exposición y razonamiento del TS, se trataba de casos en que los procesados actuaron con ánimo de lucro, lo que haría que, tras la reforma de 1987, las conductas encajaran, como mínimo, en el tipo agravado del art. 534 bis b) 1 a) CP, cuya pena es siempre mayor a la del antiguo art. 534 CP, partiendo de la base de que en estos supuestos no hubo reincidencia (STS 13-10-1988, A 7912; y 19-1-1990, a 446).

(9) El Cc contiene además otra disposición relativa a la propiedad intelectual: en su artículo 10.4, establece que «los derechos de propiedad intelectual e industrial se

tiempo en España data de 10 de enero de 1879 (10). El desfase de esa Ley con la realidad actual de la llamada propiedad intelectual, que conoce nuevos medios técnicos donde plasmar las creaciones que la constituyen, y, a la vez, nuevas posibilidades de infringir masivamente y con relativa facilidad las facultades inmanentes a la propiedad intelectual (11), hacen que en 1987 se apruebe y entre en vigor una nueva LPI (12) y, correlativamente, una Ley Orgánica (LO) que modifica los preceptos del CP relativos a la protección de la propiedad intelectual (13). Esta última no modifica la rúbrica de la Sección tercera («De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial») del Capítulo IV («De las defraudaciones») del Título XIII («De los delitos contra la propiedad») del Libro segundo del CP, pero sí modifica su contenido, dando al art. 534 CP una nueva redacción relativa sólo a la infracción de los derechos de la propiedad industrial, y regulando todo lo relativo a la llamada propiedad intelectual en unos artículos de nueva creación (14), que paso a transcribir (15):

«Art. 534 bis a) Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas quien intencionadamente reproducere, distribu-

protegen dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en que España sea parte».

(10) La misma era desarrollada por un Reglamento, aprobado por RD de 3 de septiembre de 1880, que debe reputarse en vigor (igual que otras disposiciones reglamentarias relativas a la propiedad intelectual), a tenor de lo establecido en la DT 6.ª de la nueva LPI de 1987, en cuanto no se oponga a ésta. También existían otras leyes (cinematografía, libro), que afectaban al régimen jurídico de la llamada propiedad intelectual, que han sido derogadas (total o parcialmente) por la nueva LPI.

(11) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual, en: *PJ especial IX* (1989), 353 s., 357 (el citado trabajo está también publicado en: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain —Homenaje Beristain—*, 1989, 741-747); ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, Protección penal de la propiedad intelectual. Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del Capítulo 4.º, Título XIII del Libro II del Código Penal, en: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y a la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del Capítulo 4.º, Título XIII del Libro II del Código Penal (Comentarios LPI)*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1989, 1986 (el citado trabajo se encuentra también publicado en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7, 1989, 221-250).

(12) Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (BOE de 17 de noviembre).

(13) LO 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección 3.ª del Capítulo IV, Título XIII del libro II del Código Penal (BOE de 17 de noviembre).

(14) Cuyo modo de numeración, derivado de la desafortunada costumbre del legislador penal de «parchear» el CP con reformas parciales que ya ni siquiera guardan coherencia entre sí, ha sido calificado, con razón, de «rocambolésco» por BOIX, en: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON/ORTS BERENGUER/BOIX REIG/CARBONELL MATEU, *Derecho penal, Parte especial*, 2.ª ed., 1988, 883 (lo relativo a infracciones del derecho de autor ha sido publicado también por BOIX, bajo el título Nuevo sistema de protección penal de la propiedad intelectual, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada —RFDUG—* 12, 1987 —publicado en 1989—, *Homenaje al profesor José Antonio Sainz Cantero*, vol. I, 27-40).

(15) La cuantía de las multas viene determinada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal (BOE de 22 de junio).

yere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte, o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras, producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Art. 534 bis b) 1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Obrar con ánimo de lucro.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.
- c) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.
- d) Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro, concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales supuestos el juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

534 bis c) En el supuesto de sentencia condenatoria, el juez podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

534 ter. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis a), y 534 bis b), se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.»

2. No señalaré aquí las múltiples diferencias que se derivan de la sustitución de la antigua LPI por la nueva, sino que me limitaré a poner de manifiesto los cambios que, sin necesidad de una observación detenida, se perciben en la regulación del CP.

Tras una regulación que arranca del CP de 1848 (16), que incluye

(16) Una exposición más detallada de la evolución histórica de la protección penal de Propiedad Intelectual, en: *La Ley*, 1985-2, 1077-1009; CARMONA, *Propiedad intelectual* puede verse en MISERACHS SALA, Acotaciones históricas a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en: *La Ley*, 1985-2, 1077-1009; CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 61-71; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 62-70 (dentro de una perspectiva histórica más amplia, contenida en las pp. 44-77, y no ceñida exclusivamente al Derecho penal). En concreto, sobre los cambios introducidos en el Texto revisado del CP de 1963, en que se fija la redacción que enseguida reproduczo en el texto, cfr. DÍAZ VALCARCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales. Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, 1964, 261-269.

las infracciones de la llamada «propiedad literaria» entre las estafas y otros engaños (y con el cierto paréntesis que supone el CP de 1928), en 1963 se produce una reforma del CP en la materia, que se convierte en la ley vigente hasta que, en 1987, tiene lugar el cambio legislativo al que ya he hecho referencia. Desde 1963 y hasta finales de 1987, la protección penal de la propiedad intelectual se encuentra en la Sección 3.<sup>a</sup> («De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial») del capítulo IV («De las defraudaciones») del Título XIII («De los delitos contra la propiedad») del Libro segundo del CP, sección formada por un solo artículo, el 534, que rezaba:

«El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pts., independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales.

La misma pena se aplicará a los que de igual manera infringieren los derechos de la propiedad industrial.

La reincidencia, en ambos casos, se castigará con la pena de prisión menor.»

Los cambios introducidos por la LO de 1987 que saltan a la vista son los siguientes:

— Se describen conductas concretas y no se produce una referencia indiferenciada a la infracción de los derechos de autor.

— Se matizan las penas, según la gravedad de las infracciones, existiendo penas menos y más graves que la que, con carácter único (salvo el caso de la reincidencia), se imponía hasta la reciente reforma del CP.

— Desaparece la mención de las sanciones determinadas en las leyes especiales (17).

— Desaparece toda referencia a la reincidencia.

— Para los supuestos de mayor gravedad se establece la consecuencia accesoria de cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado (art. 534 bis 2, *in fine* CP).

— Se permite que el juez decrete, a costa del infractor, la sentencia condenatoria en un periódico oficial.

— Se señala expresamente, aunque mediante una remisión normativa, cuál será el especial régimen de la responsabilidad civil *ex delicto*.

En realidad, y al margen de la ya señalada separación de las infracciones de la propiedad industrial, lo único que no ha variado es la ubicación sistemática y el rótulo de la sección en que se contienen los delitos de que nos estamos ocupando.

---

(17) Mención que había aparecido en 1963 y que, en lo relativo a los derechos de autor, se refería sobre todo a determinados artículos de la LPI de 1879 y el Reglamento de 1880, aunque también a otras disposiciones (cfr. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 266-268; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 250-253).

3. La reforma del CP operada por la LO de 1987 no ha seguido la línea propuesta por los dos proyectos de reforma global del CP más importantes, que más bien mostraban, en cuanto a la tipificación de conductas, un carácter continuista con la regulación vigente hasta 1987, si bien desgajando, eso sí, estas infracciones de las relativas a la propiedad industrial y con alguna modificación en otros aspectos. En el Proyecto de Código Penal de 1980 (P 80), la principal novedad respecto de la regulación entonces vigente consiste en la nueva ubicación sistemática de la materia: la misma pasa a ser, dentro del Libro II del Proyecto, el Capítulo III («De las infracciones de los derechos de autor») del Título VIII («De los delitos contra el orden socioeconómico»), en lugar de encuadrarse en los delitos contra el patrimonio. Tal capítulo contiene un solo artículo, el 352, con el siguiente tenor literal:

«El que infringiere intencionadamente los derechos de autor legalmente reconocidos será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la infracción.»

Es decir que las principales diferencias respecto de las normas del CP entonces vigentes radican, además de en la distinta ubicación sistemática, en la supresión de la referencia a la reincidencia, en las penas, graduables según la «gravedad de la infracción», y en que aparece una mención a que los derechos de autor han de ser los «legalmente reconocidos», mención que no parece que añada demasiado.

Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (PA 83) vuelve a ubicar sistemáticamente esta figura en el lugar en que estaba antes de 1987 (y después de 1963) y también actualmente; así, la Sección 3.<sup>a</sup> («De las defraudaciones de los derechos de autor») del Capítulo VI («De las defraudaciones») del Título XI («Delitos contra el patrimonio») del Libro II de dicha PA contiene un solo artículo, el 250, con el siguiente tenor literal:

«1. El que infringiere los derechos de autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según el perjuicio causado.

2. Se decretará, además, la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos oficiales con expresa autorización para ser reproducida, total o parcialmente, en los demás medios de información.»

En este caso la novedad más llamativa es que desaparece el requisito de que la infracción de los derechos de autor se produzca intencionadamente, requisito que se halla presente antes y después de 1987 y en el P 80; tal supresión, si no se debió a un lapsus, pretendió

probablemente conseguir la incriminación de las conductas infractoras de los derechos de autor realizadas con cualquier clase de dolo, no desde luego las conductas imprudentes (que podrían darse, por ejemplo, en casos de error de tipo vencible), pues en la PA 83 los hechos imprudentes sólo se castigan cuando así se establezca expresamente de la conducta. La pena no se gradúa en virtud de la modalidad de la conducta, ni de su gravedad, sino en atención al perjuicio causado. Por fin, se establece, como en la regulación vigente, la publicación en periódicos oficiales de la sentencia condenatoria, pero, a diferencia de lo que ocurre en dicha regulación vigente, tal publicación parece que se establece con carácter obligatorio y no potestativo para el juez; la referencia a la autorización para la reproducción parcial o total de la sentencia en otros medios de comunicación no parece tener mucho sentido, pues tal reproducción es posible sin que la ley lo diga (18).

### III. Terminología: ¿propiedad intelectual o derechos de autor?

1. Sin entrar todavía a determinar más en concreto el carácter del bien jurídico protegido en los delitos que nos ocupan, cosa que, como veremos, es hasta cierto punto discutida, intentaré comprobar si, de entrada, es más correcto denominar a ese bien jurídico «propiedad intelectual» o «derecho de autor» (19).

En la legislación española, penal o no, se utilizan ambas expresiones:

— De «propiedad intelectual» hablan el art. 149,1,9 de la Constitución española (CE), la rúbrica del Capítulo III del Título IV del Libro II del Cc y los arts. 10,4 y 429 del mismo, el mismo nombre de la LPI, las rúbricas de su Libro II y del Título II de su Libro

(18) Pues no parece que las limitaciones establecidas en raras ocasiones a la publicación de sentencias, como las del art. 906 LECrim (relativo sólo a sentencias de casación), sean aplicables por lo general a las sentencias que pudieran condenar por delitos contra los derechos de autor y conexos.

(19) Parece que son los sistemas similares al francés los que prefieren la denominación «propiedad intelectual», mientras que en el órbita germánica se prefiere hablar de «derecho de autor» (*Urheberrecht*), como ocurre en la ya citada ley de ese nombre de 1965, de la República Federal Alemana. Cfr. QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 579, en quien se inspiran los tres autores que cito a continuación; CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 72; BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 896; MORILLAS CUEVA. Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código penal, en: *PJ especial IX* (1989), 421. Por su parte, VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 26, estima que «si nos fijamos en el Derecho comparado, observaremos que la expresión “derechos de autor”, o simplemente “derecho de autor”, es utilizada en la casi totalidad de las legislaciones más progresistas sobre la materia», y cita varios ejemplos (26 s.). Sobre otras denominaciones utilizadas en el Derecho internacional y comparado por diferentes normas, y por la doctrina, cfr., p. ej., CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 72-77; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 27 s.

III, y muchos de sus artículos: 1, 2, 3.3.º, 6.2, 7.4, 10.1, 11, 12, 13, 21.2, etc., y el art. 534 bis a) CP, como sabemos.

— De derecho o derechos de autor hablan la rúbrica del Libro I LPI y varios artículos suyos: 3, 11 y, como sabemos, la rúbrica de la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título XIII del CP (20).

¿Qué denominación resulta más correcta, especialmente en atención al contenido de la mencionada sección del CP, que es lo que más nos interesa?

Los autores que recientemente se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, se hallan divididos. Unos prefieren la denominación de «propiedad intelectual». Se argumenta que el concepto de propiedad tal como se lo entiende hoy («derechos absolutos que conceden a sus titulares todas las facultades posibles sobre un objeto frente a todos los demás») abarca «todo tipo de propiedades especiales, incluida la propiedad intelectual» (21); que el contenido y extensión que se dé a este tipo de derechos «dependen del modelo de reconocimiento y protección de la propiedad privada existente en un determinado ordenamiento jurídico» (22); que los derechos de autor son una parte de la propiedad intelectual, pero no toda ella, pues en el Libro II y III de la LPI se protegen derechos de propiedad intelectual distintos de los del autor (23).

Por su parte, otros autores prefieren la denominación «derecho (o derechos) de autor», fundamentalmente porque consideran que la otra denominación se queda corta y se refiere sólo al aspecto patrimonial de este derecho o a los intereses de otros titulares de los derechos de explotación (24).

(20) Aunque ello parece deberse a un lapsus en la tramitación del Proyecto de LO de reforma de la materia, en el que la rúbrica de la sección del CP se referiría a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

(21) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en: *Comentarios LPI* (coordinados por él mismo), 1989, 27.

(22) ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1988 s.

(23) MORILLAS, *PJ especial IX* (1989), 422 s. Este autor realiza una crítica, en mi opinión exagerada, a la rúbrica de la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título XIII del Libro II CP, pero tiene sin duda razón en que lo que no está justificado es el orden de referencia a «las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial», pues, en el articulado de esa sección, las segundas preceden a las primeras (op. cit., 424). De todas formas, esta última cuestión carece de trascendencia práctica. El argumento señalado en el texto lo utiliza también la CFGE 2/1989, que, si bien no considera «totalmente exacto» encuadrar los delitos que nos ocupan dentro de los delitos contra la propiedad, como hace el CP, menos exacto todavía le parece rubricar la sección correspondiente del CP como «De las infracciones del derecho de autor...», «porque a los derechos de autor está dedicado sólo uno de los libros de la Ley de Propiedad Intelectual, coexistiendo con ellos otros derechos conexos, modalidades de la propiedad intelectual que no son propiamente de autor que incluso están protegidos penalmente en el artículo 534 bis, a) (el derecho de los ejecutantes o intérpretes). Se protegen así no sólo los derechos de autor, enunciado de la rúbrica en el Código penal, sino también otros derechos de propiedad intelectual próximos a los del autor» (*ADP* 1989, 679).

(24) Ya en sentido similar DÍAZ VALCARCEL, *La revisión*, 1964, 263, con cita de otros autores; más recientemente, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad*

Como señala BOIX REIG (25), «la discusión sobre la denominación del objeto de protección ... refleja el diverso sentir ... sobre el alcance del bien jurídico, según se contemple o no en el mismo el contenido moral del derecho que se tutela». Efectivamente, suelen preferir la denominación «propiedad intelectual» quienes conciben el bien jurídico como exclusiva o primordialmente patrimonial, y la de «derechos de autor» quienes conceden bastante importancia al elemento personal o moral del bien jurídico (26).

2. Por mi parte, en contra de lo que opina MORILLAS CUEVA (27), quien califica la cuestión terminológica como «de enorme importancia», considero que la misma no es demasiado trascendente (28), aunque no llego a afirmar, como hacía QUERALT JIMENEZ (29), refiriéndose al cambio de terminología operado en 1963 en

---

*jurídica*, 1988, 155; ROLDAN BARBERO, *Personalismo y patrimonialismo en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, en: *La Ley 1988-2*, 918, quien, a este argumento, añade que la mención constitucional (art. 149.9) a la propiedad intelectual «no puede condicionar, ni por su enclave, ni por su limitada función, la esencia de un bien jurídico, que quedaría, en verdad, confundida con la utilización de un término inadecuado». ROLDAN, que da excesiva importancia, en mi opinión, a la cuestión terminológica, cree que «por mucho que se adjetive espiritualmente» el término propiedad, con él «queda degradada la personalidad del autor». En realidad, ROLDAN tampoco se conforma con la denominación «derechos de autor», sino que considera ideal (op. cit., 919) que se hable de derechos de autor y, a renglón seguido, de propiedad intelectual, para poner de manifiesto los dos tipos de intereses, personales y patrimoniales, en juego; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 29-32, 72, 174, 204, criticando tanto el sustantivo «propiedad» como el adjetivo «intelectual», como alguna otra adjetivación propuesta por la doctrina («propiedad intelectual estática»), prefiriendo la expresión «derecho de autor», aunque utilizando «análoga e indistintamente ambas denominaciones (scil. ésta y la de propiedad intelectual)». BAJO, *PE II*, 1987, 220, sin entrar en la discusión, señala que «puede sostenerse que es la expresión "derecho de autor" la que ha adquirido carta de naturaleza para referirse al conjunto de facultades que el creador tiene sobre su obra literaria, artística y científica». La jurisprudencia reciente de la Sala 2.ª del TS, cuando se pronuncia al respecto, prefiere la terminología «derecho o derechos de autor», aunque sin extenderse demasiado en explicar por qué: vid. STS 23-5-1975 (A 2325), 14-2-1984 (A 1129), 30-5-1989 (A 4990).

(25) *PE*, 2.ª, 1988, 895.

(26) Sin embargo, ello no siempre es así: p. ej., BUENO ARUS, Las últimas reformas del Código penal español, en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, segunda época, 96 (1988), 819, considera que la denominación «propiedad intelectual» es «más clásica y más coherente con el conjunto de derechos aquí protegidos», pero añade que, no obstante ello, la nueva regulación sigue una postura más personalista que patrimonialista (aunque esta afirmación de BUENO ARUS no tiene por qué reflejar, claro está, sus preferencias personales).

(27) *PJ especial IX* (1989), 421.

(28) Sin negar que, como señalan QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 579, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 72, BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 896, y MORILLAS, *PJ especial IX* (1989), 421, en determinados momentos históricos, como en el Convenio de Berna de 1886, ha tenido una transcendencia grande en la realidad; lo que ocurre es que, en mi opinión, también en esa circunstancia histórica, se le dio a la terminología un valor del que en realidad carece. En cualquier caso, el propio QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 579, refiriéndose al cambio de terminología introducido en el CP por la reforma de 1963 (en la que se adopta la expresión «derecho de autor»), quita importancia a la cuestión terminológica, calificando la innovación de 1963 de «inocente».

(29) *Derecho penal español, Parte especial*, vol. I, 1986, 334.

el CP (se pasa de hablar de propiedad intelectual a hablar de los derechos de autor), que se trata de un «desahogo estilístico». Me parece que ambas expresiones, «propiedad intelectual» y «derecho de autor», pueden emplearse, porque no prejuzgan totalmente la naturaleza del objeto a que se refieren. Ciertamente, por propiedad no sólo hay que entender el derecho real por excelencia, sino que jurídicamente se habla desde antiguo de propiedades especiales, y, en el lenguaje común, a la palabra propiedad se le dan distintos significados, entre ellos el de característica o cualidad de una cosa (se habla de propiedades de un elemento químico, un alimento, etc.) (30), sin que exista una relación patrimonial. Además, como señala JIMÉNEZ VILLAREJO (31), aunque la expresión «propiedad intelectual» no es del todo adecuada, tampoco es inaceptable, pues es adoptada por la ley por razones históricas y con cierta prudencia en el legislador (32). Por otra parte, es verdad que, según la LPI vigente, la propiedad intelectual abarca más supuestos que el estricto derecho (o derechos) del autor. Lo que tampoco cabe negar es que, cuando en un contexto jurídico se habla de «propiedad», ello se asocia casi automáticamente a la propiedad por excelencia y, por tanto, se resalta un contenido patrimonial. Como veremos enseguida, me parece fuera de discusión (aunque pueda debatirse si se trata de derechos distintos, la jerarquía entre ellos, etc.) que la LPI reconoce claramente al autor facultades de carácter personal y otras de carácter patrimonial, estando ambos aspectos siempre implicados; también adelanto que, en contra de lo que opina una minoría de penalistas y en concordancia, por tanto, con la opinión mayoritaria, considero que el CP protege (ya veremos cómo y con qué jerarquía) ambos aspectos. Por ello, la terminología «propiedad intelectual», que es aceptable, que es la legalmente más amplia, sin embargo me parece que no describe del todo bien el objeto al que se refiere, pues da una imagen en exceso patrimonialista. La idea de que el régimen que en un ordenamiento se da al derecho que nos ocupa depende del que se da a la propiedad privada quizá sea correcta en cuanto al aspecto patrimonial del derecho, pero no en cuanto al personal.

Por su parte, la expresión «derecho de autor», aunque se liga tradicionalmente a las concepciones personalistas, en realidad es un tér-

---

(30) Este significado del término propiedad parece que fue sacado a la palestra por el diputado socialista Del Pozo i Álvarez, en los debates de lo que hoy es LPI. cfr. ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 918 s.

(31) La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual y las vías judiciales para su exigencia, en: *PJ especial IX* (1989), 359 s.

(32) Que, en el Preámbulo de la LPI, habla de los derechos «denominados» de la propiedad intelectual. J. VILLAREJO, *PJ especial IX* (1989), 360, prefiere en todo caso la denominación imperfecta «propiedad intelectual» que la de «derechos de autor», que, como enseguida señalaré, deja fuera ciertos derechos relacionados con los de éste y protegidos por la LPI.

mino bastante neutro (33), pues no alude al contenido del derecho, sino sólo a su titular, de modo que podría valer incluso para quienes consideraran que el contenido es exclusivamente patrimonial o que la protección penal sólo se centra en ese aspecto. Sin embargo, sobre todo teniendo en cuenta la LPI vigente, el que el CP hablara exclusivamente (como lo hacía desde 1963 y hasta la reforma de 1987) de «derecho (o derechos) de autor» podría tener una consecuencia importante, dado que, para integrar el significado de tal término, probablemente no habría más remedio que acudir a la LPI (elemento normativo, si bien no cabe descartar una cierta autonomía del concepto en Derecho penal), y, en ella, como sabemos, junto al derecho (o derechos) de autor, se protegen los derechos de otros sujetos (Libro II LPI); resultaría que, por tanto, determinados derechos conexos o afines al del autor quedarían sin protección penal y ello sería al menos discutible. El problema no se da con la redacción del CP tras la reforma de 1987, pues, aunque la rúbrica de la Sección en que se encuadran los delitos que nos ocupan siga hablando de «derecho de autor», las rúbricas de los Títulos, Capítulos y Secciones del CP no son vinculantes (aunque tienen valor para la interpretación), y el tipo básico del art. 534 bis a) CP habla de «derechos de propiedad intelectual», pero, sobre todo, enumera conductas, alguna de las cuales ataca derechos distintos del de autor, como el de los intérpretes o ejecutantes artísticos. En definitiva, aunque el problema apuntado no se da en el CP, seguimos constatando que la expresión «derecho (o derechos) de autor», más adecuada por su carácter neutro respecto del contenido del derecho, es sin embargo incompleta. Por ello, la denominación «derechos de autor y conexos» (34) me parece, si bien algo larga, la preferible, resumidamente por tres razones: 1) Al contrario que la expresión «propiedad intelectual», no prejuzga lo más mínimo (ni siquiera como mera imagen) el contenido de esos derechos, aunque los identifica perfectamente; 2) No tiene el carácter incompleto de la expresión «derechos de autor»; 3) Ni siquiera prejuzga una cuestión que, en mi opinión y desde el punto de vista jurídico-penal, tampoco tiene mayor trascendencia: la de si existe uno o varios derechos de autor (cualquiera que sea su contenido) o más bien un solo derecho con un haz de facultades diversas; efectivamente, el plural de la palabra «derecho» no significa necesariamente que se reconozca que el autor es titular de distintos derechos (aunque tampoco

---

(33) Así lo reconoce BERCOVITZ, *Comentarios LPI*, 1989, 26.

(34) Esta expresión la utilizan en el título de su monografía GÓMEZ BENITEZ/QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, si bien a lo largo del trabajo se refieren también a la propiedad intelectual. La primera parte del libro citado (Introducción y tipicidad básica, pp. 17-122) corre a cargo de QUINTERO, y la segunda (Los tipos penales cualificados del artículo 534 bis, b, y sus penas. Otros delitos relativos a la propiedad intelectual, pp. 123-191) la escribe G. BENITEZ, por lo que en adelante sólo citaré al autor que haya escrito la parte que se traiga a colación.

lo excluye), si no que se refiere (al menos) a que junto al derecho (o derechos) del autor, hay otros, los conexos (35).

Pese a todo, en lo que sigue utilizaré, por mor de la brevedad, al igual que lo he hecho hasta ahora, también las expresiones «derechos de autor» y «propiedad intelectual» como equivalentes.

#### IV. Naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido.

1. Hablando en términos generales, se puede decir que el bien jurídico protegido por los tipos penales de los arts. 534 bis a) ss. CP lo constituyen los derechos de autor y conexos o, para quienes prefieren esa terminología, la propiedad intelectual. Sin embargo, lo acabado de decir es demasiado vago, sobre todo porque no indica cuál es el contenido de esos derechos, que, al contrario de lo que ocurre en otros casos (patrimonio, vida, etc.), no es algo en lo que haya acuerdo generalizado; y, si hay cierto acuerdo en el contenido de esos derechos en general, el acuerdo es menor en cuanto a qué faceta de ellos se protege fundamentalmente en el Derecho penal, que es lo que aquí verdaderamente nos interesa.

Por tanto, lo primero que intentaré descubrir es si, en la regulación del CP, se presta protección a la faceta personal, a la patrimonial o a ambas de los derechos de autor, y, en caso de que, como creo, se preste a las dos, a cuál de ambas se presta mayor atención.

Esta cuestión se confunde a veces con otra que, aun estando relacionada con ella, no es idéntica: la de la naturaleza constitucional de los derechos de autor y el rango que cada faceta de los mismos tiene en el texto constitucional (si es que lo tienen distinto); no se justificaría el estudio, siquiera sea somero, de esta segunda cuestión, en un trabajo que no pretende referirse a todas las cuestiones que plantean los derechos de autor y conexos, sino fundamentalmente a algunas relacionadas con el Derecho penal, si la misma no tuviera incidencia en la regulación penal; pero, como en su momento explica-

---

(35) DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, 1985, 25, deduce precisamente de la utilización del plural de la rúbrica del Libro I LPI («Derechos de autor») que la LPI sigue una concepción no monista, es decir que el autor tiene diferentes derechos y no un derecho con diferentes facultades; es posible que ello sea verdad, aunque pudiera pensarse que la LPI no ha tomado una decisión consciente, sino que ha utilizado una noción algo vulgar de derechos (no derechos subjetivos en sentido técnico); ciertamente, si nos fijamos en la génesis de la LPI, la utilización de «derechos» no parece casual, pues se introdujo en lugar de «facultades», que era la expresión utilizada por el Proyecto de LPI (cfr. CARMONA, *PJ especial IX*, 1989, 336 s.; M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286). Pero, sea como sea, ya he explicado que la denominación que propongo no toma partido, pese a utilizar el plural, pues se refiere a los derechos de autor y conexos.

ré, la tiene, al menos en cuanto valiosa para informar la crítica del Derecho vigente y hacer propuestas de *lege ferenda*.

Naturalmente, sobre todo al dilucidar la primera de las cuestiones citadas, es inevitable ir haciendo referencia a las distintas conductas típicas recogidas en el CP

2. Sin entrar todavía en la cuestión que más nos interesa, que es la de qué faceta de los derechos de autor es la que se protege en el CP, conviene señalar que, fuera del ámbito penal, no parece haber ninguna duda de que existen dos vertientes o facetas de estos derechos: una personal, llamada también moral, y otra patrimonial (36). Lo que se discute, en una polémica que creo no tiene demasiada trascendencia para el Derecho penal y en la que, por tanto, no entraré, es si, admitida esta diversidad de facetas, el derecho de autor es un solo derecho subjetivo, del que se desprenden distintas facultades, en las cuales unas veces prima el aspecto patrimonial y otras el personal, o bien existen distintos derechos subjetivos del autor, unos de contenido personal y otros patrimonial.

Parece también claro, sin entrar a juzgar todavía la trascendencia de cada uno de los aspectos, patrimonial y personal, del derecho de autor, que, al menos desde un punto de vista lógico, la faceta personal es previa e incluso origen de la patrimonial: el acto creador de una obra artística, científica y literaria es, sin duda, algo relacionado estrechamente con la persona del creador (37), no es algo en cierto modo externo a él, a lo que accede (como ocurre con los objetos sobre los que existe un derecho de propiedad en sentido estricto: las facultades patrimoniales derivadas del mismo tienen su origen en un modo de acceso a la propiedad —accesión, usufructo, herencia, compraventa, donación, etc.— que no está estrechamente vinculado a la persona). De ese acto creador —sin duda personal y primario— derivarán facultades personales y patrimoniales, que casi siempre van a estar muy relacionadas entre sí, de modo que probablemente no se podrá realizar un deslinde absoluto, pues en cada tipo de facultad habrá componentes o implicaciones del otro tipo.

La doble vertiente, personal y patrimonial, de la propiedad intelectual queda clarísimamente reflejada en la LPI. Así, su art. 2 declara que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carác-

---

(36) Cfr., por muchos, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 149 ss.; BERCOVITZ, *Comentarios LP*, 1989, 25-27. Un análisis de las tendencias patrimonialistas y personalistas en perspectiva histórica puede verse en ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 909-915.

(37) Un argumento similar a éste, completado con otros, como el de que el escritor, el artista y el científico no crean sus obras con el pensamiento puesto en la rentabilidad económica, sino fundamentalmente para obtener satisfacciones morales, es utilizado (con mayor vehemencia que como yo lo he hecho) por ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 920, para apoyar su defensa de la primacía de la faceta personal en los derechos de autor, primacía que parece aceptar MUÑOZ CONDE, *PE*, 7.<sup>a</sup> 1988, 286, aunque cree que la misma ni se refleja ni puede reflejarse en la protección penal de los derechos de autor, como enseña veremos.

ter personal y patrimonial» y el Capítulo III del Título II del Libro primero, dedicado al contenido de los derechos de autor, está dividido en tres secciones, que llevan por rúbrica, respectivamente «Derecho moral», «Derechos de explotación» y «Otros derechos» (estos últimos también de contenido patrimonial).

3. Lo más interesante, sentado lo anterior, es comprobar qué aspectos del derecho (o derechos) de autor protege el CP. Entre los penalistas, teniendo en cuenta sobre todo a quienes se han manifestado tras la reforma de 1987, nos encontramos con prácticamente todas las posturas posibles, que agruparé en cinco: la de quienes consideran que se protege exclusivamente (o casi exclusivamente) la vertiente patrimonial; la que señala que se protege tanto la vertiente personal como la patrimonial; la de los que opinan que, aun protegiéndose ambos aspectos, prima el patrimonial; la que considera también que se protegen ambos aspectos, pero pone especial énfasis en la vertiente personal; la de un autor que, si bien no niega absolutamente cierta protección del aspecto patrimonial, considera que se protege de forma casi exclusiva la vertiente personal. Comenzaré analizando las posiciones más extremas, o sea la primera y la última de las mencionadas, que son claramente minoritarias.

a) El sector doctrinal que opina que en los arts. 534 bis a) ss. CP exclusivamente (o casi exclusivamente) se protegen intereses patrimoniales está representado por GIMBERNAT y POLAINO NAVARRETE (38). En realidad GIMBERNAT no se ha pronunciado claramente sobre la naturaleza del bien jurídico protegido, pero, por un lado, de la ausencia total de referencias en su único trabajo sobre el tema al contenido moral de la propiedad intelectual (39), y, por otro, de algunas de sus manifestaciones, puede deducirse que considera que

---

(38) DELGADO PORRAS no niega que en los tipos que nos ocupan se contemplen infracciones a las facetas morales o personales, aunque da prioridad a las patrimoniales. Por ello, incluyo a este autor en la postura mixta patrimonialista. Pero aquí me interesa destacar que este autor se halla próximo a la postura más extrema que ahora estoy exponiendo, pues, a diferencia de la mayoría de los partidarios de la postura mixta patrimonialista, nunca da a la infracción de las facetas personales, ni siquiera en el plagio, el carácter de tipicidad básica. La argumentación que ofrece DELGADO para sostener esta postura me parece escasa y quizá sólo apoyada en la ubicación sistemática de los delitos que estudiamos en el CP; así, señala que las acciones descritas por los tipos pueden dividirse en «a) las plagiarias (ideales) y b) las (materiales) de explotación usurpatoria. Lo que no quiere decir que en las primeras no se dé siempre una explotación de dicha clase, toda vez que estamos en presencia de delitos contra el patrimonio que, por la naturaleza de los derechos a que afectan, no tienen más remedio que consistir en operaciones de utilización económica (con o sin finalidad lucrativa), hasta el punto de que la sola violación del “derecho moral” no es punible [aunque sí circunstancia de agravación de la pena —art. 534 bis b), 1.b), c) y d)]» (*Propiedad Intelectual*, 1988, 116 s.; vid. también 122, párrafo 102).

(39) Cfr. todo este trabajo: *PJ especial IX* (1989), 351-357. Por cierto, GIMBERNAT es sin duda alguna el autor que más alaba la regulación de la protección penal de la propiedad intelectual introducida por la LO de 1987, hasta el punto de que, al contrario que el resto de los autores que se han ocupado de la misma, no parece encontrar ningún defecto en ella.

el bien jurídico protegido es de naturaleza patrimonial. Así, GIMBERNAT, cuando niega la necesidad de engaño para que se den las conductas típicas de los arts. 534 bis a) ss., considera, contra lo que opina el resto de la doctrina, que en esos tipos es necesario un «perjuicio patrimonial», deduciendo tal exigencia de la ubicación sistemática de esos tipos entre las defraudaciones (40), si bien posteriormente da a entender que tal perjuicio puede ser real o potencial (41); además, GIMBERNAT acentúa la importancia cuantitativa y cualitativa de los daños y beneficios económicos que se pueden producir con la infracción de la propiedad intelectual mediante los nuevos medios técnicos, comparándolos «a los que se consiguen con el contrabando y con otras manifestaciones de *gran delincuencia económica*» (42), alabando la nueva regulación del CP como instrumento útil de lucha contra esas conductas atentatorias a la propiedad intelectual (43). Se podría contestar que, con todo ello, GIMBERNAT no excluye que los tipos de que nos estamos ocupando protejan también facetas morales de la propiedad intelectual; es verdad, pero por ello he advertido que encuadraba a GIMBERNAT en este sector doctrinal *por indicios*, tanto positivos (los acabados de citar), como negativos (en relación con la ausencia prácticamente total de alusiones a los aspectos personales); en cualquier caso, lo que parece claro es que, al valorar los tipos penales de protección de los derechos de autor, GIMBERNAT otorga muchísima más importancia a los aspectos patrimoniales que a los personales.

Más clara todavía es, en mi opinión, la postura de POLAINO (44). Este autor, al referirse a los tipos delictivos creados en 1987, señala que responden a «una configuración *eminentemente* patrimonialista» (45), lo que podría interpretarse como que, además, aunque con menor intensidad, se tiene en cuenta la vertiente personal; pero POLAINO continúa señalando (46) que «la norma penal se circunscribe a la protección de valores patrimoniales derivados de los derechos económicos y de explotación de las obras del ingenio, científicas, literarias y artísticas del hombre, a diferencia de las de aplicación inherentes a la propiedad industrial»; en esta afirmación, ya queda más

(40) *PJ especial IX* (1989), 351.

(41) *PJ especial IX* (1989), 352 (en referencia a los actos de piratería y, unas líneas más abajo, con carácter general).

(42) *PJ especial IX* (1989), 353 (el subrayado es mío).

(43) *PJ especial IX* (1989), 354 s.

(44) También BUSTOS RAMÍREZ, *Puesta al día conforme a reformas legislativas hasta la L.O. 3/1989 de 21 de junio del Manual de Derecho Penal, Parte especial (Adenda PE)*, 1989, 24, opina que POLAINO defiende una consideración exclusivamente patrimonialista.

(45) Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual, en: *PJ especial IX* (1989), 426 (el subrayado es mío). El citado trabajo de POLAINO también se halla publicado, con ligerísimas diferencias formales, en: *Homenaje-Beristain*, 1989, 869-882, bajo el título Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española.

(46) *PJ especial IX* (1989), 426.

claro que POLAINO considera que el CP no contempla la faceta personal, aunque todavía se podría responder que POLAINO en esa frase lo que intenta resaltar es que, en los arts. 534 bis a) ss. CP, se protege la propiedad intelectual exclusivamente y no la industrial (lo cual sin duda es verdad), sin querer afinar todavía demasiado en el bien jurídico protegido por esos tipos. Pero, cuando POLAINO admite la relevancia socioeconómica y no sólo patrimonial individual de las infracciones de los derechos de autor, refiriéndose a la concreta regulación del CP, vuelve a señalar que «el sistema penal español circunscribe su tutela positiva a las facultades jurídicas de ejercicio de los *derechos económicos* derivados de la propiedad intelectual» (47). Y, por si quedara alguna duda, POLAINO nos resume, apoyándola con dos argumentos, su concepción: «Tanto de la estimación de la ubicación sistemática de los preceptos incriminadores contra la propiedad intelectual, como de la ponderación del contenido valorativo de las facultades jurídicas afectadas por las respectivas conductas típicas, se deriva que el objeto de protección de las normas penales, en las figuras delictivas de referencia, se halla constituido por los *bienes patrimoniales inherentes a los derechos económicos de la propiedad intelectual*» (48). La alusión de POLAINO a las conductas típicas se refiere a las del tipo básico del art. 534 bis a) CP (49), aunque no indica en ninguna parte que no sirva para los tipos del artículo siguiente, en una de cuyas conductas sin embargo, la modificación sustancial de la obra, ve POLAINO, aunque sin ulteriores explicaciones, que, «incidiendo en el ámbito de las *infracciones puramente morales* de la propiedad intelectual, afecta a la esfera típica de las falsedades» (50). Por fin, el autor de que me estoy ocupando deja muy claro que existe una exigencia politicocriminal de incriminación restrictiva de los injustos típicos en la materia objeto de nuestro examen, que «requiere básicamente la constatación de una afectación de los bienes de contenido patrimonial protegidos por el Derecho penal, que, de una parte, atienda a la gravedad objetiva del comportamiento lesivo de tales bienes patrimoniales, y, de otro lado, pondere convenientemente la actitud subjetiva del desvalor de autor», para lo que propone, además de la conservación de la exigencia de dolo, «homologar los específicos criterios de incriminación de los ataques típicos contra la propiedad intelectual a las pautas valorativas que rigen en general para los delitos contra bienes patrimoniales» (51), y acaba solicitando que, de *lege ferenda*, se atienda «primordialmente a la ponderación del contenido patrimonial de injusto y, adicionalmente, a

---

(47) *PJ especial IX* (1989), 427 (el subrayado es mío).

(48) *PJ especial IX* (1989), 428 (el subrayado es mío).

(49) Vid. *PJ especial IX* (1989), 428 n. 13.

(50) *PJ especial IX* (1989), 433 (el subrayado es mío).

(51) *PJ especial IX* (1989), 435.

la significación socioeconómica del mismo» (52), dejando fuera, por lo que se ve, toda ponderación del ataque al contenido personal o moral del derecho de autor (53).

b) El extremo contrario a la postura a la que acabo de referirme lo representa BUSTOS, para quien el Derecho penal español prácticamente se fija sólo en la vertiente personal o moral de la propiedad intelectual. Este autor señala que sería un contrasentido que la ley penal protegiera sólo el aspecto patrimonial y no el personal, que es el más importante (según este autor) (54); la ley habría tenido esto en cuenta claramente en el tipo básico del art. 534 bis a), al castigar el plagio, pero también claramente en las agravaciones de las letras, b, c y d del art. 534 bis b), 1 CP (55). Pero BUSTOS va más lejos (y en ello se diferencia de los autores que defienden las posturas intermedias que enseguida expondré), en una argumentación que cito textualmente: «Ciertamente el derecho moral no se puede decir que es un derecho patrimonial, sino que es un derecho personalísimo. Más aún, a pesar de que la ley en el tipo base se refiere al derecho moral (56) (reproducir, distribuir o comunicar la obra), sin embargo, como no exige perjuicio o daño patrimonial, resulta entonces que basta con la afeción del derecho en sí, con lo cual aparecen tales comportamientos propios al derecho de explotación, no en su carácter patrimonial, sino como consecuencia del derecho moral o personalísimo de autor, a lo más se podría decir que se trata de conductas de puesta en peligro de carácter abstracto y, por tanto, entonces tampoco ello serviría como argumentación patrimonialista (sólo en las agravaciones aparece tanto el perjuicio para la víctima como el ánimo de enriquecimiento por parte del autor). Luego, habría que concluir que en la actualidad, con la reforma y (57) modo consecuente con la Constitución y la Ley de Propiedad Intelectual el bien jurídico protegido es un derecho personalísimo de autor y, por tanto, se trata de un delito que debe quedar excluido de los delitos contra el patrimonio y colocado sistemáticamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que aparece como una forma de la libertad de expresión (58).

(52) *PJ especial IX* (1989), 437.

(53) La tutela de las facetas morales la deja POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 435, para la legislación civil.

(54) *Adenda PE*, 1989, 24.

(55) *Adenda PE*, 1989, 24.

(56) Me parece que se ha de tratar aquí de un lapsus o de un error de imprenta y que debería decir «derecho de explotación», pues claramente así califica a las conductas que inmediatamente cita BUSTOS el art. 17 LPI, contraponiéndolas al «derecho moral», cuyas facultades se recogen en el art. 14 LPI; además BUSTOS no cita el plagio, que acaba de mencionar precisamente para probar que el CP protege las facultades morales; en general, de la argumentación de BUSTOS, se deduce que no ha querido escribir «derecho moral».

(57) A continuación falta obviamente un «de».

(58) Obviamente, aunque gramaticalmente parece que sí, BUSTOS no considera que

Sólo en el caso de las agravaciones especiales del art. 534 bis b) (59) el legislador considera el interés patrimonial» (60). Posteriormente BUSTOS desmiente algo su afirmación, pues señala que los comportamientos de importar, exportar o almacenar ejemplares de las obras, contenidos también en el tipo básico, son «de carácter estrictamente material» y «tendrían más sentido desde un punto de vista patrimonial, y ligados a las agravaciones (o más bien como agravaciones)» (61). Más adelante vuelve a señalar, respecto del tipo básico y en consecuencia con su primera afirmación, que no se requiere perjuicio, porque no se protege el aspecto patrimonial del derecho de autor, añadiendo (62): «Por eso que en el fondo lo que se protege es el sello personal en la libertad de expresión (cualquiera que ella sea, artística, científica, interpretativa, etc.) de una persona».

c) En la tercera posición doctrinal, la de quienes consideran que el Derecho penal protege tanto el aspecto personal como el patrimonial de la propiedad intelectual, habría que citar al resto de la doctrina moderna (incluido el propio BUSTOS, quien, como sabemos, admite limitadamente la protección de aspectos patrimoniales), pero, en la agrupación de posturas que he realizado al comienzo de esta exposición, creo que queda claro que ahora me quiero referir a quienes, reconociendo la protección penal del doble aspecto, no establecen un orden jerárquico, o sea no observan un carácter prioritario para uno de ellos. Estos autores (63) son, en mi opinión, fundamentalmente BAJO, BOIX (aunque con alguna manifestación que lo aproxima a quienes se pronuncian por la preeminencia de la protección de la faceta personal), RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, CHIRINOS RIVERA, JIMÉNEZ VILLAREJO y VEGA VEGA (64). Señala BAJO (65), en una exposición

---

el delito aparece como una forma de la libertad de expresión, sino que es el derecho de autor el que aparece como tal.

(59) No todas, pues BUSTOS considera que en ese art. hay agravaciones de carácter personal (las del n.º 1, letras b, c y d), junto a otras de carácter mixto (la de la letra a del n.º 1) y otras de carácter patrimonial (las dos del n.º 2): cfr. *Adenda PE*, 1989, 28 s.

(60) *Adenda PE*, 1989, 24 s.

(61) *Adenda PE*, 1989, 26.

(62) *Adenda PE*, 1989, 27.

(63) Cito sólo a los que se refieren al Derecho penal hoy vigente, aunque cuando se manifestaran la actual regulación del CP sólo fuera un proyecto de ley.

(64) También la CFGE 2/1989 parece seguir esta postura, apelando a la doctrina, a la jurisprudencia del TS y a distinciones contenidas en la LPI, distinguiendo entre atentados al «derecho moral o personal de autor» y «facultades patrimoniales de disposición y explotación». No parece que esta CFGE otorgue preeminencia a la protección de uno u otro aspecto, si bien, al referirse a las conductas del tipo básico, encuadra la mayoría entre los atentados a la vertiente patrimonial y sólo el plagio como atentado al derecho moral, señalando sin embargo que en el mismo se ataca también «el elemento patrimonial ... que, a su vez, presenta una doble vertiente, el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarle al público engañado». En realidad, la CFGE considera que el plagio no sólo está recogido en el tipo básico, sino también en la conducta del tipo agravado del art. 534 bis b) 1 c), es decir, mantiene un concepto amplio de plagio, acogiendo para el tipo agravado la terminología

a medio camino entre el Derecho penal vigente antes de la reforma de 1987 y el que se aprueba en ella, que «el objeto de protección jurídicopenal lo constituye en principio el conjunto de facultades inherentes a la persona del autor por el solo hecho de la creación de su obra y las facultades de explotación y disposición libre de la misma, es decir, el derecho de autor», insistiendo en que se protege «la doble manifestación de este derecho», su «contenido moral» y su «aspecto patrimonial» (66). BOIX indica que ya en la reforma de 1963 el CP tuvo en cuenta «la naturaleza mixta, moral y patrimonial, del bien jurídico» y que «la reforma de 1987 supone tanto por sí misma como por sus referencias integradoras a la nueva LPI, la asunción indudable de la naturaleza mixta del objeto protegido, incidiendo también, en consecuencia, en el contenido moral de dicho derecho de autor» (67), idea en la que insiste posteriormente (68). De una de sus manifestaciones podríamos intuir que BOIX observa una mayor atención al contenido moral por parte del CP: cuando se ocupa de la conducta recogida en el art. 534 bis b) 1 d), referente a la modificación sustancial de la integridad de la obra, BOIX afirma: «Una vez más nos encontramos con la protección de otro elemento de naturaleza moral, por lo que cabe reiterar la idea del *especial afán protector de la reforma de 1987 respecto al contenido moral* de los derechos de autor» (69), pero, dada la insistencia de BOIX a lo largo de su trabajo en destacar la protección de ambos aspectos, moral y patrimonial, no me he decidido a encuadrar a BOIX entre los autores que dan preeminencia al aspecto moral. R. DEVESA/SERRANO no ofrecen explicaciones al respecto, pero constatan que, en el CP, «la protección jurídica es doble, de una parte de carácter moral, ... y de otra, de tipo patrimonial» (70). CHIRINOS RIVERA, más preocupada por descubrir la naturaleza constitucional del derecho de autor que por analizar la concreta protección ofrecida al mismo por los concretos artículos del CP, se limita a manifestar: «Que la propiedad intelectual, es decir, el derecho de propiedad intelectual del autor, tenga un contenido esencialmente moral, no es óbice para concluir en la naturaleza mixta —moral y patrimonial— del bien jurídico protegido a través de la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual

---

«plagio usurpativo o suplantación de la personalidad del autor», expresión esta última utilizada ya por MISERACHS RIGALT, voz *Delitos contra la propiedad intelectual*, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, editada por Seix, tomo VI, 1954, 682, y por las STS 14-2-1984 (A 1129) y 30-5-1984 (A 3492), citadas ambas por la CFGE 2/1989. Sobre las apreciaciones de la citada GFGCE resumidas en esta nota, vid. *ADP 1989*, 680 s., 691 s. (y, en general, las pp. ss. a las citadas).

(65) *PE II*, 1987, 223.

(66) *PE II*, 1987, 224.

(67) *PE*, 2.ª, 1988, 896.

(68) Vid., *PE*, 2.ª, 1988, 897, 898, 900, 901, 902, 903.

(69) *PE*, 2.ª, 1988, 902 (el subrayado es mío).

(70) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, 12.ª ed. revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, 1989, 536.

tual» (71). JIMÉNEZ VILLAREJO señala la doble vertiente, sin mayores explicaciones (72). Y, por fin, VEGA VEGA insiste continuamente en la doble vertiente de los derechos de autor y conexos, al parecer, sin otorgar prevalencia a uno u otro de los aspectos en relación con la protección penal (73).

d) La tesis de que, en los arts. 534 bis a) ss. CP, se protege tanto la faceta moral como la patrimonial de la propiedad intelectual, pero se prima la patrimonial, es defendida por CARMONA SALGADO, MUÑOZ CONDE, DELGADO PORRAS [si bien con peculiaridades (74)], SOTO NIETO (aunque no de un modo tan claro) y ARROYO/GARCÍA RIVAS (75). También en las conclusiones de las Jornadas de estudio sobre nuevas formas de delincuencia (76), según las recoge GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA (77), se consideró que «la protección penal se centra prioritariamente en el contenido patrimonial del derecho de autor en mengua de la protección del aspecto moral de éste, que únicamente cabría a través de la figura del plagio» (78), si bien parece que

---

(71) A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual del autor, en: *PJ especial IX* (1989), 407.

(72) *PJ especial IX* (1989), 360. En realidad, este autor sólo se manifiesta muy marginalmente sobre la cuestión, y lo hace en relación con el concreto tema que analiza en su trabajo: la responsabilidad civil derivada de las infracciones de la propiedad intelectual.

(73) *Derecho de autor*, 1990, 181 s., refiriéndose al bien jurídico protegido en los tipos penales y remitiéndose al resto de su obra, en que continuamente se alude a la doble faceta personal y patrimonial del derecho de autor. Sin embargo, el proceden que, en algunas partes de su trabajo, utiliza este autor no me parece del todo correcto, pues, como señalo en otras partes del presente estudio, de la doble faceta que en el ámbito extrapenal presentan los derechos de autor y conexos no puede deducirse sin más que el CP proteja o proteja de modo igual o diferente ambas facetas: ello ha de deducirse de la observación de los propios tipos penales, en relación, eso sí, con las disposiciones de la LPI. Ya con más apoyo en las disposiciones penales, cfr. op. cit., 203 s., 207, 216, 219. En la p. 206 se ve la importancia otorgada a las dos facetas: «... se está tutelando una especialísima forma de propiedad, en la que, si en cierta medida, cuenta su carácter patrimonial también cuenta —y no en menor medida— su sentido espiritual» (el subrayado es mío). En la p. 257, afirma que las conductas delictivas contra los derechos de autor, «en cierta medida y con las reservas que les son propias, vienen a ser una simbiosis» de infracciones contra la propiedad e infracciones contra el honor.

(74) Vid. lo dicho acerca de este autor en nota a pie de página al ocuparme de la postura patrimonialista extrema.

(75) Aunque he preferido no citarlo en el texto y aunque no se pronuncia al respecto, del contenido de su trabajo en *PJ especial IX* (1989), 421-424, creo que se puede deducir que MORILLAS defiende también esta postura.

(76) Celebradas en el Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 28 a 30 de noviembre de 1988. Las ponencias y comunicaciones presentadas a estas jornadas se recogen en el número monográfico especial IX (1989) de la revista Poder Judicial.

(77) Resumen y consideraciones finales, en: *PJ especial IX* (1989), 441-447; en concreto lo referente a los delitos contra la propiedad intelectual, p. 446.

(78) En esta última afirmación parece olvidarse que quienes defienden (algunos de los cuales intervinieron en esas Jornadas con ponencias o comunicaciones) la primacía del aspecto patrimonial consideran que en varias de las agravaciones se protegen (en mayor o menor medida) aspectos morales. Sin embargo, no puedo juzgar si esta opinión (la de que no sólo en el plagio se protegen esos aspectos) fue mayoritaria,

el que ello sea así fue objeto de «observaciones críticas». Los autores citados reconocen que el contenido moral se encuentra protegido (aunque no con carácter exclusivo necesariamente), en la modalidad del plagio del tipo básico y en las letras b, c y d del n.º 1 del art. 534 bis b) CP (79), pero que, pese a todo, lo fundamental es la protección del aspecto patrimonial (80). CARMONA resume del siguiente modo los motivos en que basa esta afirmación (81): 1) La *ubicación sistemática* de los tipos de que nos ocupamos entre las defraudaciones patrimoniales, junto a las estafas (ahora e históricamente en todos los CP españoles) (82). 2) La coincidencia de la mayoría de las acciones del tipo básico del art. 534 bis a) CP (reproducir, distribuir o comunicar públicamente) con los llamados por la LPI (arts. 17 ss.) *derechos de explotación*, derechos que corresponden a sus titulares o a los *cesionarios*, es decir, que son derechos que se pueden ceder, cosa impensable en los de carácter personal (83). También presentan

---

pues desconozco el contenido de las intervenciones orales (u otras escritas) no publicadas posteriormente.

(79) Cfr., con mayores o menores matices, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 197; Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual, en: *PJ especial IX* (1989), 338; M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286, 287 s., 288 s.; SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 370, 380 s., 382, entre otras pp.; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1989, 1991.

(80) CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 196; *PJ especial IX* (1989), 338 s., 350 (en esta última p., CARMONA indica que, si se siguiera de *lege ferenda* una de las proposiciones regulativas que apunta, «ello supondría un cierto cambio de mentalidad en el legislador, que tendría que ceder algo en cuanto a su configuración predominantemente patrimonial del delito, a favor de una más enérgica tutela del aspecto moral de los derechos de autor»); M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286 s., 287 s., 290; SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), no de modo muy claro en algunas ocasiones; p. ej., en p. 382, escribe lo siguiente, que podría ser interpretado en el sentido de la preeminencia de los aspectos patrimoniales, pero también como indicador de la igual protección de los derechos patrimoniales y morales: «A lo largo de la regulación legal la atención a los aspectos morales tiende a igualarse con la prestada a los valores patrimoniales. Pese a esa cualificación de las facultades morales del titular intelectual, la protección penal de las mismas anda entreverada, la mayoría de las veces, entre los tipos predominantemente atentados a las incidencias patrimonialistas de las conductas vulneradoras. A una y otra manifestación de los derechos de la propiedad intelectual atiende la nueva regulación penal»; más claramente pone de manifiesto la preponderancia de los aspectos patrimoniales en las pp. 370 s., 389, 397. Sin embargo, en la p. 390, citando a ROLDAN, señala que «la producción ilegal que contempla el artículo 534 bis, a), no puede entenderse sólo —ni siquiera prioritariamente— en términos patrimonialistas, consumándose el delito con la mera actividad reproductora, no requiriéndose producción de perjuicio patrimonial alguno»; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1990 s.

(81) Vid., ordenados como los expongo en el texto (aunque no los he recogido literalmente), *PJ especial IX* (1989), 339; también *Propiedad intelectual*, 1988, 195-197.

(82) Alude a este argumento, pero quitándole importancia, M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286 s. ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991, no utilizan la ubicación sistemática como argumento, sino que, una vez apoyada en otros argumentos su creencia de que el CP protege prioritariamente los aspectos patrimoniales, y precisamente por ello, justifican la ubicación sistemática de estos delitos en el CP vigente.

(83) En sentido similar, M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 287; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989 s., poniendo de relieve que el art. 534 bis a), por ser el tipo básico, tiene un rango superior a los demás; completan (p. 1990) el argu-

un contenido patrimonial las figuras de exportación, importación y almacenamiento recogidas en el último párrafo del tipo básico (84). 3) Tres de las circunstancias *agravantes* (dos de ellas especialmente *agravantes*) del art. 534 bis b) son *de carácter patrimonial*: el ánimo de lucro (art. 534 bis b 1 a), la especial trascendencia económica de las copias ilícitas y la especial gravedad del daño causado (art. 534 bis b 2 a y b, respectivamente) (85). 4) Las *agravaciones de carácter personal* antes citadas *requieren* para su apreciación, por expresa prescripción legal, que se dé alguna de las *conductas del tipo básico*, con lo que, dado que la mayoría de estas últimas tienen carácter patrimonial, en las agravaciones citadas *también* hay una protección del aspecto patrimonial (86). 5) El CP protege algunos de los *derechos conexos o afines* al del autor, derechos que la LPI contempla en su Libro II y que, en su práctica totalidad, son de carácter económico.

A los argumentos anteriores añade M. CONDE que se protege más el aspecto patrimonial que el personal, por las propias dificultades que entraña la protección penal de este último aspecto (87), pues, por un lado, el derecho a la producción y creación intelectual reconocido en el artículo 20,1,b) CE sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas (88) y, por otro, el derecho moral relativo a la relación entre el autor y su obra, a su paternidad y a la defensa de su integridad, que no es reconocido en el citado artículo de la CE, pero que sí es protegido por el art. 534 bis a) CP, sobre todo al sancionar el plagio, plantea problemas en su protección, que tiene necesariamente carácter limitado, «por la propia configuración del trabajo intelectual como un trabajo asalariado a veces, o, en lo que se refiere a su explotación económica, por los plazos de caducidad marcados, por ej., en el art. 26 de la Ley 22/1987» (89). Añade M. CONDE que, incluso en el caso del plagio, «existe simultáneamente un derecho patrimonial que normalmente es el que motiva la intervención del Derecho penal. Recuérdesse, por ej., que sólo suelen presentarse

---

mento de que los derechos de explotación se pueden ceder, aludiendo a la igualación del consentimiento del titular y de los cesionarios, como elemento negativo del tipo básico.

(84) Se refieren también a este párrafo ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1990.

(85) Vid. también M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 290; refiriéndose sobre todo a la agravación por la especial trascendencia económica de las copias ilícitas (art. 534 bis b 2 a CP), ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991, 2003.

(86) En igual sentido, SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 397; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991.

(87) *PE*, 7.ª, 1988, 286 s.; le siguen ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991.

(88) *PE*, 7.ª, 1988, 287, siguiendo en esta apreciación a BAJO, *PE II*, 1987, 223, y éste, a su vez, a STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos, en: *La Ley 1986-2*, 1178, 1178 n. 4.

(89) *PE*, 7.ª, 1988, 287.

querellas por plagio en caso de obras que han ganado un concurso o tienen un gran éxito comercial» (90).

e) Por fin, ve en los tipos del Derecho penal vigente una mayor tendencia a la protección de los aspectos morales que de los patrimoniales ROLDÁN BARBERO; BUENO ARÚS también considera más protegidos los aspectos personales; aunque en realidad se mantiene en una postura intermedia, opinando que se protegen tanto los aspectos personales como patrimoniales, da la impresión de que acentúa algo la voluntad personalista de la reforma ROMEO CASABONA (91); y QUINTERO, cuya concepción es probablemente compartida por GÓMEZ BENÍTEZ, parece estar en la línea mixta personalista, acercándose incluso a la personalista más extrema.

ROLDÁN señala que el mantenimiento inalterado de la ubicación sistemática de los delitos contra los derechos de autor, así como su mantenimiento junto a los delitos contra la propiedad industrial indicarían una (equivocada y) «renovada voluntad patrimonialista» (92); sin embargo, en lo que es más importante, es decir, en la construcción de los nuevos tipos, la reforma habría seguido «una opción claramente personalista» (93). Ello se basa en que en el art. 534 bis a) se recoge el plagio y en el art. 534 bis b) 1 a, b y c (aunque no debería hacerse como agravaciones) la infracción del derecho de divulgación, la usurpación de la condición de autor y la modificación sustancial de la integridad de la obra sin permiso del autor, modalidades delictivas en las que «además del atentado personal que ondea en toda infracción a las creaciones intelectuales, se lesionan específicos derechos que integran el llamado derecho moral de autor, regulado en el artículo 14 LPI» (94). Además, según ROLDÁN, «tampoco la reproducción ilegal que contempla el art. 534 bis a) puede entenderse sólo —ni siquiera prioritariamente— en términos patrimonialistas. En primer lugar, porque es del autor del que depende, en definitiva, la irrupción en el mundo comercial; la explotación no es sino una secuencia, plausible, de la libertad de crear y del dominio moral sobre lo creado. En segundo lugar, porque, aun debilitada por intereses mercantiles dominantes, el creador conserva una elemental autonomía en la contratación. Y, en tercer lugar —y es ésta la razón fundamental—, porque el delito del art. 534 bis a) se consume con la mera actividad reproductora, no requiriéndose la producción de perjuicio patrimonial alguno; el ánimo de lucro aparece en el artículo siguiente, como una mera circunstancia agravante, y no como

---

(90) PE, 7.º, 1988, 288; le siguen SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 382, y ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1990.

(91) Según ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991 n. 13, ROMEO defiende una «posición marcadamente "personalista"».

(92) *La Ley 1988-2*, 919.

(93) *La Ley 1988-2*, 921.

(94) *La Ley 1988-2*, 921.

un elemento estructural de la prohibición» (95). Por fin, ROLDÁN critica la regulación penal, porque la misma, según él, en lo que atañe a las personas que pueden ser ofendidas por el delito, «pliega velas hacia el patrimonialismo», al incluir a los cesionarios entre las mismas (96).

BUENO ARÚS se limita a manifestar, citando a ROLDÁN, que «hay que tener en cuenta, como señala la doctrina, que la nueva regulación protege más los derechos morales de autor que los derechos económicos. Es, pues, personalista y no patrimonialista, con una visión más amplia y humanista de los bienes jurídicos protegidos» (97).

ROMEO considera que son dos los bienes jurídicos protegidos, ambos derivados del derecho de autor: por un lado, «el derecho a la propia imagen, como síntesis del derecho moral de autor, en cuanto respeto a su paternidad sobre la propia obra, su integridad y destino», y, de otro, «derivados de los derechos de explotación sobre la obra, el beneficio patrimonial que puede obtener de la misma» (98). Como la mayoría de la doctrina, considerará que el aspecto moral es protegido mediante la tipificación del plagio en el tipo básico del art. 534 bis a) (99) y mediante las agravaciones de las letras b, c y d del n.º 1 del art. 534 bis b) CP (100), mientras que el aspecto patrimonial inherente a los derechos de explotación está protegido en el resto de las figuras del tipo básico (101) y las agravaciones de los arts. 534 bis b) 1 a y 534 bis b) 2 (a y b) (102). Hasta aquí, nada dice ROMEO acerca de cuál de los aspectos (o bienes jurídicos, si fueran dos como él afirma) es el más protegido, por lo que quizá habría que haber ubicado a este autor junto a aquellos que se limitaban a señalar el doble aspecto de la protección, sin establecer una clara jerarquía. Pero, de algunas frases de ROMEO, creo poder deducir que ve una especial preocupación personalista en la ley. Al defender una nueva ubicación sistemática de estos delitos, con su actual configuración y dentro de la actual sistemática del CP, «inmediatamente antes de los delitos contra el patrimonio y después de otros bienes jurídicos más personalísimos, como son la libertad y la seguridad» (103) (con lo que en realidad no está tampoco dando prioridad a ninguno de los dos aspectos, pues no dice que haya que incluir

(95) *La Ley 1988-2*, 922.

(96) *La Ley 1988-2*, 923.

(97) *RGLJ 96* (1988), 819 (y la cita a ROLDÁN en n. 11 de esa misma p.).

(98) *Poder informático*, 1988, 154; La protección penal del software en el Derecho español, en *Cuadernos de Política Criminal —CPC— 35* (1988), 325 (este último trabajo, coincidente casi por completo con una parte del primeramente citado, está publicado también en: *AP 1988-2*, 1829-1845).

(99) *Poder informático*, 1988, 156; *CPC 35* (1988), 326.

(100) *Poder informático*, 1988, 160; *CPC 35* (1988), 330.

(101) *Poder informático*, 1988, 158; *CPC 35* (1988), 328.

(102) *Poder informático*, 1988, 161 s.; *CPC 35* (1988), 332.

(103) *Poder informático*, 1988, 155.

estos delitos en ninguna de las dos clases de infracciones penales señaladas, sino *entre* ambas), apoya tal consideración en «la especial protección que se ha querido otorgar a los aspectos morales del derecho de autor a partir de esta reforma del Código penal de 1987» (104). Quizá también en su idea de que habría sido preferible separar los tipos (y crear también agravaciones separadas) referentes a los derechos morales de los relativos a los derechos de explotación (105) (o sea, dotar de independencia a los atentados a los derechos morales y no considerarlos, en la mayoría de los casos, meras agravaciones, como parece que hoy sucede) pueda verse una posición personalista (106), pero ello sería más de *lege ferenda* que según los preceptos vigentes. También se puede deducir que ROMEO observa una especial protección personalista en el CP de su afirmación de que «en el artículo 534 bis b se recogen varios tipos agravados, que *responden sobre todo a una más estricta protección de los derechos morales*, aunque también se refuerce *en ciertos casos* (cuando medie el ánimo de lucro) la protección penal de los derechos de explotación» (107).

Por fin, QUINTERO considera que «la simple lectura del artículo 534 bis, a), pone de manifiesto que la conducta descrita puede realizarse sin que sea precisa contingencia alguna de perjuicio económico u obtención de lucro» (108); pero «la modificación del régimen penal de la tutela de la propiedad intelectual no se reduce al nuevo artículo 534 bis, a), sino que, además, incluye tipos cualificados, alguno de los cuales *puede quizá alcanzar y castigar la dimensión estrictamente económica del ataque a la propiedad intelectual*» (109); tal dimensión estaría contenida, según QUINTERO, en las agravaciones del art. 534 bis b) 1 a) y 534 bis b) 2 (a y b) (110); en definitiva y prescindiendo de las consecuencias que, según QUINTERO, esta situación y la concreta configuración de las agravaciones citadas suponen para determinadas cuestiones relacionadas con el concurso de delitos (111), lo que más nos importa ahora es que, según QUINTERO, el aspecto patrimonial no estaría contemplado en el tipo básico ni en el resto de las agravaciones, lo que indicaría una preponderancia clara de la protección del aspecto moral o personal, como lo confirma la conclusión de QUINTERO: «La nueva protección de la propiedad intelectual no excluye la posibilidad de concurso con otros delitos de puro contenido patrimonial, ya que *las contingencias meramente económicas no*

---

(104) *Poder informático*, 1988, 154.

(105) *Poder informático*, 1988, 155.

(106) Así parecen creerlo ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1991, n. 13.

(107) *Poder informático*, 1988, 159; (los subrayados son míos).

(108) *Derechos de autor*, 1988, 31.

(109) *Derechos de autor*, 1988, 32 (el subrayado es mio).

(110) *Derechos de autor*, 1988, 32.

(111) Cfr. *Derechos de autor*, 1988, 32-35.

*están ni siempre ni necesariamente contempladas en estos nuevos tipos» (112).*

4. Conocidas las posturas, hemos de preguntarnos quién tiene razón. La cuestión no puede resolverse más que acudiendo a la propia legislación penal, puesta en relación con los preceptos de la LPI. No basta desde luego con señalar la doble naturaleza personal y patrimonial que con carácter general tienen los derechos de autor y conexos (113), ni siquiera con afirmar el carácter de derecho fundamen-

---

(112) *Derechos de autor*, 1988, 35 (el subrayado es mío). Clarísima es la postura personalista (en esta afirmación, cercana a la más extrema) de QUINTERO respecto del tipo básico en op. cit., 121, donde afirma que «el artículo 534 bis, a), *únicamente* contempla como objeto de ataque *la dimensión espiritual* de la propiedad intelectual». También GÓMEZ BENÍTEZ, coautor con QUINTERO del libro que vengo citando, aunque no aborda directamente la cuestión, está probablemente de acuerdo con la concepción mixta personalista de QUINTERO, como se deduce de consideraciones como la siguiente (op. cit. 128): «... es sabido que ni las tipicidades básicas del artículo 534 bis, a), ni tampoco las calificadas del artículo 534 bis, b), 1, salvo la primera, son de naturaleza patrimonial» (insiste en esa idea en la p. s.).

(113) Quizá ello bastara bajo la vigencia de la anterior regulación de la materia en el CP, en la que, al hablarse simplemente de infracción intencionada de los derechos de autor, se estaba haciendo una remisión *in totum* (probablemente limitable a través de determinados principios propios del Derecho penal, eso sí) a la normativa extrapenal y, por tanto, al contenido de los derechos de autor en esa normativa. Esta es la principal razón por la que no me he preocupado hasta ahora de exponer las opiniones de la *doctrina anterior a la reforma de 1987*; al respecto, diré resumidamente que consideraban protegidos penalmente los dos aspectos, penal y patrimonial, acentuando a veces uno de ellos, MASCAREÑAS, Notas para un estudio sobre la defraudación de la propiedad intelectual, en: *Revista Jurídica de Cataluña (RJC) 1953-4*, 324; MOUCHET/RADAELLI, Protección penal de los derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas, en: *RGLJ 196* (1954), 202, 203 s. y *passim* (el trabajo se publicó también como separata de la *RGLJ*, con paginación independiente), adhiriéndose (203) a la opinión de un autor francés de que «la defensa del derecho pecuniario pasa a ser ... una consecuencia de aquél (scil. del derecho moral)» y la de otro autor italiano (204) de que la intervención del Derecho penal se justifica precisamente por la existencia del elemento personal; MISERACHS RIGALT, *NEJ IV*, 1954, 681; MISERACHS RIGALT/MISERACHS SALA, Ensayo sobre la protección jurídica de los fonogramas, en: *RJC 1982-3*, 637 s. (refiriéndose en concreto a las grabaciones musicales); R. DEVESA, *PE*, 10.ª ed., 1987, 535, como se deduce de su alabanza a la supresión, en la reforma de 1963, de la forma de fijar la pena de multa (del tanto al triple del perjuicio causado). Una postura exclusivamente patrimonialista mantenían M. CONDE, *PE*, 6.ª ed., 1985, 267; BUSTOS, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, 1986, 252; QUERALT, *PE I*, 1986, 333, 335 (al margen de que admitiera que la infracción de aspectos personales podía dar lugar a otros tipos). Una postura patrimonialista parecía mantener QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, tomo II, 1946, 460, reconociendo que, en general, los derechos de la propiedad intelectual poseen las dos facetas que conocemos, pero que, dado que el CP en esa época (art. 533 en relación con el 531) fijaba la cuantía de la multa en el tanto al triple del perjuicio, el Derecho penal estaba prestando atención al elemento patrimonial (aunque QUINTANO no lo expone de un modo tan expreso, creo que ése es el sentido de su razonamiento, apoyado en las normas penales vigentes, lo que es aplaudir); sin embargo, ya en su *Compendio de Derecho penal*, vol. II, *Parte especial*, 1958, 445, pese a referirse a las mismas normas penales y seguir un razonamiento análogo al acabado de exponer, añade: «Serán, por lo tanto; infracciones gubernativas y no defraudaciones delictivas, las que no entrañen perjuicio alguno material o moral para el autor» (el subrayado es mío), de donde cabe deducir que, para QUINTANO, también los aspectos morales recibían protección penal, siempre y cuando el perjuicio derivado de la infracción de esas facultades morales fuera evalua-

tal amparado constitucionalmente (que ya veremos si tienen) de las facultades morales del derecho de autor [aunque a veces se cae en ese error, como por ejemplo hace CHIRINOS RIVERA (114)], pues el Derecho penal (correcta o incorrectamente, ésa es es otra cuestión) podría haber seleccionado sólo una de las dos facetas, personal o patrimonial, para protegerla, o proteger una más que la otra.

a) En mi opinión, no tienen desde luego razón las posturas extremas, que pretenden ver en la regulación del CP una protección exclusiva (o casi exclusiva) de la vertiente patrimonial o personal de los derechos de autor. Si bien hay que convenir con la doctrina prácticamente unánime que la actual regulación de los delitos contra los derechos de autor ha abandonado la anterior técnica de la ley penal en blanco (115), no puede olvidarse (aunque no me puedo detener

---

ble en dinero, dada la forma de fijación de la cuantía de la multa en el CP; ya después de la reforma de 1963, en que se suprime ese modo de fijación de la cuantía de la multa, QUINTANO sigue la línea de aceptar que se protegen las dos facetas del derecho de autor: *Curso de Derecho Penal II*, 1963, 256; *Comentarios*, 2.ª ed. (tomo único), 1966, 1011 (en p. 1012 parece considerar insuficiente el cambio introducido por la reforma de 1963); de todas formas, es en *Tratado III*, 2.ª, 1978, 582, donde QUINTANO deja más clara su postura: «...en estas infracciones se trata primordial, aunque no únicamente, de intereses patrimoniales»; por tanto, se trata de una postura mixta patrimonialista (vid. también op. ult. cit., 582 s., aclarando que la citada configuración es una «realidad legal», guste más o menos, 585, 607, 608 s., 609 s., 614). La *jurisprudencia* de la Sala 2.ª del TS que he manejado, que, como sabemos, no ha aplicado nunca la regulación posterior a 1987, considera que, en el tipo penal anterior a la reforma, se protegían los dos aspectos, moral y patrimonial, de los derechos de autor, relacionando por lo general el primero con la punición del plagio y el segundo con la punición de las conductas infractoras de los derechos de explotación, hablando a veces de «explotación usurpatoria», siguiendo probablemente la terminología utilizada por QUINTANO, *Tratado III*, 2.ª, 1978, 614 (la 1.ª ed. data de 1965) y luego seguida por otros autores; en general, no se aprecia en la jurisprudencia un pronunciamiento sobre la fuerza con que se protege uno y otro aspecto (aunque de la lectura detenida de alguna STS podría deducirse la ligera preponderancia de uno de ellos, normalmente el personal); vid. STS 23-5-1975 (A 2325), que se refiere a la doble vertiente y, aunque no niega radicalmente (en mi opinión, porque en el caso se dio un perjuicio económico y, por tanto, no merecía la pena entrar a discutir este punto) la alegación del recurrente de que es exigible «la causación de un perjuicio material, aunque sea mínimo», lo que podría hacer pensar en una posición patrimonialista, después destaca «los aspectos personales y espirituales de la creación artística como uno de los derechos del hombre», por lo que prefiere la denominación «derecho de autor» frente a la «vetusta designación de propiedad intelectual», de todo lo cual cabría deducir una postura mixta más bien personalista; 27-4-1979 (A 1967), que considera «capital» el plagio (ataque a facetas morales) frente a la «explotación usurpatoria»; 14-2-1984 (A 1129), que, en algún momento, parece dar mayor importancia a la faceta patrimonial, aunque, en mi opinión, ello se debe más a una incorrecta expresión de la STS que a una convicción real, dado el resto del razonamiento; 30-5-1984 (A 3492); 13-6-1987 (A 4799); 13-10-1988 (A 7912); 30-5-1989 (A 4990); 19-1-1990 (A 446).

(114) *PJ especial IX* (1989), 407.

(115) Así LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, 1987, 195; BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 897; CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 195, 332; DELGADO PORRAS, *Propiedad Intelectual*, 1988, 113; M. CONDE, *PE*, 7.ª, 1988, 286; QUINTERO, *Derechos de autor*, 1988, 28 s.; BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 25, lo que considera «un avance desde el punto de vista del principio de legalidad», pero le parece una medida que «no es totalmente indiscutible»; GIMBERNAT, *PJ especial IX* (1989), 353, 355; J.

ahora en este aspecto, que habría que matizar) que la mayoría de sus elementos han de considerarse fundamentalmente como normativos y no como descriptivos, dada la identidad que presentan con las descripciones de la LPI. Además del plagio (art. 534 bis a CP), en cuya evitación es difícil no reconocer intereses personales más allá de los puramente económicos, encontramos en el art. 534 bis b) CP conductas como «infringir el derecho de divulgación del autor» (letra b), «usurpar la condición de autor» (c) o «modificar sustancialmente la integridad de la obra» (d), que, incluso considerados como elementos puramente descriptivos, sobrepasan el mero atentado (lesivo o peligroso) para el patrimonio, pero, desde luego, no cabe lugar a dudas que lo hacen, si se los interpreta (como parece correcto) como elementos normativos en relación con determinados preceptos de la LPI: así, las tres conductas señaladas parecen correlativas a los derechos o facultades reconocidos como «irrenunciables e inalienables» del autor en el art. 14, 1.º [«decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma» (116)], 3.º («exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra»), lo que también estaría relacionado con el plagio), y 4.º LPI («exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputa-

---

VILLAREJO, *PJ especial IX* (1989), 360; SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 380; MORILLAS, *PJ especial IX* (1989), 422; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 206; implícitamente también BAJO, *PE II*, 1987, 422; BUENO ARUS, *RGLJ 96* (1988), 819, al señalar que la nueva regulación «rompe acertadamente con el clásico sistema de la remisión normativa», que antes (817) ha calificado como sistema de «normas penales en blanco» (considera sin embargo criticable, en la primera de las pp. citadas, el que se empleen «conceptos jurídicos indeterminados»). También se refiere al abandono de la técnica de la ley penal en blanco, aunque con una terminología no del todo precisa, la CFGE 2/1989, cuando señala: «Desaparecidos los tipos normativos las conductas delictivas hallan expresión directa en el Código Penal» (el subrayado es mío), añadiendo que anteriormente se trataba de «normas penales en blanco», mientras que, tras la reforma de 1987, «prepondera, en efecto, el componente descriptivo aunque concretado conforme a criterios o referencias normativas» (*ADP 1989*, 677 s.). SÓLO ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, afirman que «la norma penal sigue siendo una norma penal en blanco», pero matizan que «define el núcleo esencial de la conducta criminal y, con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad»; R. DEVE-SA/SERRANO, *PE*, 12.ª, 1989, 535, afirman que «el art. 534 bis a) es una ley penal en blanco», sin matizar más. PUIG PEÑA, *Derecho penal, Parte especial*, 7.ª ed. actualizada con la colaboración de ORTIZ RICOL, 1988, 635, no se pronuncia sobre la cuestión, pero parece que considera en exceso cerrada la descripción de conductas típicas. POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 429, considera que estamos ante «una norma penal mixta», pero no estoy seguro de si ello guarda alguna relación con el carácter de norma en blanco o no de la regulación que estudiamos; POLAINO (loc. cit.) considera en cualquier caso que el tipo básico del art. 534 bis a) CP «constituye un cabal ejemplo de exacerbada descripción alternativa» (por ello, creo que, al hablar de norma penal mixta, se refiere más bien a que nos hallamos ante un tipo mixto alternativo).

(116) Téngase en cuenta que, por divulgación, habrá que entender, no cualquier clase de reproducción, distribución o comunicación pública, sino, de conformidad con el art. 4 LPI, «toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma».

ción»), facultades todas ellas recogidas en lo que la propia LPI llama «derecho moral» (rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo III del Título 1.º del Libro 1.º LPI), frente a los que (en la rúbrica de la Sección 2.ª de ese mismo Capítulo) llama «derechos de explotación»; por todo ello, parece innegable que, frente a la postura de GIMBERNAT y POLAINO, hay que afirmar que el CP sí protege (todavía no entro a determinar en qué medida) aspectos morales o personales del derecho de autor. Pero también parece obvio que las referencias al ánimo de lucro (art. 534 bis b 1 a CP, y presupuesto de todo el n.º 2 de ese artículo), a la especial trascendencia económica de las copias ilícitas (art. 534 bis b 2 a CP), a conductas como reproducir, distribuir o comunicar públicamente (534 bis a CP), entendidas éstas incluso en un sentido puramente descriptivo, pero mucho más puestas en relación con los arts. 17 ss. LPI, que las recogen entre los antes citados «derechos de explotación», en contraposición al «derecho moral», y a las conductas de importación, exportación y almacenamiento (párrafo final del art. 534 bis a CP) son claramente indicativas de la protección del contenido patrimonial de los derechos de autor y conexos, lo que llevaría a rechazar la posición de BUSTOS, sin necesidad de mayor argumentación, además de que, para dotar de un cierto o mínimo sentido a la ubicación sistemática (que, pese a todo, puede que resulte criticable) de estos delitos, en el CP, entre las defraudaciones, dentro de los delitos contra el patrimonio, habría que admitir que dichos delitos tienen, al menos, un cierto contenido patrimonial.

b) Sin embargo, me voy a enfrentar más en concreto con alguno de los argumentos de las dos posiciones extremas que acabo de rechazar, pronunciándome a la vez sobre alguno de los argumentos aducidos por las otras posturas, para continuar analizando el resto de los argumentos que éstas ofrecen.

b.1) Para empezar, la primera afirmación (luego matizada) de GIMBERNAT, de que en estos delitos es necesario que se produzca un perjuicio patrimonial, es, en mi opinión [coincidente con la de prácticamente toda la doctrina que se pronuncia al respecto (117)] in-

---

(117) BAJO, *PE II*, 1987, 220, 226, 228; BOIX, *PE II*, 2.ª, 1988, 900 (respecto de los tipos básicos); CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 243, 334, 349 (advirtiendo que el perjuicio sí es necesario en la agravación del art. 534 bis b 2 CP); *PJ especial IX (1989)*, 345, donde, sin embargo, plantea la conveniencia de contemplar el perjuicio patrimonial en el tipo básico; ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 922; ROMEO, *Poder informático*, 1988, 159; *CPC 35 (1988)*, 329 (considerando que no es necesario un perjuicio patrimonial ni moral, aunque la existencia de perjuicio podrá dar lugar al tipo agravado del art. 534 bis b 2 CP); QUINTERO, *Derechos de autor*, 1988, 31, 119 s., 121 (indicando que la existencia de un daño material tendrá relevancia sólo para la determinación de la responsabilidad civil y para la agravación del art. 534 bis b 2 CP; vid. también las consideraciones de G. BENÍTEZ, coautor de la citada obra, en las pp. 128 s.); ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1988 s. (salvo para la agravación del art. 534 bis b 2 a CP); BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 24 s., 27; RODRIGUEZ DEVEZA/SERRANO, *PE*, 12.ª, 1989, 537 (no es necesario perjuicio patrimonial ni moral, salvo —op. cit., 540— en el caso de la agravación del art. 534 bis b 2 CP, en que consi-

correcta. Tal requisito no se exige expresamente en ninguno de los tipos del CP que estamos analizando y ni siquiera puede deducirse automáticamente de algunos de ellos. Ciertamente, en las modalidades

deran que debe haber un daño real económico, no moral); SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 370, 388 (respecto del tipo básico), 398, 402; POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 431 s., quien considera la no exigencia de perjuicio en el tipo básico una «grave deficiencia axiológica»; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 206, 440 (especialmente referido al tipo básico). También declara que «no es necesaria la constatación de un perjuicio patrimonial» la CFGE 2/1989 (*ADP 1989*, 678 s.). La opinión de la *doctrina* y la *jurisprudencia referidas a la regulación anterior a la reforma de 1987* no tiene excesiva importancia, por referirse a unas normas esencialmente diferentes a las actuales. En cualquier caso, diré que la *doctrina* opinaba (a veces no sobre la base de un Derecho positivo concreto) mayoritariamente que no era necesario el perjuicio patrimonial: así MASCAREÑAS, *RJC 1953-4*, 329 (aunque con unas no muy claras apreciaciones sobre la inexorabilidad de la producción de un perjuicio moral o económico); MOUCHET/RADAELLI, *RGLJ 196* (1954), 224, 236 (aunque hablan de demostración del «daño potencial» patrimonial o moral); MISERACHS RIGALT, *NEJ VI*, 1954, 679 (menciona la cuestión de pasada y no parece exigir siempre perjuicio económico, pues señala que éste estará «muchas veces» —luego no siempre— entre «los elementos indispensables»); M. CONDE, *PE*, 6.º, 1985, 268 («Tras la reforma del 63 no es preciso que se produzca el perjuicio patrimonial»); BUSTOS, *PE*, 1986, 253; R. DEVESA, *PE*, 10.º, 1987, 535 (niega la necesidad de perjuicio material o moral tras la reforma de 1963); MANZANARES SAMANIEGO, en: MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, 1987, 1282; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, 2.ª ed., 1987, 357; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones de Derecho Penal al programa de judicatura*, sin fecha (1987 ó 1988), tema 37, p. 17 (parece claro que se refiere a la regulación anterior a la reforma de 1987); ya conocemos la opinión de BAJO, que opera a caballo entre el Derecho vigente hasta 1987 y lo que entonces era un proyecto de ley de reforma y hoy es Derecho positivo. Exigia, antes de 1987, perjuicio patrimonial QUERALT, *PE I*, 1986, 335. Parecía requerir el perjuicio QUINTANO, *Comentarios II*, 146, 460, como parece deducirse de su alusión al modo de fijación de la cuantía de la multa en el artículo 533 en relación con el 531 CP de la época (del tanto al triple del perjuicio), al que ya me referido anteriormente; sin embargo, ya en *Compendio II*, 1958, 445 s., parece más claro que el perjuicio que sigue exigiendo puede ser patrimonial o moral (lo que probablemente indica que lo importante no era la naturaleza del perjuicio, sino que éste fuera evaluable en dinero, para poder fijar la cuantía de la multa); en sentido similar, ya tras la reforma de 1963, *Curso II*, 1963, 256. Más claramente se pronuncia QUINTANO ya por la posibilidad de que no exista perjuicio patrimonial en *Tratado III*, 2.ª 1978, 609: «Es más que dudoso, por tanto, que con arreglo a la fórmula actual (scil. la que surge en 1963), de penas perfectamente sustantivas, siga siendo requerible, como sostuvo la anterior doctrina y la jurisprudencia, la concreción del daño patrimonial»; en cuanto a su apreciación sobre «la anterior doctrina», QUINTANO, op. cit., 609 n. 1, cita a CUELLO CALÓN y remite a un trabajo de CAMARGO que no he podido manejar (cita también a MASCAREÑAS como contrario a tal doctrina); pues bien, en la edición (14.ª, revisada y puesta al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, 1975) del *Derecho penal*, tomo II, *Parte especial*, vol. 2.º, de CUELLO CALÓN que he manejado, este autor no se pronuncia sobre la exigencia de perjuicio, pero el abandono (deducible de su no mención) de la posutra que le atribuye QUINTANO es probablemente explicable por la alabanza que CUELLO hace de reforma de 1963 (op. cit., 954 s. n. 4), «sobre todo, por haber abandonado el criterio consistente en imponer la pena de multa, con la que se sancionaban estas infracciones, en relación al perjuicio causado». En cuanto a la jurisprudencia que he manejado, cuando se pronuncia al respecto, niega unas veces importancia al perjuicio patrimonial y su cuantía: así STS 14-2-1984 (A 1129) y 13-10-1988 (A 7912); en otras ocasiones exige o no descarta totalmente la exigencia de un perjuicio patrimonial, aunque, en mi opinión, tal exigencia se derivará tal vez (es dudoso en cualquier caso) de las particularidades del caso enjuiciado (así STS 19-5-1964, A 2723), o la no exclusión de la exigencia de un «perjuicio material aunque

des niperagravadas (que, al fin y al cabo, sólo constituyen una parte de todas las conductas descritas), se habla de la «especial trascendencia económica» poseída por la cantidad o el valor de las copias, y de la «especial gravedad» del daño causado. De entrada, resultaría extraño que en las dos se estuviera aludiendo a la magnitud del perjuicio económico, pues probablemente estaríamos ante una reiteración, salvo que se interpretara que la primera de las circunstancias tiende más a proteger el lucro cesante y la segunda se refiere al daño emergente. Pero, además, el análisis separado de cada circunstancia demuestra que ninguna de las dos ha de identificarse forzosamente con la existencia de un perjuicio patrimonial. En cuanto a la primera, no necesariamente ha de identificarse con perjuicio económico, pues puede suceder, por ejemplo, que, con ánimo de lucro, se realice una reproducción y copia pirata a gran escala de cassettes de un célebre cantante, infringiendo así ya uno de los derechos de explotación protegidos en el tipo básico (art. 534 bis a CP, en relación con el art. 18 LPI), y que el número de copias tenga una gran trascendencia económica (dejando de lado la imprecisión de este elemento del tipo), pero, sin embargo, todavía no se haya vendido (o regalado) ninguna de ellas en el momento en que la operación es descubierta y detenida por la policía, de modo que, pese a poder hablarse de gran trascendencia económica por el número de copias, no se pueda hablar de un perjuicio patrimonial (y tampoco de un beneficio de la parte contraria), ni siquiera en su versión de lucro cesante (independientemente de que lo más normal sea que el perjuicio exista) (118). En cuanto a la especial gravedad del daño causado, si bien la necesaria presencia del ánimo de lucro va a hacer que en la mayoría de los casos estemos ante supuestos de perjuicio patrimonial, ello no tiene tampoco por qué ser necesariamente así: el art. 125 LPI, referente a las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de las infracciones a los derechos reconocidos en dicha ley, establece en su párrafo 2.º que «en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración, se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra», o sea que se admite (como es lógico) que en las infracciones referidas exclusivamente a derechos morales existe una lesión, o sea un daño, cuya gravedad es graduable. Por tanto, la especial gravedad del daño causado, como circunstancia hi-

---

sea mínimo» alegada por el recurrente se debe a que en el caso se apreciaba el perjuicio, por lo que no merecía la pena discutir este extremo, deduciéndose además del contexto de la STS que el perjuicio no es exigible y que tienen primacía los aspectos personales o morales del derecho de autor en cuanto a su protección penal (STS 25-5-1975, A 2325).

(118) En sentido similar al del texto, GÓMEZ BENÍTEZ, *Derechos de autor*, 1988, 178-180. Por su parte, BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 903, señala que «la referencia típica es claramente patrimonial, si bien no identificable con la existencia de perjuicios realmente ocasionados».

pergravante, podría apreciarse en un caso de lesión de un derecho moral, realizada con ánimo de lucro, en que no se ha conseguido el propósito lucrativo pretendido, pero sí se ha lesionado de un modo muy grave un derecho moral de autor, por ejemplo porque la difusión de la obra plagiada ha sido muy grande. Es verdad que la exigencia de ánimo de lucro indica más bien un contenido económico, que, en relación con la palabra «daño causado» utilizada por el CP, apunta quizá en el sentido del perjuicio patrimonial (aunque prefiero no pronunciarme categóricamente al respecto), pero lo que he pretendido demostrar es que una interpretación no exclusivamente patrimonialista entra dentro de lo teóricamente posible (119).

b.2) En cuanto a la apreciación más matizada de que el CP tiene en cuenta el potencial perjuicio económico, lo mismo parece más razonable, pero desde luego para nada apoya la idea de que los intereses patrimoniales sean los únicos tenidos en cuenta por la regulación del CP. Y ello, no porque tenga razón BUSTOS al señalar, como vimos, que a lo sumo se tendría en cuenta el peligro abstracto de perjuicio económico y con ello entonces ya no se podría defender la versión patrimonialista (justamente al contrario: si se acepta que se

---

(119) Boix, *PE*, 2.ª, 1988, 903, indica igualmente que «en realidad, el concepto de daño no excluye su relación directa con el contenido moral del derecho de autor», y cita el art. 125 LPI; sigue a Boix, citándole, SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 402; también VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 220, señala que «es claro que, al exigir el precepto sólo la existencia de un daño, no puede quedar reducido el mismo al aspecto económico, por lo que, al no distinguirse en el tenor literal de la norma, puede colegirse que se incurrirá en esta acción típica tanto cuando exista daño moral como patrimonial. Quizá esta interpretación no pueda descansar en la *mens legislatoris*, pero es evidente que se encuentra en el tenor del precepto» (vid. también op. cit., 242, 243); en la p. 219 de esa misma obra, refiriéndose a los tipos hiperagravados del art. 534 bis b) 2 CP, señala que «parece, *prima facie*, que se pretende proteger más drásticamente los derechos patrimoniales. Sin embargo, una hermenéutica más ajustada al texto nos lleva a la conclusión de que lo que el legislador pretende con este precepto es dotar de una tutela más efectiva a los derechos morales en supuestos en que la conducta reviste mayor relevancia»; BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 28, 29, defensor de una postura marcadamente personalista, señala sin embargo que las dos hiperagravaciones del art. 534 bis b) 2 CP son de carácter patrimonial, aunque en referencia a la de la especial gravedad del daño, indica (op. cit., 29) que la imprecisión de tal fórmula «puede llevar al equívoco que no puede haber daño en el caso de la lesión de los derechos morales del derecho de autor, lo cual ciertamente es incorrecto, pues éstos pueden verse perjudicados gravemente y requerir de indemnización». ARROYO/GARCÍA RIVAS, autores que, como sabemos, se decantan por la postura mixta patrimonialista, van sin embargo más lejos en la interpretación personalista de la hiperagravación que nos ocupa y consideran que se refiere a la «comisión de una conducta del tipo básico con ánimo de lucro que ocasiona un daño moral "especialmente grave"» (*Comentarios LPI*, 1989, 1991, 2004; sin embargo, en la p. 2003, ven en la otra figura hiperagravada «una atención especial hacia lo patrimonial por parte del legislador»). Sin embargo, un autor que defiende (o, al menos, parece compartir) posiciones mixtas personalistas (bastante acentuadas en su personalismo, por cierto), como es GÓMEZ BENÍTEZ, cree (*Derechos de autor*, 1988, 184) que «el tipo de artículo 534 bis, b), 2, b), sí exige expresamente ... que se haya producido un daño económico de especial gravedad», consideración que estimo incorrecta desde luego, al menos, en cuanto a que la exigencia de daño económico sea expresa.

han construido los tipos por el peligro abstracto que suponen para un bien patrimonial es precisamente porque se pretende defender, muy anticipadamente, dicho bien), sino porque, para dotar de cierto sentido la regulación del tipo básico, creo que es necesario también reconocer un elemento personalista, aunque sea secundario, en la tipificación de las conductas distintas al plagio en él contenidas. Me explico: el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal no se compagina muy bien con el castigo indiscriminado, sin límites mínimos, de las conductas atentatorias a derechos de explotación económica (reproducción, distribución y comunicación pública), sin exigirse un perjuicio económico, sin existir un especial desvalor de acción, como el que puede implicar el ánimo de lucro. La tipificación como delito y la imposición de una pena (aunque sea pecuniaria, sentida, en el caso del tipo básico al que nos referimos, por algunos como excesiva, pero a la vez por otros como escasamente intimidatoria) es difícilmente explicable por la mera existencia de un peligro abstracto de lesión de intereses patrimoniales de cualquier entidad (mucho menos por la mera posibilidad de existencia de un enriquecimiento injusto); ello no ocurre en ningún otro delito contra el patrimonio. Por tanto, la única explicación posible (en mi opinión, por otro lado, insuficiente) de la intervención del Derecho penal radicaría en que el atentado a los derechos de explotación supone secundariamente también un peligro para los derechos morales de autor. O sea que, como he apuntado al principio de estas reflexiones sobre el bien jurídico, y como hemos visto que señala ROLDAN, tampoco las conductas que atentan exclusivamente a los derechos de explotación de la obra tienen un carácter únicamente patrimonial, aunque considero que sí prioritariamente patrimonial, entre otras cosas por el expreso contraste entre estos derechos y el que llama «derecho moral» la propia LPI. Aun intentando dotar así de sentido la existencia del tipo básico en el CP, me parece que la actual configuración de éste no está suficientemente justificada.

Por lo acabado de señalar, tampoco es argumento suficiente, como ellos pretenden, para apoyar la postura casi puramente personalista de BUSTOS y prioritariamente personalista de ROLDAN (y quizá habría que incluir aquí también la argumentación de QUINTERO), la no exigencia de perjuicio patrimonial en los delitos que nos ocupan.

b.3) En cuanto al argumento de la ubicación sistemática, utilizando por POLAINO para apoyar (junto al contenido de los tipos, en lo que hemos visto que no tiene razón) su afirmación de que el CP protege sólo la faceta patrimonial, y por otros autores en auxilio de su concepción prioritariamente patrimonialista, hay que contestar que tal argumento evidentemente apoya una concepción patrimonialista, como reconoce, desde el campo contrario, como sabemos, ROLDAN, pero desde luego no es suficiente para descartar que también se protejan intereses personales y ni siquiera significa necesariamente que és-

tos sean los menos protegidos, como realmente vienen a reconocer autores, como M. CONDE (120), que se inclinan por una concepción mixta predominantemente patrimonialista. La ubicación sistemática es un indicio, pero hay que tener en cuenta que no es descartable que el CP «se equivoque» alguna vez completamente de ubicación y, por otra, que la ubicación de un delito de un determinado lugar del CP puede estar *sólo parcialmente justificada* o, estando justificada por otras razones, no significar que el bien jurídico primordialmente protegido en el delito sea el que se corresponde con la ubicación sistemática del mismo. Así, por ejemplo en los robos violentos más graves, como el robo con homicidio, aunque se encuentra entre los «delitos contra la propiedad» en el CP, desde luego no es la propiedad o el patrimonio el único bien jurídico protegido, y es dudoso que sea el principalmente protegido, como lo demuestra por ejemplo el precepto del art. 512 CP, que anticipa la consumación del delito al momento de la producción del resultado lesivo para la vida o la integridad física, aunque no se hayan perfeccionado los ataques al patrimonio.

b.4) El argumento a favor de la naturaleza principalmente patrimonial del bien jurídico protegido consistente en aludir a que la mayoría de los derechos protegidos en el tipo básico (los de explotación) son cedibles, efectivamente refuerza el carácter primordialmente patrimonial de esos derechos, al que ya me he referido. La prueba es que el tipo no es de aplicación si concurre el consentimiento del titular o, lo que aquí nos interesa más, del cesionario del derecho en la correspondiente conducta (121), lo que por cierto nos permite realizar ya una primera crítica a la regulación del CP: la referencia al consentimiento del cesionario no se compagina nada bien con la inclusión del plagio en este tipo básico; no se entiende por qué ha de quedar fuera de la órbita penal, en virtud del consentimiento de una persona distinta del autor, la conducta plagiaría, que, al margen de la amplitud con que se conciba el plagio y de que en esa figura también se puedan entender lesionados intereses patrimoniales, fundamentalmente pone en duda la verdadera paternidad del contenido de una obra o de parte de ella, o sea algo que afecta fundamentalmente a un derecho personal del autor y no del cesionario de un derecho de explotación. Sin embargo, el que la referencia al consentimiento del cesionario en el art. 534 bis a) CP sea indiferenciada podría plantear problemas a la hora de intentar castigar, por ejemplo, a quien plagia la novela o el libro científico de otro con permiso (consentimiento expreso) del cesionario del derecho de distribución de la obra, lo cual parece absurdo. Creo que existen interpretaciones que permiten solucionar esta absurdo, como la consistente en desta-

---

(120) *PE*, 7.ª, 1988, 286 s.

(121) No entro a determinar aquí la naturaleza de dicha exclusión del tipo.

car que el art. 534 bis a) CP habla del consentimiento de los titulares o cesionarios *de los correspondientes derechos* de la propiedad intelectual, es decir, tomando literalmente las conductas descritas en ese artículo, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra (que existen), pero también el derecho de plagio, que, al no existir, no podría ser consentido por ningún titular ni cesionario; o la interpretación, menos formalista y más convincente y correcta, de que, al referirse al titular o cesionario del correspondiente derecho de propiedad intelectual, hay que buscar, para saber concretamente quién puede consentir, cuál es el derecho vulnerado por cada conducta y, en el caso de plagio, éste es el propio derecho a que se reconozca la paternidad de la obra, derecho eminentemente personal y, en cuanto tal, no cedible, con lo que, para excluir el tipo de plagio, sólo sería válido el consentimiento del titular del derecho (si es que, cuando tal consentimiento existe, puede seguir hablándose de plagio). En cualquier caso, el que el problema se plantee demuestra en este caso una mala técnica legal en la tipificación de conductas, explicable sin duda en la génesis parlamentaria del precepto, pues, en origen, sólo se contemplaban las conductas lesivas de los derechos de explotación y, posteriormente, se añadió el plagio, sin modificar el resto de la redacción del artículo.

En relación con lo anterior, no sería válido argumentar en favor del carácter predominantemente patrimonial del bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de autor, aduciendo que, incluso cuando las que se realizan con consentimiento del autor son las conductas agravadas relativas a derechos calificados de morales (las de las letras b, c y d del art. 534 bis b 1), no sería de aplicación el tipo (en el caso de la letra d de dicho precepto, por expresa disposición legal), pues tal exclusión del tipo mediante el consentimiento del titular del bien jurídico vendría a demostrar que, contra lo afirmado por el art. 14 LPI, que declara tales derechos como irrenunciables e inalienables, en realidad son disponibles, con lo que su carácter personal (o altamente personal) habría de ponerse en duda. Tal argumentación es errónea, en primer lugar porque, desde el punto de vista del Derecho penal (y sin que ello prejuzgue otras perspectivas jurídicas), la lesión consentida de ciertos bienes altamente personales puede no dar lugar a responsabilidad (piénsese incluso en las lesiones consentidas que, según un sector doctrinal, son en general impunes, pese a que se ataca un bien jurídico tan personal como es la integridad física), y, por otro lado, lo que aquí ocurre es que, cuando el autor consiente en que otro divulgue su obra por primera vez o en que la modifique sustancialmente (dejo aparte el más complejo precepto de la letra c del art. 534 bis b 1), en realidad no está disponiendo de su derecho de divulgar la obra o de exigir que se respete su integridad, sino que precisamente está haciendo un uso de esos derechos.

b.5) Me ocuparé ahora del argumento según el cual, al compren-

derse en el CP algunos ataques a los derechos conexos o afines al de autor, recogidos en el Libro II LPI, se está protegiendo una faceta puramente económica. Efectivamente, el tipo básico del art. 534 bis a) CP protege las interpretaciones o ejecuciones artísticas, a las que se refiere el Título I del citado Libro de la LPI, y es verdad que, en principio, los derechos distintos de los del autor a los que el CP otorga protección en el tipo básico son derechos de explotación, reconocidos en los arts. 102 ss. LPI, y, por tanto, derechos fundamentalmente de contenido patrimonial. Pero me parece incorrecta la afirmación de que todos los derechos conexos protegidos en el CP carecen de carácter personal: el art. 107 LPI establece que «el artista, intérprete o ejecutante goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación»; este derecho se relaciona por tanto expresamente por la ley con el prestigio y la reputación, es decir con bienes personales (altamente personales) relacionados con la propia imagen e incluso con el honor; pues bien, una parte de la letra c del art. 534 bis b) 1 CP se refiere a la usurpación del nombre de un artista en una interpretación o ejecución, es decir, protege claramente el derecho de carácter personal reconocido en el citado artículo de la LPI. Por tanto, el que el CP proteja no sólo el derecho de autor, sino también otros conexos, no excluye que en los mismos se contengan también elementos personales (122).

b.6) En cuanto al argumento de MUÑOZ CONDE de la dificultad de proteger los derechos morales a través de los preceptos del CP que nos ocupan (123), pues tal protección ha de tener carácter limitado, por ejemplo, por ejercerse la creación intelectual a veces como trabajo asalariado, he de reconocer que no comprendo muy bien la intención o el sentido del argumento: en primer lugar, el que esa protección fuera en realidad difícil o poco efectiva no implicaría que en la regulación vigente del CP se protegiera menos la vertiente personal, sino precisamente que tal protección sería menos efectiva; la alusión al trabajo asalariado me parece que para nada ha de interferir en la mayor o menor protección de los aspectos personales; pues la relación laboral nunca podrá obligar al autor a renunciar a su derecho de inédito (de divulgación) o a otros estrictamente personales y, cuando se produzcan conflictos entre el ejercicio de tales derechos y las obligaciones laborales, podrá haber lugar, en su caso, a responsabilidad laboral, pero ello nada tiene que ver con la protección penal

---

(122) Sobre los derechos morales reconocidos por la LPI a los artistas, intérpretes o ejecutantes, cfr. p. ej., VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 167 s.; vid. también la CFGE 2/1989 (ADP 1989, 680, 688).

(123) Dejando de lado el primitivo derecho a crear, que efectivamente sólo sería atacable mediante amenazas o coacciones, como indican STORCH, BAJO y M. CONDE, o con la eliminación física del individuo.

del aspecto personal del derecho de autor. En cualquier caso, aun aceptando que fuera verdad lo que afirma M. CONDE, él mismo desmiente que su afirmación sea un argumento a favor de la mayor protección de las facetas patrimoniales, pues a renglón seguido señala, como hemos visto, también las dificultades de la protección de éstas.

b.7) Tampoco es decisivo el argumento de M. CONDE de que, incluso en la punición de conductas como el plagio, existe a la vez la protección de un interés patrimonial. Ello es verdad, pero para nada significa que la conducta plagaria no suponga primordialmente un ataque al contenido personal o moral del derecho de autor, del mismo modo que en las conductas infractoras de derechos de explotación, fundamentalmente patrimoniales, coexiste un interés personal o moral. Cuando M. CONDE señala que, en la infracción plagaria, es la lesión del contenido patrimonial la que motiva la intervención el Derecho penal, recordando que la mayoría de las querellas por plagio se presentan frente a obras que han ganado un concurso o tienen gran éxito comercial, entonces el citado autor no se está refiriendo más que a los motivos por los que las personas normalmente inician un proceso penal, lo que guarda cierta independencia de las razones que han de guiar al legislador en la tipificación de conductas: si, como da a entender M. CONDE, en verdad las razones de las querellas por plagio radican en la búsqueda del resarcimiento económico, entonces habría que dudar de que la vía penal sea la más adecuada para dar respuesta a esas motivaciones. Pero, en segundo lugar, me parece discutible que se pueda afirmar que los autores plagiados acuden a los Tribunales, ya sean civiles o penales, en general en busca de resarcimiento económico y en los casos de gran trascendencia económica: ciertamente, es más normal que se ataque por las vías judiciales el plagio de obras comerciales de gran éxito, pero ello no sólo por razones patrimoniales, sino también porque, dada la difusión grande de las mismas, la conducta plagaria lesiona más gravemente el derecho moral correspondiente del autor; además, a veces hay demandas civiles por plagio en las que se solicita una indemnización simbólica, pues lo que se pretende es que se declare la existencia de tal plagio y se reponga al autor en sus derechos morales.

b.8) Es curioso cómo un argumento que podríamos llamar numérico se esgrime tanto por quienes defienden el carácter predominantemente patrimonial del bien jurídico protegido como por quienes defienden su carácter personal. Se suele reconocer por la mayoría de los autores, si bien con matices (124), que, en definitiva, se protegen

---

(124) Por ello hablo de intereses *predominantemente* patrimoniales o personales. Las matizaciones son múltiples y he puesto de relieve algunas de éstas a lo largo de la exposición de las diversas posturas o al discutir los argumentos de alguna de éstas. P. ej., ya conocemos los matices que los autores plantean respecto del carácter de la segunda hiperagravación del art. 534 bis b) 2 CP (fundamentalmente, pero no sólo, en el sentido de no excluir de ella los daños morales); p. ej. también diversos autores

intereses predominantemente patrimoniales en todas las conductas del art. 534 bis a) CP, excepto el plagio (e incluidas entre las que atacan a intereses patrimoniales las conductas de importación, exportación y almacenamiento, cuya naturaleza es, en otro sentido, discutida y discutible), en la agravación por el ánimo de lucro del art. 534 bis b) 1 a) y en las dos hiperagravaciones del art. 534 bis b) 2; por otro lado, las conductas que atacarían predominantemente intereses personales serían las del plagio del art. 534 bis a), y las de las letras b, c y d del n.º 2 del art. 534 bis b). Ello me parece correcto, con la salvedad antes insinuada de que la hiperagravación del art. 534 bis b) 2 b) por la especial gravedad del daño causado podría interpretarse como comprensiva (sólo o también, si es que la gravedad del daño patrimonial no encajara ya en la otra hiperagravación) de los graves daños morales (probablemente ello sería además lógico); ahora bien, la exigencia de ánimo de lucro para poder apreciar esta hiperagravación parece indicar que está referida a daños patrimoniales, salvo que se conciba el ánimo de lucro como una circunstancia reveladora de un móvil bajo en la actuación y, con ello, de un mayor desvalor de acción desvinculado del perjuicio patrimonial, de un modo parecido al que por ejemplo opera la circunstancia de precio, recompensa o promesa en el asesinato. De cualquier manera, el argumento numérico alegado por ambas posturas citadas no es en realidad muy claro, pero, en todo caso, favorecería levemente la concepción mixta, pero preferentemente patrimonialista.

b.9) Es curioso además observar cómo a veces, probablemente de una manera no plenamente consciente, se intenta apoyar la postura propia con un modo de expresión un tanto engañoso: así por ejemplo, cuando ROLDAN señala, en apoyo de su concepción mixta pesonalista, que el ánimo de lucro aparece como una «*mera* circunstancia agravante y no como un elemento estructural de la prohibición» (125), silenciando que, al menos aparentemente, las otras tres figuras del mismo número del artículo en que se recoge el ánimo de lucro y que protegen facultades personales o morales, serían también «*meras*» circunstancias agravantes.

b.10) De lo hasta ahora visto, se puede deducir que hay algunos ligeros indicios (ubicación, argumento numérico) en favor de la tesis mixta patrimonialista, pero que tales indicios no son probablemente suficientes para decantarse decididamente por tal tesis y habría quizá

---

diferencian conductas que atacan facetas personales, conductas que atacan aspectos morales y, por fin, conductas mixtas; éste es el caso, p. ej., de BUSTOS, como ya conocemos, o de VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, calificando de mixta la conducta de transformación de la obra descrita según él en el tipo básico del art. 534 bis a) CP (207), y la de modificación sustancial de la integridad de la obra del art. 534 bis b) 1 d) CP (219).

(125) *La Ley 1988-2*, 922 (el subrayado es mío).

que adscribirse a la que no establece rango entre la protección de unos y otros aspectos de la propiedad intelectual en el CP.

Pero conscientemente he dejado para el final el argumento más importante, alegado por los partidarios de la concepción mixta patrimonialista. El mismo consiste en decir, como sabemos, que, si bien la mayoría de las figuras contempladas en el art. 534 bis b) 1 se refieren a facultades eminentemente morales, el propio artículo determina que la pena que fija se impondrá a «quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior» concurriendo algunas de las circunstancias que el mismo artículo a que nos referimos describe. Se podría pensar que, en las tres circunstancias que afectan al derecho moral, nos hallamos ante agravaciones de la infracción al derecho moral que se describe en el tipo básico, o sea, el plagio, mientras que la agravación del ánimo de lucro se referiría a las conductas del tipo básico relativas a los derechos de explotación. Esta interpretación sin embargo no es posible, y ello no sólo porque el art. 534 bis b) 1 se refiere a «cualquiera de las conductas del artículo anterior», sino porque es imposible establecer una relación entre las tres figuras de las letras b, c y d del n.º 1 del art. 534 bis b) y el plagio (126). Quizá (aunque ello no es absolutamente claro y de hecho existe una polémica doctrinal al respecto) sí estemos ante una modalidad de plagio agravado en la usurpación de la condición de autor, pero no así en la infracción del derecho de divulgación, ni en la modificación sustancial de la integridad de la obra, que parecen por definición exigir una clara identificación del autor original de la misma. Por tanto, parece que hemos dado con el argumento definitivo para afirmar que, aun protegiéndose las dos facetas, patrimonial y personal de la propiedad intelectual, la protección es más fuerte para la primera, pues, para la protección de la mayoría de las facultades de la segunda clase, la ley exige que se dé como requisito la infracción de las facultades patrimoniales.

Sin embargo, esto que parece tan claro, se enturbia en una contemplación más detenida. En primer lugar, aun aceptando que las infracciones de las facultades morales de los derechos de autor son mayoritariamente circunstancias agravantes (desde luego no genéricas, sino elementos típicos de agravación), habrá que ver cuál es su efecto agravatorio, pues no sólo es importante, para medir qué facultades se protegen más, saber cuáles son básicas y cuáles agravantes, sino también cuánto agravan éstas. Y la agravación que suponen las con-

---

(126) Esto se puede probablemente explicar diciendo que el plagio constituye un cuerpo extraño en el tipo básico, tal y como éste está configurado; el plagio se introdujo debido a una enmienda socialista al proyecto de ley, que contemplaba en dicho tipo básico sólo ataques a derechos de explotación; el que en el tipo básico deban contemplarse sólo esos ataques es discutible y, en mi opinión, criticable, pero con la introducción del plagio quizá, más que subsanar un defecto, se estableció una fuente de problemas interpretativos (por incoherencia o descoordinación).

ductas atentatorias a las facultades morales a que ahora nos referimos suponen, respecto del tipo básico, nada menos que una subida del 75 % del límite mínimo de la multa (pasa de 100.000 a 175.000 pesetas) y de más del doble en cuanto al límite máximo (pasa de 2.000.000 a 5.000.000 de pts.) y, lo que es todavía más importante, hace aparecer una pena privativa de libertad (arresto mayor) ausente en el tipo básico. Ello significaría que, pese a tratarse de agravaciones de un tipo básico, la ley les ha concedido una importancia enorme, pues la diferencia de penas demuestra que la ley considera que el desvalor de las conductas agravadas es muy superior al de las básicas (en términos matemáticos podríamos asegurar que más del doble), lo que, como poco, tendría que hacernos reconocer que la protección que encuentran las facultades personales o morales del derecho de autor en el CP es tan importante como la que hallan las facultades personales.

En mi opinión, el que el art. 534 bis b) 1, en lo que respecta a la infracción de las facultades personales, se haya configurado como un subtipo agravado es algo que se debe a una mala técnica legislativa (127), que da lugar a consecuencias importantes. Algunas de las conductas descritas en las agravaciones relativas a facultades morales van acompañadas siempre de la realización de una conducta de las del tipo básico. Dejando de lado la usurpación de la condición de autor, que plantea problemas específicos en los que aquí no puedo detenerme, se ve claramente que, para que pueda vulnerarse el derecho de divulgación del autor (derecho de inédito), es necesario, bien fijar la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (o sea, reproducción, art. 18 LPI), bien poner a disposición del público el original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (distribución, art. 19 LPI), bien realizar un acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (comunicación pública, art. 20 LPI), con lo que, en este caso, en realidad estamos ante una tipicidad independiente, puesto que daría igual que la ley la hubiera regulado en tipo aparte; es más, incluso la ley podía haber redactado el hoy tipo básico, comenzando con un «quien, sin infringir el derecho de divulgación del autor, etc.» y quizá una parte de la doctrina habría interpretado que estábamos ante un tipo privilegiado. En reali-

---

(127) Critican, en el punto que nos interesa, esta técnica BAJO, *PE II*, 1987, 222, quien señala que, en los tipos agravados, a menudo estamos ante «nuevas tipicidades»; BOIX, *PE*, 2.<sup>a</sup>, 1988, 901, añadiendo que la deficiencia técnica existe «tal vez porque se haya producido una cierta confusión entre modalidades estrictamente usurpatorias y atentados a derechos de contenido sólo moral»; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 216, según el cual la configuración legal de los tipos agravados «no es acertada, dado que en algunos casos más que tipos agravados resultan conductas autónomas que no necesariamente tienen su apoyo en los tipos básicos y que podrían tener una tipificación independiente».

dad ello tampoco sería así: estaríamos ante dos tipos distintos, cuyas posibles fricciones habría que solucionar con las reglas concursales habituales (en este caso concurso de leyes normalmente); sin embargo, incluso en este supuesto, el que la ley haya utilizado la técnica del tipo básico y el tipo agravado podría dar algún problema más que estético; me refiero al caso poco probable de que el cesionario de un derecho de explotación consintiera en que un tercero realizara una reproducción, distribución o comunicación pública de la obra y, con ella, se infringiera el derecho de divulgación del autor; al faltar la tipicidad básica, no se podría castigar la infracción del derecho moral, lo cual parece absurdo; tal absurdo podría solucionarse interpretando que la remisión realizada por el art. 534 bis b) 1 a las conductas del tipo básico se refiere a la parte positiva del mismo y no a la negativa (consentimiento), con lo que, para que el consentimiento excluyera la tipicidad de las conductas del tipo agravado, dicho consentimiento tendría que recaer sobre estas mismas conductas y no sólo sobre las del tipo básico: en el caso de la infracción del derecho de inédito, no sería necesario expresar en el tipo el elemento negativo, pues, por definición, si el autor consiente en la divulgación, no se infringe tal derecho, sino que el autor está haciendo uso de él (es decir, es por definición imposible infringir el derecho de divulgación con el consentimiento del autor); en cambio, al hablar de la modificación sustancial de la integridad de la obra, el legislador vuelve a expresar el elemento negativo de la ausencia de consentimiento (aunque no sería estrictamente necesario), pues es posible realizar tal modificación con y sin consentimiento del autor. Sin embargo, esta complicada argumentación se viene abajo por culpa de nuevo de la pésima técnica legislativa utilizada, pues lo que se ha afirmado para las agravantes de contenido personal debería valer para todo el artículo, es decir, también para la agravación por la existencia de ánimo de lucro, y, en este caso, es sin embargo absurdo considerar que la remisión se refiere sólo a la parte positiva del tipo básico, pues ello supondría (al menos literalmente) que se podría castigar la infracción de un derecho de explotación consentida por su titular o cesionario por el mero hecho de concurrir ánimo de lucro (que será lo normal). En definitiva, el problema es que el CP mezcla continuamente elementos y valoraciones muy distintas (el ánimo de lucro puede funcionar como agravante, pero el resto de agravaciones en realidad deberían ser tipos distintos), de modo que se hace prácticamente imposible descubrir a qué faceta da mayor importancia. Los problemas derivados de la utilización de la técnica del tipo agravado se acentúan en el caso de la modificación sustancial de la obra, pues tal modificación no presupone siempre en la práctica la realización de las conductas del tipo básico, sobre todo en los casos de obras de un único ejemplar: piénsese en quien pinta encima de uno de los cuadros de un museo o modifica (mutilándola) una estatua instalada en un edificio

público. De él no se puede decir que reproduzca, distribuya o comunique públicamente la obra (y tampoco, claro, que la plagie), por lo que la conducta habría que quedar impune desde el punto de vista de la infracción (en este caso a menudo gravísima) de los derechos del autor sobre su obra (al margen de otras posibles responsabilidades, por ejemplo, por daños); ello resulta absurdo. Por tanto, la ley, que parece haber querido proteger fuertemente los derechos morales, no lo consigue a menudo por haber utilizado una mala técnica para ello. Además, el argumento de la comparación de penas a que aludía más arriba hace también agua, pues, al margen de que se iguale la pena de la infracción de los derechos personales con la de la infracción de los derechos patrimoniales, si en ésta concurre ánimo de lucro, sucede que, además, a la hora de agravar todavía más la pena en el n.º 2 del art. 534 bis b) (hasta el punto de que, si bien el límite mínimo de la pena pecuniaria no se altera respecto al de la primera agravación, el máximo sube al doble —de 5.000.000 a 10.000.000 pts.—, la privativa de libertad sube en un grado —de arresto mayor a prisión menor—, y aparece una pena restrictiva de derechos, la inhabilitación especial para la profesión relacionada con el delito cometido, pena por cierto poco frecuente en los delitos contra el patrimonio y, concretamente, inexistente en las demás defraudaciones), se tienen en cuenta, de nuevo probablemente debido a un error quizá involuntario en la técnica legislativa, como ya he explicado más arriba, circunstancias exclusiva o principalmente relacionadas con lo económico o patrimonial.

b.11) A lo largo de la cada vez más complicada argumentación (porque complicada es también la regulación del CP), pocas cosas hemos podido sacar en claro respecto a cuál de los aspectos del bien jurídico es el que más protege el CP, pero, de poderse afirmar la primacía de alguno de ellos, con contradicciones, eso sí, sería del aspecto patrimonial. Pues bien, para acabar de complicar las cosas y no poder sentar esa conclusión, creo que puede mencionarse un argumento que normalmente pasa desapercibido a la doctrina: El art. 534 bis c) CP faculta al juez para decretar la publicación de la sentencia condenatoria en un periódico oficial, a costa del condenado. La lógica ya nos indica que tal publicación no tiene un sentido reparador (ni consolador) del daño patrimonial que se haya producido [aunque se debería introducir algún matiz (128)], sino de los derechos morales

---

(128) Consistente, como señalan algunos autores, en decir que la medida tendería también a evitar ulteriores perjuicios patrimoniales al autor (o al titular del derecho de que se trate), y en advertir de la infracción a la comunidad, en favor del interés de la misma en no ser engañada en los productos del ingenio que recibe, engaño que se produciría, por cierto, fundamentalmente en las modalidades de plagio en sentido amplio (como enseguida se verá, a este aspecto del plagio como «engaño» a la sociedad se refieren algunas STS y la CFGE 2/1989, *ADP 1989*, 681, si bien lo considera una parte de la faceta patrimonial atacada por las conductas plagiarías). Lo que no me

del autor, algo así como una ayuda a recuperar públicamente la paternidad puesta en duda sobre la obra o, en general, su buena imagen como creador. Esta impresión se ve confirmada al constatar que una medida semejante no se impone en ningún otro delito contra el patrimonio, sino sólo y precisamente en un delito que guarda relación con un bien jurídico altamente personal o moral, el honor: el art. 456, párrafo 2.º CP obliga a la publicación de la sentencia condenatoria por calumnia en los periódicos oficiales, si el calumniado lo pidiere (aquí decide el agraviado y no el juez) (129). Pues bien, la medida del art. 534 bis c) CP, destinada a dar cierta satisfacción a quienes han visto lesionado su derecho moral de autor, se refiere sin embargo [probablemente de nuevo por un fallo de técnica legislativa (130)] a cualquier sentencia condenatoria por infracción de los derechos de autor, aunque se trate de derechos de explotación, con lo que parece que se estaría dando especial relevancia al aspecto per-

---

parece muy explicable es que este aspecto fuera el único o el fundamental tenido en cuenta al instaurar la medida, pues, entre otras cosas, no se explicaría muy bien por qué el legislador no ha introducido medidas similares para casos que presentan alguna similitud (estafas masivas, falsificaciones, etc.), prescindiendo de la cuestión de si la frecuencia y entidad del «engaño» social en la infracción de los derechos de autor justificaría la medida. En opinión de la doctrina, unas veces se relaciona la medida del art. 534 bis c) CP con alguno de los aspectos señalados en esta nota; así, BOIX, PE, 2.ª, 1988, 905, quien opina que «se trata de una medida en evitación de que se produzca incremento de los perjuicios ocasionados por la conducta delictiva o *de sus efectos sociales negativos*» (el subrayado es mío); VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 254 s., quien sin embargo resalta la relación de esta medida con la protección de los aspectos morales, considerando que no debería dejarse en manos del juez, sino del particular afectado la decisión de que se publique la sentencia. Otras veces se relaciona la medida exclusivamente con aspectos morales; así, para CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 197, se trata de «una disposición sobre resarcimiento moral del derecho de propiedad intelectual afectado» (en igual sentido, 236); de modo similar, ROMEO, *Poder informático*, 1988, 167, y CPC 35 (1988), 336, habla de «una especie de reparación moral para el autor» (soy consciente de que las afirmaciones de estos autores no implican *necesariamente* que la infracción cometida haya recaído sobre aspectos morales, pues podría pensarse que la reparación moral la recibiera, junto a la económica derivada de la responsabilidad, quien fue lesionado en derechos de otra índole, en concreto, patrimoniales, si bien ciertamente ello constituye una medida inusual —inexistente— en el resto del CP). La CGFE 2/1989 refiere la medida exclusivamente al aspecto moral: «A la satisfacción moral de los daños morales alude el artículo 534 bis, c) del Código Penal» (*ADP 1989*, 706).

(129) Además, el art. 465 CP establece que «los directores o editores de los periódicos en que se hubieran propagado las calumnias o injurias insertarán en ellos dentro del término que señalen las leyes o el Tribunal en su defecto, la satisfacción o sentencia condenatoria. si lo reclamare el ofendido»; me parece que aquí ya no existe el paralelismo con la medida establecida para los delitos contra los derechos de autor (sin embargo, ha de ser a ese art. 465 CP al que se refieren RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PE, 12.ª, 1989, 541, al hilo de la exposición del art. 534 bis c) CP).

(130) O porque se piense exclusivamente en alguno de los otros posibles sentidos del precepto, especialmente el del aviso a la sociedad «engañada», lo que me parece extraño y, si bien podría apoyarse en la circunstancia de que la ley otorga la decisión al juez y no al particular, tampoco explicaría por qué se establece la medida con carácter general, pues en algunas clases de infracciones de la propiedad intelectual parece que no se produce «engaño» social alguno o éste no es relevante.

sonal del bien jurídico incluso en esos casos, por pequeño que tal aspecto sea.

c) En definitiva, mi conclusión es que en los preceptos del CP se protegen dos facetas del bien jurídico «derechos de autor y conexos» o, si se prefiere (no entraré en la discusión del matiz, aunque quizá podría tener cierta relevancia), dos bienes jurídicos derivados de una misma figura: una faceta patrimonial, coincidente aproximadamente con los derechos de explotación económica, y otra personal o moral, que se corresponde con las más importantes facultades de lo que la LPI llama «derecho moral». Ahora bien, es difícil establecer una jerarquía o preeminencia en cuanto a qué faceta está más protegida. Ni siquiera se puede afirmar sencillamente que ambas facetas lo están por igual; lo que ocurre es que la LO de 1987 que reformó el CP en esta materia, con una censurable técnica legislativa, introdujo unos tipos y disposiciones que, de un modo no coordinado y coherente, protegen una y otra faceta, conviviendo en cada precepto y en el conjunto de ellos valoraciones distintas y no fácilmente conciliables entre sí.

5. Hay autores que indican que, en los delitos de que nos estamos ocupando (o al menos en algunos de ellos), se lesionan no sólo derechos individuales (personales o patrimoniales), sino otros intereses supraindividuales, como el de la sociedad a identificar la titularidad de las obras del ingenio humano, patrimonio de la cultura de toda esa sociedad (131). Sin entrar a discutir a fondo la cuestión, señalaré que, aun cuando ello fuera cierto y este interés estuviera (o hubiera de estar) protegido penalmente y aun cuando se considerara que el mismo está protegido en éstos (o en alguno de éstos) y no en otros preceptos penales, habría que afirmar que tal protección es secundaria frente a la de los derechos individuales antes señalados y que, desde luego, no justificaría la ubicación sistemática de estos delitos entre los delitos contra el orden socioeconómico, como defien-

---

(131) A ello debe de referirse también la CFGE 2/1989, cuando señala que, en el plagio (que considera recogido tanto en el tipo básico del art. 534 bis a CP como en el agravado del artículo 534 bis b 1 c), se produce un ataque a facetas personales y patrimoniales y, dentro de estas últimas, se comprende el ataque a los intereses patrimoniales del autor y «el perjuicio que puede causarle al público engañado por la suplantación», apreciación que, según creo, la Fiscalía toma literalmente de la STS 14-2-1984 (A 1129), a la que sigue en este punto, aunque con otras palabras, la de 30-5-1984 (A 3492), ambas STS citadas por la CFGE (ADP 1989, 681). MOUCHET/RADAELLI, *RGLJ* 196 (1954), 202, iban más lejos, afirmando que «ciertos ataques al derecho intelectual afectan los intereses generales de la cultura» y, más aún (203), «algunas de estas infracciones entrañan una lesión al decoro y la dignidad de un país» (desarrollan estas ideas en las pp. 204-206); MISERACHS RIGALT, *NEJ* VI, 1954, 681, consideraba parte del bien jurídico protegido los derechos «morales pertenecientes a la sociedad guardadora del elenco cultural y artístico, aun después que aquellos derechos económico-patrimoniales (scil. del autor) hubieren recaído al *dominio público*», considerando a la «comunidad política o sociedad» también sujeto pasivo del delito. En la nota siguiente me referiré a la opinión de algunos autores más modernos.

de algún autor [RODRÍGUEZ RAMOS, a juzgar por la ubicación de estos delitos en su *Compendio de la PE* (132)] y propuso el P 80.

6. Antes de terminar con este punto que nos ocupa, conviene aludir brevemente a una cuestión de orden constitucional. El rango constitucional del derecho de autor o de cada una de sus vertientes tiene trascendencia para el Derecho penal, en el sentido de que la selección de conductas que la ley penal realiza para tipificar los delitos está, prescindiendo de matizaciones que resultaría conveniente hacer aquí, directamente relacionada con la entidad del bien jurídico que se trate de proteger y con la forma y magnitud de la lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídico. Concretamente, en nuestro tema, si, por ejemplo, llegamos a la conclusión de que el aspecto moral del derecho de autor es reconocido constitucionalmente con mayor rango que el aspecto patrimonial, habrá que concluir que, a igualdad de gravedad del ataque (o puesta en peligro) a ambos aspectos, el Derecho penal deberá reaccionar antes o más fuertemente contra los ataques a los aspectos personales que contra los ataques a los patrimoniales (o sea, en general y una vez establecida la barrera a partir de la cual el Derecho penal debe empezar a actuar, antes en defensa del derecho de divulgación del autor en relación con su obra, que de los cesionarios del derecho de explotación, etc.). El resultado, pues, del análisis constitucional nos permitirá sobre todo observar si es correcta la regulación penal vigente (una vez conocidos los puntos de partida de ésta en cuanto al bien jurídico protegido) y hacer, en su caso, propuestas de *lege ferenda*. La cuestión es compleja y sólo resumiré brevemente mi opinión, sin detenerme en la exposición pormenorizada de la discusión doctrinal, ni en el análisis profundo de los problemas, que requeriría un estudio aparte por sí solo (133).

---

(132) Vid. R. RAMOS, *PE*, 2.ª, 1987, 356 s.; resalta también este aspecto supraindividual, siguiendo a R. RAMOS, POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 427. CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 194 s., considera que el interés general de la sociedad podría ser una circunstancia de agravación, pero no la base de la tipificación; ROMEO, *Poder informático*, 1988, 154, opina que en realidad sólo se protegen intereses supraindividuales cuando se tipifica la conducta de «usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución» (uno de los supuestos del art. 534 bis b 1 c CP). Contra la opinión de R. RAMOS y la opción del P 80 se manifiestan ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 919, quien considera que haber llevado en el P 80 los delitos que nos ocupan al título de los delitos contra el orden socioeconómico supone una «catastrófica técnica»; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 180 (contra R. RAMOS), quien no obstante señala (181) que «las conductas incriminadas atacan, no sólo facultades patrimoniales e ideales, sino que también tienen trascendencia social, dado que con la tutela de los derechos de autor y afines se protegen, además, intereses culturales o científicos de honda incidencia social», de lo que deduce que estamos ante delitos «*sui generis*», de difícil asimilación a otras conductas punibles (vid. también op. cit., 202, 204); sin embargo considera (206) que en la redacción dada por la LO de 1987 a los preceptos del CP que nos ocupan «no se tiene en cuenta, de una forma directa, la trascendencia social que suponga la conducta». Sobre distintas concepciones suprapersonales acerca del interés penalmente protegido, cfr. CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 189-192.

(133) Tampoco me detendré en la exposición de otras consecuencias que se deriva-

La discusión se centra fundamentalmente en si al menos las facultades morales del derecho de autor están reconocidas, como opina un amplio sector doctrinal (134), en el que están representados bastantes penalistas (seguramente una mayoría dentro de éstos), como derecho fundamental en el art. 20,1,b CE (encuadrado en la sección 1.ª del capítulo 2.º del título 1 de la CE), o, si como opina otro sector doctrinal, en el que se encuentran también algunos penalistas, todas las facultades derivadas del derecho de autor se hallan reconocidas constitucionalmente de modo implícito en el art. 33,1 CE (den-

rían de la discusión sobre el reconocimiento constitucional de los derechos de autor, como, por ejemplo, la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de tales derechos, en virtud de lo dispuesto en el art. 81 CE.

(134) PÉREZ DE CASTRO, El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra, en: *Actualidad Civil 1987-1*, 224 s. (en las pp. 220-224 expone y rechaza otras posturas); BOIX, *PE*, 2.ª, 1988, 898; QUINTERO, *Derechos de autor*, 1988, 30; ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 916 s. (con exposición de otras posturas en las pp. 915 s.); DELGADO PORRAS, *Propiedad Intelectual*, 1988, 28 s.; CHIRINOS RIVERA, *PJ especial IX* (1989), 407 (todo el trabajo, 405-408, se dedica a la cuestión del reconocimiento constitucional de los derechos de autor); VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 71 (aunque criticando la imprecisión del texto constitucional). OTERO LASTRES, La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1 b) de la Constitución española de 1987, en: *La Ley 1986-2*, 370-379, va más lejos todavía y considera que en el artículo de la CE mencionado en el título del trabajo se contemplan las facultades morales y las patrimoniales del derecho de autor, apoyando la opinión del voto particular de un magistrado, contrario a la mayoría, en la famosa STS, Sala 1.ª, 9-12-1985 (A 6320); la opinión de OTERO es seguida por JUFRESA PATAU, El fundamento constitucional del derecho de autor, en: *La Ley 1988-4*, 954 s. (en las pp. 951-953 expone distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales). BUSTOS, *Adenda PE*, 1989, 25, no indica en qué artículo de la CE se encuentra el reconocimiento del derecho de autor, pero, en consecuencia con su posición personalista, lo sitúa como derecho personalísimo relacionado con la libertad de expresión: «...habría que concluir que en el actualidad, con la reforma y modo *consecuente con la Constitución* y la Ley de Propiedad Intelectual el bien jurídico protegido es un derecho personalísimo de autor y, por tanto, se trata de un delito que debe quedar excluido de los delitos contra el patrimonio y colocado sistemáticamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que *aparece como una forma de libertad de expresión*» (los subrayados son míos). En contra de esta postura (no sólo de la de OTERO y los autores citados a continuación de él, sino también de la de los autores primeramente citados), además de los autores que se citarán en otros puntos del presente apartado, CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 138; POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 427, como es lógico desde su postura patrimonialista extrema, señala que «las esferas típicas de la protección penal de la propiedad intelectual ... no se interfiere (sic.) en absoluto ni se identifica sustancialmente *in totum* con el contenido de la básica proclamación jurídico-constitucional de la libertad de expresión y de difusión de pensamientos, ideas y opiniones, y la libertad de producción y de creación literaria, artística, científica y técnica, que como derechos fundamentales consagra el artículo 20.1 de la Constitución Española». Resume las principales posturas, al hilo de la citada STS, Sala 1.ª, 9-12-1985 (A 6320) y del voto particular a la misma, pero estimo que no se pronuncia al respecto, SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 381 s. En cuanto a la *jurisprudencia*, la STS, Sala 2.ª, 23-5-1975 (A 2325), aunque evidentemente sin referirse a la entonces inexistente CE, destacaba «los aspectos personales y espirituales de la creación artística como uno de los derechos del hombre», prefiriendo por ello la denominación «derecho de autor» a la «vetusta designación de propiedad intelectual». Vid. también la STS, Sala 5.ª, 5-6-1987 (A 4006), aplaudida por F. SAINZ MORENO, El derecho de autor de los funcionarios públicos, en: *Civitas. Información jurídica*, marzo 1990. 5 s.

tro de la Sección 2.<sup>a</sup> del mismo capítulo y título, y, por tanto, con una menor protección), que recoge el derecho a la propiedad privada (135). Los argumentos a favor y en contra del encuadramiento en uno u otro precepto constitucional son diversos, pero no entraré en ellos; sólo señalaré que, si bien es verdad que en el art. 20,1,b CE («Se reconocen y protegen los derechos ... a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica») se contiene *prima facie* un reconocimiento del derecho a crear, que sólo podría ser vulnerado penalmente mediante la eliminación física de la persona o mediante coacciones o amenazas (136), es también cierto que de ese primer derecho, para que tenga algún contenido más allá de la pura libertad de pensamiento, imposible en realidad de coartar, se desprende una serie de facultades, algunas de las cuales están tan indisolublemente unidas al reconocimiento (y a la protección) de la labor creadora del autor, que, si a su vez no se reconocen, se vacía absolutamente de contenido real el primitivo derecho a crear: no tiene sentido decir que *se reconoce y protege* el derecho a crear obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, si al creador no se le permite decidir en general (a salvo de que pueda haber casos en que, por conflicto con otros derechos superiores, éste se limite: quizá pudiera ser el caso de quien, descubriendo un remedio infalible contra el cáncer u otra enfermedad grave, se niega a divulgar su obra científica) si la obra que ha creado debe ser dada a conocer, o reivindicar frente a quienes pretendan lo contrario su cualidad de autor de la obra; es decir, que, en mi opinión, al menos las más importantes facultades personales derivadas del derecho de autor se encuentran reconocidas, siquiera sea de modo implícito, en el citado precepto constitucional al más alto nivel; es más, aunque se llegara a la conclusión de que ello no es así, probablemente habría que afirmar (aunque no voy a profundizar en la cuestión) que dichas facultades son inherentes a otro derecho reconocido constitucionalmente al mismo nivel: el derecho a la propia imagen (art. 18,1 CE), pues parece aceptable, como pone de manifiesto ROMEO CASABONA (137), que las creaciones del espíritu forman parte (importante) de esa imagen.

(135) Así, entre los penalistas, ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1988 s.; y, entre los civilistas, p. ej., BERCOVITZ, *Comentarios LPI*, 1989, 22-24 (vid. un resumen del planteamiento de la cuestión y de los argumentos utilizados por los defensores de las distintas posiciones en op. cit., 19-25).

(136) Así STORCH, *La Ley 1986-2*, 1178, 1178 n. 4; BAJO, *PE II*, 1987, 223; M. CONDE, *PE*, 7.<sup>a</sup>, 1988, 287.

(137) *Poder informático*, 1988, 154; *CPC 35* (1988), 325. Aclaro que no imputo a ROMEO la idea de incluir el reconocimiento constitucional de las facetas morales del derecho de autor en el art. 18,1 CE, posibilidad sobre la que él no se pronuncia expresamente, sino que cito a este autor porque creo que es el único que relaciona esas facetas con el derecho a la propia imagen. Sin referirse expresamente al derecho a la propia imagen, STORCH, *La Ley 1986-2*, 1180, considera que «acaso» en el art. 18,1 CE (y no en el 20,1,b) se encuentra el reconocimiento constitucional de las facultades morales del derecho de autor, del que antes (1179) ha opinado que no puede ser un «derecho de la personalidad».

Distinto es el caso de las facultades puramente patrimoniales (derechos de explotación de la obra), que, aunque no están desde luego expresamente recogidas en el precepto constitucional que reconoce el derecho a la propiedad privada, ciertamente pueden guardar relación con el régimen de ésta. El reconocimiento de los derechos de explotación no es consustancial al propio hecho de crear, pues es fácilmente concebible que un ordenamiento establezca, garantizadas las facultades esenciales del creador de decidir sobre la divulgación de la obra, reivindicar el reconocimiento de su paternidad, etc., que, una vez que el autor ha puesto la obra literaria, artística o científica a disposición de la sociedad, ésta pasa a ser (al menos en parte) dueña de ella y, desde luego, no tiene por qué pagar un precio para disfrutarla; el que ello se considere legítimo o no irá normalmente unido en gran medida al grado de reconocimiento de la propiedad privada.

Débil me parece el argumento que pretende negar carácter de derecho fundamental a las facetas personales del derecho de autor, por el solo hecho de que las mismas no corresponderían a todo ser humano, sino sólo a los capaces de crear obras literarias, artísticas o científicas, que no son ni mucho menos todas las personas. Baste contraargumentar que la libertad de cátedra tampoco le corresponde a todo hombre, sino a quienes ejercen funciones docentes y, sin embargo, está reconocida como derecho fundamental del máximo nivel en la CE (art. 20,1,c).

En definitiva, el rango de derecho fundamental reconocido y protegido al máximo por la CE de las facetas personales o morales del derecho de autor, o, al menos, de las principales de ellas (frente al menor rango constitucional de las facetas patrimoniales) ha de ser tenido en cuenta por el legislador penal, que, ante una agresión de iguales características a la faceta patrimonial y a la personal, debe reaccionar antes o más fuertemente frente a esta última, cosa que, como sabemos, no siempre hace la actual regulación del CP. El fenómeno de que muchas veces se pretenda reducir la importancia de la protección penal de los aspectos personales del Derecho de autor frente a los patrimoniales se inscribe en una corriente de pensamiento que tiende a minusvalorar (al menos desde el punto de vista penal) todos aquellos ataques que recaigan sobre bienes inmateriales y personalísimos (otro ejemplo son las ofensas al honor), pensando que el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal aconseja abandonar la protección de tales aspectos a otras ramas jurídicas. Aunque no me puedo entretener en profundizar en este fenómeno, lo que nos llevaría muy lejos, creo haber dado algunos argumentos que demuestran que ello no siempre debe ser así y que, en muchas ocasiones, ante modalidades de ataque similares, hay que primar la protección penal de algunos bienes inmateriales (siempre, naturalmente, que el ataque a los mismos tenga la suficiente entidad, y de acuerdo con los principios y fines del Derecho penal), muy unidos a la persona, sobre la de

otros materiales, especialmente los patrimoniales, que, pese a la impresión que se obtiene de la contemplación de algunas ramas del Derecho en sociedades de economía capitalista o mixta, como la nuestra, e incluso del sentir de una parte de la sociedad, tienen una valoración constitucional sólo relativamente fuerte y, desde luego, menor que otros bienes jurídicos que son olvidados con demasiada frecuencia.

## V. Reflexiones finales y consideraciones de *lege ferenda*

A modo de conclusión y por razones que, en algunos casos, he explicado, pero también por alguna otra, me parece que la actual regulación de la protección penal de los derechos de autor y conexos es deficiente. Aun sin atreverme a proponer una regulación concreta, sí creo que se pueden señalar ciertas directrices, que evidentemente tienen carácter parcial y limitado o provisional, pues las reflexiones contenidas en este trabajo —y algunas otras personales de su autor— sólo abarcan algunos aspectos de la protección penal de los derechos de autor y conexos y las propuestas globales y definitivas de *lege ferenda* sobre la materia deberían basarse en una investigación sobre el conjunto de cuestiones que plantea:

— La ubicación sistemática más correcta de estos delitos dentro de la actual estructura del CP sería, en mi opinión y dada la doble vertiente, personal y patrimonial, de los mismos, a continuación de los delitos contra la libertad y seguridad [y no entre ellos, como proponen BUSTOS (138) y ROLDAN (139)] y justo antes de los delitos contra el patrimonio, tal y como propone ROMEO CASABONA (140). Una ubicación similar debe procurarse en el futuro CP, si es que el mismo llega alguna vez a hacerse realidad (141).

— Conviene diferenciar claramente, como también propone ROMEO (142), las infracciones relativas a facultades eminentemente personales y las relativas a facultades eminentemente patrimoniales, así como, en principio, las agravaciones que correspondan a unas y otras. Los problemas de concurrencia entre unos y otros tipos se resolverán con los principios concursales comunes. Sólo me queda la duda de si no convendría establecer una (hiper)agravación mixta, cuando se vulneren gravemente ambos tipos de facultades, conviniendo quizá

(138) *Adenda PE*, 1989, 25.

(139) *La Ley 1988-2*, 920.

(140) *Poder informático*, 1988, 155.

(141) También aboga por el cambio de ubicación sistemática SOTO NIETO, *PJ especial IX* (1989), 370, quien considera oportuno buscar una mejor para estos delitos «automatizándose (sic.) respecto de rúbricas generalizadas, comprometidas por inexactas» (vid. también op. cit., 370 n. 2).

(142) *Poder informático*, 1988, 155.

establecer una pena superior a la del concurso, dejando de cualquier modo claro que en tales casos no es satisfactorio acudir al concurso de leyes.

— En lo referente a las infracciones de facultades eminentemente personales, por lo menos cuando se trate de las más importantes de éstas (derecho de divulgación, reconocimiento de la paternidad y exigencia de no modificación sustancial), es adecuado acudir a la protección del Derecho penal, siempre que la infracción sea dolosa, pues se atenta (con consciencia y voluntad) contra algo muy vinculado a la persona del creador, a su libertad y capacidad creadora y a su propia imagen, es decir, porque estamos ante ataques de bastante importancia (por ello se ha de exigir dolo) a un bien jurídico de primer orden. El Derecho penal tiene mecanismos para excluir de su órbita conductas de poca trascendencia que, pese a encontrarse dentro de las señaladas, tengan un escasísimo contenido de antijuridicidad material (por ejemplo, podrá utilizarse el principio de insignificancia).

— También se deberán establecer agravaciones para los casos especialmente graves de lesión relativa a los aspectos personales. No es fácil, desde luego, establecer los criterios demostrativos de tal gravedad y reflejarlos en un tipo, pues se corre el peligro de acudir a fórmulas indeterminadas, como la de la «especial gravedad». En este sentido, señalaré en cualquier caso que me parece que habrá de tenerse en cuenta el grado de difusión de la obra lesionada y, sobre todo, del propio hecho lesivo (gran número y difusión de las copias ilegales, exposición de una obra pictórica o escultórica ante un número elevadísimo de personas, plagio que se convierte en un *best seller*, etc.); también habría que tener en cuenta la propia extensión de la plasmación de la lesión (quizá no sea igual el plagio parcial que el total), etc. (143).

— En cambio, en cuanto a las conductas que atentan contra aspectos eminentemente patrimoniales de los derechos de autor y conexos, al ser en definitiva el bien jurídico de menor rango, habrá que seleccionar más las conductas punibles. La regla general es que, para que una de estas conductas infractoras merezca y necesite la intervención del Derecho penal, habrá que exigir que la misma sea equiparable en lesividad a otras conductas recogidas en los delitos patrimoniales, es decir, que la protección de esta faceta de la propiedad intelectual

---

(143) La propuesta de VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 258, de convertir, como ocurre en algunos ordenamientos extranjeros, en delitos privados o semipúblicos los atentatorios contra los derechos de autor, si bien sólo cuando afecten a aspectos personales o morales de tales derechos, me parece, cuando menos, muy discutible, como me lo parece el carácter de privados o semipúblicos que tienen los delitos contra el honor en el CP (delitos que menciono, pues en una analogía con los mismos se basa la petición de VEGA VEGA) o, incluso más en general, la existencia de delitos no perseguibles de oficio (crítico también en general frente a esta categoría se manifiesta LUZÓN PEÑA, *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*, en: *ADP 1988*, 61).

se rija por los parámetros valorativos válidos en general para los delitos patrimoniales (144). En concreto, creo que habría que exigir, desde luego dolo (145), pero siempre además ánimo de lucro, como proponen CARMONA (146) y POLAINO (147), y probablemente habría que distinguir entre conductas constitutivas de delito y de falta (148), como ocurre con otras infracciones patrimoniales. Estos tipos básicos no deberían estar conminados con penas superiores a las de los tipos básicos de delitos contra la vertiente personal.

— Se podrían establecer agravaciones específicas de contenido patrimonial, que no deberían por sí mismas conducir a una pena mayor que las de los atentados agravados a las facetas personales. El problema vuelve a ser aquí encontrar los criterios correctos de agravación y no caer en fórmulas vagas e inseguras en la redacción de los tipos. Desde luego ha de tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio económico o del beneficio reportado al infractor, naturalmente, siempre que el dolo de éste abarque estas circunstancias, e incluso quizá la trascendencia económica general de la conducta (149).

Hay que reconocer que, si la tarea del legislador nunca es fácil, en estos delitos es más complicada de lo normal. Por ello, quizá haya que disculpar en cierta medida al legislador penal de 1987, quien, probablemente urgido por la propia dinámica legislativa de la nueva LPI y por la necesidad de mejorar la antigua regulación penal [como de hecho lo ha conseguido en algunos aspectos: por ejemplo, el rechazo de la antigua técnica de la ley penal absolutamente en blanco,

(144) Implícitamente alude a esto último CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 244, criticando la actual regulación; y explícitamente lo pide para todos los delitos contra la propiedad intelectual, desde su posición patrimonialista, POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 435.

(145) Así, POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 436 s., apreciación que extiende a todos los delitos contra la propiedad intelectual, que, en su opinión, deben tener siempre contenido patrimonial.

(146) *Propiedad intelectual*, 1988, 197 s., 243, 245, 332; Algunas consideraciones sobre el plagio como modalidad de conducta del nuevo delito contra la propiedad intelectual, en: *RFDUG 12* (1987/1989), 53; *PJ especial IX* (1989), 349.

(147) *PJ especial IX* (1989), 435, de nuevo para todos los delitos contra la propiedad intelectual, desde su posición patrimonialista.

(148) Considera conveniente «la configuración de un tipo de falta» SOTO NIETO, *Pj especial IX* (1989), 379; y pide con carácter general para los atentados penalmente típicos a los derechos de autor la distinción de *lege ferenda* entre delitos y faltas VEGA VEGA, *Derecho de autor*, 1990, 257.

(149) POLAINO, *PJ especial IX* (1989), 437, pide que, en una futura regulación penal, se tenga en cuenta, además del contenido patrimonial del injusto, «la significación socioeconómica del mismo». Bastante diferente de la realizada aquí es la propuesta de *lege ferenda* de CARMONA, *PJ especial IX* (1989), 349 s., que aconseja la reducción de la regulación a un tipo básico de contenido marcadamente patrimonial (con inclusión en el mismo del ánimo de lucro y quizá del perjuicio patrimonial) y unas agravaciones cuando además se ataquen algunos aspectos morales (subsidiariamente propone otra regulación, de no aceptarse ésta). Pero tampoco coincide mi propuesta con la idea, de signo contrario a la acabada de ver de CARMONA, de ROLDAN, *La Ley 1988-2*, 920, de considerar correcto que las infracciones personales sean tipos básicos y las infracciones contra facetas patrimoniales sólo sean agravaciones de aquéllos.

o la graduación de las penas, aunque no siempre bien plasmada (150)), estableció una regulación plagada, en mi opinión, de errores técnicos y valorativos. Ello no es óbice para que se inste al legislador futuro a mejorar la regulación y se le intenten ofrecer algunas pautas, desde una posición que, sin pretender tener solución para todo, esté al menos suficientemente razonada.

---

(150) Aplauden también el sistema de penas diferenciadas CARMONA, *Propiedad intelectual*, 1988, 362, aunque manifiesta su desacuerdo con la pena del tipo básico; ROMEO, *Poder informático*, 1988, 167; *CPC 35* (1988), 335 s.; ARROYO/GARCÍA RIVAS, *Comentarios LPI*, 1989, 1987; GIMBERNAT, *PJ especial IX* (1989), 354.



# Consideraciones en torno a la protección penal del Know-how (\*)

JOSE R. SERRANO-PIEDECASAS

Profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

## I. INTRODUCCION

El Know-how, como instituto jurídico, ha sido extensamente estudiado desde enfoques económicos, jurídico-económicos o mercantiles, pero casi nunca desde una perspectiva penal (1). Esta carencia es notoria en el Derecho penal español. Precisamente, el objeto de este breve artículo es reflexionar sobre los aspectos básicos que conformarían una protección penal del Know-how en nuestro ordenamiento. Por consiguiente, mi interés se ha centrado en temas tales como: el concepto jurídico del Know-how; ámbito material de aplicación; y, por último, bien jurídico protegido.

He tratado de adoptar una definición del Know-how que comprenda sus características fundamentales. En este sentido, si bien considero que la reserva es un rasgo definitorio del mismo, señalé como otro no menos relevante el de su transmisibilidad. Ello tiene su importancia pues refuerza la necesidad de su protección por la vía de la competencia desleal. Por otra parte, el ámbito material del Know-how abarca tanto a aplicaciones industriales, como financieras, comerciales e incluso de gestión, lo que implica su no identificación con el «secreto industrial». Quizá fuese más oportuno afirmar que el Know-how es sinónimo del secreto empresarial (2). Esta conclusión, por otra parte, facilita la configuración del bien jurídico protegido en el Know-how que consiste en la capacidad competitiva de la empresa.

---

(\*) Le agradezco a Rocio Navarro Comas, becaria del programa Erasmus en Pavia (Italia) curso 1988/89, la bibliografía italiana que me ha proporcionado en materia de «secreto industrial».

(1) K. TIEDEMANN, «Poder económico y delito». Barcelona 1985, 111.

(2) J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Algunos aspectos de la licencia del Know-how» en *Actas de Derecho industrial*. T. VII, Madrid, 1981, p. 209.

## II. KNOW-HOW: PROBLEMAS CONCEPTUALES

1. Desde un punto de vista económico, la empresa que quiere ser competitiva debe efectuar grandes inversiones con el fin de acceder a un nivel adecuado de ideas, procedimientos o experiencias susceptibles de aplicación comercial o industrial. Conocimientos, en suma, que conforman lo que en un sentido amplio se entiende por Know-how. Ahora bien, los mismos pueden ser adquiridos de dos maneras: mediante la creación o el invento de nuevas técnicas dentro de la empresa o por la adquisición de tecnologías elaboradas en empresas distintas (3).

En ambos casos, estos actos de «iniciativa económica» (4) resultan rentables para la empresa en la medida que mantenga una adecuada reserva de estos conocimientos o consiga su explotación en exclusiva. En ello reside la importancia de la protección que la ley dispensa al titular del Know-how frente a la intromisión de la competencia.

2. El Know-how se ha convertido en los últimos años en un término de frecuente uso en todo tipo de relaciones económicas.

Además de una copiosa literatura sobre el tema, diversas organizaciones internacionales, tales como la Cámara de Comercio Internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Industrial o la UNCTAD, han centrado su interés en este instituto. Sin embargo, resulta llamativo que todos estos esfuerzos no han cristalizado en la elaboración de un concepto unánimemente aceptado (5).

Diversas causas cooperan a mantener este estado de confusión conceptual:

a) La ausencia de una definición legal del Know-how y la escasa mención que se hace del mismo en la jurisprudencia (6).

b) El desigual grado de desarrollo industrial de los distintos países se traduce en un desigual desarrollo doctrinal (7).

c) Los enormes intereses económicos vinculados a la transmisión de tecnología industrial determinan que el ámbito de aplicación del Know-how sea diferente según la posición que ocupe el país en cuestión, la de receptor o transmisor (8).

3. Quizás, conscientes de estas dificultades algunos participan-

(3) A. KREIS, «La transmission de Know-how entre entreprises industrielles». París, 1987, p. 5.

(4) A. FRIGNANI, «Secretos de empresa en el Derecho italiano y comparado» en *Rev. Fac. Derecho Univ. Complutense*. Año 1987/88, p. 257.

(5) SEGADE, «Algunos aspectos de la licencia...» *cit.* p. 213.

(6) A. TROLLER, «The legal protection of Know-how. General report», en «The protection of Know-how in 13 countries». Pascara 1970, pp. 149-150.

(7) A. WISE, «Trade secrets and Know-how throughout the world». New York, 1976, p. 106.

(8) SEGADE, «El secreto industrial (Know-how)». Madrid, 1974, p. 102; F. PANEL, «Le Know-how» Montpellier, 1975. París, 1976, p. 41.

tes (9) plantearon en el Congreso de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI) de 1970 ser suficiente una amplia descripción del Know-how dejando a las legislaciones internas la concreción de los detalles legales.

Estas recomendaciones, sin embargo, son hoy día insuficientes en el marco del MCE. En efecto, de acuerdo con el espíritu del Tratado de Roma (art. 2) se promueve la supresión de las fronteras económicas y el derecho a la libre circulación de mercancías y de «conocimientos» (Know-how). Ello significa que la aplicación del Tratado de Roma, en materia de transferencia de tecnología entre empresas, pasa por la homogeneidad jurídica en relación con la protección del Know-how (10).

En España, hasta época muy reciente, se cumplían las pautas generales antes descritas. Es decir, la ausencia en la legislación y jurisprudencia de cualquier referencia al término Know-how o posible traducción del mismo (11).

No obstante, hay que destacar una importante sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera), de 24 de octubre de 1979, en la que se dice que el Know-how o «saber hacer» consiste «...en conocimientos sobre métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles» (12). Más significativa es la definición de Know-how que aparece en el Real Decreto 1.750/1987, de 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas. En su artículo primero se dice que entra dentro del ámbito de aplicación del RD: «(los) conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva (Know-how)» (art. 1).

En el plano doctrinal el estudio de esta figura se venía haciendo en función del secreto industrial y siempre desde campos distintos al penal. En la actualidad, la opinión más unánime identifica el Know-how con el secreto empresarial, categoría que engloba tanto a los secretos industriales como a los comerciales (13).

4. El problema de la definición del Know-how replantea la vali-

---

(9) Canadá y Dinamarca (Ann. AIPPI, 1970, pp. 523 y 633).

(10) P. BONASSIES, «Le Know-how» Montpellier, 1974, *cit.*, pp. 205.

(11) Se hacía una alusión indirecta al Know-how en el artículo 1 del Decreto 24 de diciembre de 1959, relativo a las condiciones impuestas a inversores extranjeros, cuando se habla de la posibilidad de contratar «asistencia técnica».

(12) Véase el excelente comentario de esta sentencia hecho por GÓMEZ SEGADÉ en «Algunos aspectos de la licencia», *cit.* pp. 201 a 223.

(13) SEGADÉ en un primer momento considera sinónimos al secreto industrial y al Know-how («Secreto industrial y...» *cit.* pp. 159 y ss.). Con posterioridad, en su artículo sobre «Algunos aspectos de la licencia...» (*cit.* pp. 209 y ss.) varía su posición identificándolo con el secreto empresarial. Véase en este sentido la monografía de DESSEMONTET «The legal protection of Know-how in the United States of America», 2.<sup>a</sup> ed., Ginebra, 1987, pp. 29 y ss.; ALESSANDRI «Riflessi Pnealistici della Innovazione Tecnologica». Milano, 1984, pp. 182 y ss.

dez de ciertas formas de razonamiento jurídico propias de los ordenamientos influenciados por el Derecho francés del s. XIX.

El empleo de esta metodología acostumbra a razonar a partir del derecho preestablecido. Ante una nueva situación, el método tradicional la interpreta, no desde la situación (la relación) misma, sino a través de las normas existentes que puedan comprenderla. En relación con el Know-how, el concepto se construye, por tanto, en base a institutos jurídicos ya legalmente reconocidos. Es así, que el Know-how, en tanto conocimiento técnico, se dice, es susceptible de ser objeto de un derecho de propiedad, o de transmisión, de confidencialidad, etc.

Por el contrario, otra forma de razonamiento jurídico, que tiene su precedente en el Derecho romano y en el hoy más próximo Derecho anglosajón, hace preceder, como dice VIVANT, al estudio del Derecho, el estudio de la situación nueva (14). Desde este punto de vista una característica esencial del Know-how consiste en su posible transmisibilidad, en tanto que, como bien inmaterial, posee un valor patrimonial digno de protección. Ahora bien, esta relación no podrá ser apreciada jurídicamente si con antelación su contenido no ha sido analizado en profundidad en base a la práctica industrial y económica de donde procede.

5. Las consecuencias que se derivan de adoptar una u otra solución son las siguientes:

A) Aquellos autores que emplean el método tradicional definen el Know-how a partir de la descripción de un limitado número de atributos comúnmente aceptados (15). Sin embargo, las definiciones propuestas no son coincidentes, el ámbito del Know-how varía casi con cada autor. A modo de ilustración destacamos algunas definiciones particularmente representativas (16).

J. AZEMA propone una definición en la que se analiza el contenido de los conocimientos susceptibles de constituir un Know-how y su ámbito de aplicación:

«El Know-how consiste en conocimientos relativos a la fabricación, comercialización y servicios de productos, así como a la financiación de las empresas que a ello se dediquen, fruto de la investigación o

(14) AZEMA, «Le Know-how» Montpellier, 1975, *cit.* p. 34. Intervención de VIVANT en el coloquio que sigue a la ponencia del autor.

(15) KREIS, «La transmission de Know-how...», *cit.* p. 16.

(16) Consúltense además: A. CHAVANNE, «Il Contratto di Know-how» R.D.I., 1967, 200; GRECO y VERCELLONE, «Le invenzioni e i modelli industriali», 1968. Turin; G. BERNINI, «Il Know-how» Ann. de D. Comparato e di Studi Legislativi. Vol. 44, 1970, pp. 262 y 263; P. DURAND, «Le Know-how», J.C.P. 67, ed. G., I, 2078, Montpellier 1970; MAGNIN, «Know-how et propriété industrielle», Paris, 1974; DELEUZE, «Le contrat de transfert de processus technologique. Know-how», Paris, 1976; R. PLAISANT, «Le Know-how: Les Petites Affiches», 7 de noviembre de 1977, núm. 124, 3; etc.

de la experiencia, no patentados, secretos y transmisibles por contrato». (17).

O bien la aportada por M. Régis FABRE en la que la condición de conocimientos no patentados desaparece:

«Conocimientos transmisibles y no accesibles inmediatamente al público» (18).

Incluso alguna definición incluye, dentro del dominio de aplicación del Know-how, la práctica de la profesión. Así lo propone la AIPPI de 1974 en la 5.<sup>a</sup> Convención de la Unión de París:

«El Know-how consiste en conocimientos o experiencias sobre aspectos técnicos, comerciales o administrativos, financieros o de otra índole, aplicables a procesos industriales de una empresa o a la práctica de una profesión».

La extensión y el objetivo de este artículo impide valorar los argumentos más arriba manejados. Si, insistir en la idea de que este bloque de definiciones son formuladas «*en abstracto*» por lo que las razones aducidas, como dice VIVANT (19), adquieren un tinte contingente y subjetivo que hacen peligrar la utilidad del propio concepto. Como señala PERRIN: «*Todo concepto acaba por perder su utilidad, incluso su significación, cuando se lo aleja más y más de las condiciones experimentales de donde surgió*» (20).

B) Desde el otro punto de vista metodológico la definición del Know-how se realiza a partir del análisis de una situación concreta. El concepto del Know-how se elabora a partir del estudio de la transmisión de tecnología, destinada a la reproducción de un modelo de realización industrial, que también llamaremos en forma más breve, «Know-how tecnológico» (21).

En primer lugar y en base a la observación de diversos contratos referidos a la transmisión de tecnología entre empresas (22), KREIS destaca los siguientes rasgos comunes a todos ellos:

a) Las transmisiones de tecnología exigen de una y otra parte la presencia de una organización y de poderosos medios de produc-

---

(17) AZEMA, «Le Know-how», Montpellier 1974, *cit.* p. 23.

(18) FABRE, «Cahiers du droit de l'entreprise», núm. 1, 1972, p. 2. Citado por KREIS «La transmisión de Know-how...», *cit.* p. 25.

(19) *Vid. supra*, núm. 13, p. 23.

(20) Citado por KREIS, «La transmisión de Know-how», *cit.* p. 25.

(21) *Ibid.*, pp. 5 a 43.

(22) Algunos autores opinan sobre la imposibilidad de definir el Know-how en base a la praxis contractual, sea nacional o internacional, por emplear una variedad tal de contenidos que hace imposible extraer de ella un concepto unitario del Know-how. Véase FRIGNANI, «Secretos de empresa...», *cit.* p. 261.

ción, tal como se encuentran en la denominada industria de vanguardia o «industria punta». La mejora de los procesos de producción industrial, tal como afirma PANEL (23), son el fruto de una continua acumulación de resultados y de experiencias colectivas, la mayoría de las veces anónimas, que se transmiten en el interior de la propia empresa. Proteger la confidencialidad de estos logros resulta imprescindible.

b) El Know-how transmisible, no consiste sólo en aquellos conocimientos reservados y altamente especializados susceptibles de ser expresados documentalmente, sino también en aquellos otros conocimientos que habilitan al receptor del Know-how para su uso y aplicación (cursos de adiestramiento, enseñanzas, consultas, etc.). En otras palabras, se entiende que la transmisión concluye cuando la empresa receptora adquiere la misma dinámica, el «*art de fabrication*» (24), desarrollado en ese proceso por la empresa transmisora.

c) El proceso industrial de fabricación transmitido, como se deduce de la práctica contractual, incluye también aportes en el ámbito comercial, e incluso de gestión, que procurarán a la empresa receptora, a la hora de la comercialización del producto final, el valor añadido justificante de la inversión realizada.

Así pues, delimitado el Know-how desde este concreto campo de actividad se definiría como: la transmisión del dominio de un tratamiento tecnológico reservado y original, adquirido por una empresa y que cede a una segunda, relacionado con el proceso de fabricación de un producto industrial. Transmisión que se completa mediante la recepción de todos aquellos conocimientos necesarios para la progresiva reproducción del proceso de fabricación (25).

Resulta sencillo deducir las características que este concreto Know-how debe reunir:

1) Debido a las ventajas competitivas que ofrece el nuevo proceso industrial su adquisición es objeto de demanda.

2) Salvo por transmisión, este Know-how debe resultar inaccesible a los clientes potenciales. De lo que se infiere que estos procesos tecnológicos deben ser secretos y no patentados. Hay que hacer notar que la violación de la confidencialidad del proceso sólo puede ser realizada globalmente por la propia empresa receptora. Con la divulgación del Know-how, aquélla, no sólo contraerá una responsabilidad contractual, sino que se hará responsable de un acto de competencia desleal (26).

3) La noción de adquisición del proceso de fabricación es inseparable de su explotación comercial y de las nuevas formas de gestión

(23) PANEL, «Le Know-how», Montpellier 1975, *cit.* p. 50.

(24) KREIS, «La transmission del Know-how...», *cit.* p. 27.

(25) KREIS, «La transmission de Know-how...», *cit.* p. 27.

(26) SEGADE, «Algunos aspectos de la licencia...», *cit.* p. 214.

que la tecnología incorporada requiere. Es decir, el dominio del Know-how se extiende también a técnicas no sólo industriales sino también merciales (27). No obstante, en la medida en que los procesos industriales sean susceptibles de ser cuantificados por separado, será posible desglosar el tratamiento jurídico en concordancia con el sector técnico involucrado. Lo que permitiría distinguir los contratos de licencia del Know-how de «*consulting engineering*» o «*commercial engineering*».

6. Relacionado con el Know-how tecnológico se encuentra otra especie de Know-how, de menor importancia económica (28) que denominamos «invención técnica». Su delimitación es sencilla si seguimos tomando como referencia al anterior.

Si bien el Know-how tecnológico consiste en el proceso de fabricación de un producto industrial, fruto de un trabajo colectivo y anónimo; «la invención técnica» se basa en la inventiva individual, originada en la habilidad manual del operario («*Tours de main*», «*handgriffe* o *Kunstgriffe*»), en el descubrimiento científico aplicado o en la invención industrial. En todo caso, se trata de actuaciones ligadas a la empresa (29) y susceptibles de ser desglosadas (transmisibles) del proceso de producción.

El valor de la «invención técnica» está estrechamente unido al secreto industrial. Pero, aunque comparte esta característica con el Know-how tecnológico, la reserva de la invención es precaria, es fácil descubrirla por el simple análisis de la realización correspondiente y resulta muy vulnerable a la indiscreción (30). La protección del poseedor de este tipo de Know-how mantenido en secreto, no sólo se justifica por ser el resultado de su actividad personal, sino también por la necesidad de promover la innovación técnica. En este sentido cumple la misma función que la patente, a saber: «fomenta y estimula la creatividad» (31).

Asimismo la invención técnica está íntimamente ligada con el instituto de la patente. No obstante, hay entre ellos diferencias sustanciales. En primer lugar, la elección del secreto por parte del empresario evitaría la posibilidad de conocimiento de la invención por parte de los competidores, pero no podría impedir que estos la utilizaran si llegara a su conocimiento por una investigación propia. La patente, en cambio, otorga a su titular de un monopolio legal que le permite ejercer un *ius prohibendi erga omnes*. En segundo lugar, la patente exige cumplimentar una serie de condiciones legales que no se requieren, en cambio para mantener en secreto la invención.

El Know-how, como bien inmaterial, confiere a su titular determinados derechos de carácter patrimonial, en absoluto un derecho de

---

(27) SEGAGE, «El secreto industrial...» *cit.* pp. 152 a 158.

(28) KREIS, *cit.* p. 9.

(29) SEGAGE, «El secreto industrial...» *cit.* p. 120.

(30) KREIS, «La transmisión de Know-how...», *cit.* p. 9.

(31) SEGAGE, «Algunos aspectos de la licencia...», *cit.* p. 211.

propiedad sobre el mismo. Esta es la razón por la que el empresario no podrá actuar contra aquél que, de forma independiente y por sus propios medios, consigue los mismos resultados del Know-how objeto de reserva y los divulga.

En general, los empresarios optarán por la protección registrada cuando se trate de innovaciones incorporadas al producto cuyo secreto fuera difícil de mantener, y escogerán el régimen de secreto en aquellos casos en que, por realizarse en el seno de la propia empresa, no fuera probable la divulgación de las invenciones.

7. Por último, creo necesario referirme al llamado «secreto de fábrica» y su conexión con el Know-how.

Esta denominación usada en el artículo 418 del Código penal francés responde a una época de incipiente desarrollo industrial. La norma se remonta al Código penal de 1810 (32) y, en consecuencia, su ámbito de aplicación es extraordinariamente limitado. Es así como la tarea de actualización por la vía de la interpretación ha concitado un permanente interés por parte de la doctrina y de la jurisprudencia francesa.

Una sentencia de 1959 de la Cour d'Aix-en-Provence entiende que su contenido versa en un procedimiento técnico industrial, secreto, original, con un valor en el mercado, de tal suerte, que su divulgación perjudica a sus titulares (33).

Aunque esta interpretación jurisprudencial no presenta, en apariencia, diferencias con el Know-how, no obstante, un sector de la doctrina francesa considera que el «secreto de fábrica» sigue constituyendo una entidad distinta (34). Las razones que se aducen hacen referencia a que parte del contenido de este tipo de secreto pueden incluir circunstancias o aspectos relacionados con la fábrica, que no tienen en sí mismos entidad para ser objeto de negocio jurídico. En otras palabras, si bien son reservados y su divulgación puede interesar a la competencia, tomados aisladamente, no pueden considerarse como bienes inmateriales y por lo tanto no serán transmisibles.

Quizá esta polémica parezca ajena a nuestro derecho, ya que en el artículo 499 del Código penal español no se habla de «secreto de fábrica», sino de «secretos de su industria». Pero si se considera, por una parte, el origen histórico de este precepto y, por otra, la descripción que se hace en él del sujeto activo del delito, similar a la hecha en el artículo 418 francés, hace pensar que detrás del término secreto de industria se sigue escondiendo el viejo secreto de fábrica.

---

(32) «Todo director, empleado u obrero de la fábrica que haya comunicado o intentado comunicar a extranjeros o a franceses residentes en países extranjeros *secretos de la fábrica* donde está empleado...» (art. 418 del Código penal). Este término también es usado por el Código penal italiano de Zадarnelli (art. 298) y en la Ley suiza contra la competencia desleal de 20 de octubre de 1944 (art. 1).

(33) Aix-en-Provence 28 de octubre de 1959: Ann. prop. ind. 1959, p. 314.

(34) KREIS, «La transmission del Know-how», *cit.* pp. 241 y ss.

8. Así pues, serían dos las posibles vías metodológicas seguidas en la construcción de un concepto jurídico del Know-how. Una, «tradicional» que lo hace apelando a técnicas jurídicas clásicas. Las definiciones aportadas, en general no coincidentes, enumeran los atributos que delimitan el Know-how en función de ciertas categorías jurídicas ya existentes. Otra «material», que va de lo particular a lo general, en la que el examen de la práctica económica permitirá extraer los rasgos comunes que posibiliten elaborar su concepto y las oportunas consecuencias jurídicas.

Aunque más limitado, el segundo método es más fiable, en tanto que se asienta firmemente en la realidad contractual del Know-how. De aquí, y para todo tipo del mismo, podemos convenir que su objeto lo constituyen: ideas, procedimientos o experiencias, con posibles aplicaciones industriales o mercantiles que tienen en sí mismos valor económico. Conocimientos reservados que la empresa considera valiosos y necesarios de mantener secretos.

El Know-how constituye un bien de naturaleza intangible que no confiere a su titular un derecho de propiedad sobre aquél, aunque le habilita, no obstante, para establecer negocios jurídicos. Así pues, junto al carácter secreto del Know-how, su transmisibilidad se convierte en una de sus características fundamentales (35).

Al hablar de los distintos tipos de Know-how se ha mencionado el «Know-how tecnológico», consistente en los conocimientos relativos a todo un proceso de fabricación y el referido a una «invención técnica» concreta. En este último podría incluirse el «secreto de fábrica» siempre que nos atengamos a las consideraciones hechas más arriba.

Por último, quisiera señalar que en el caso del definido «Know-how tecnológico», la violación del secreto resulta sólo accesible a la empresa receptora, la cual no sólo contraería una responsabilidad contractual, sino que además respondería por un acto de competencia desleal.

### III. SECRETO INDUSTRIAL Y KNOW-HOW

9. Un tema particularmente polémico lo constituye la noción del secreto industrial. En general, la doctrina engloba dentro de este concepto los secretos relacionados con descubrimientos científicos (36), invenciones, procedimientos industriales, que supongan un incremento en la capacidad productiva de la empresa.

(35) SEGADE, «Algunos aspectos de la licencia...», *cit.* pp. 210 a 214.

(36) El descubrimiento científico puede ser el punto de partida para la invención, aún cuando no contenga reglas técnicas. Si bien no puede ser patentado, no existen obstáculos para su tutela a través del secreto industrial (ver SEGADE «El secreto industrial», *cit.* pp. 91 a 101).

GÓMEZ SEGADE (37) lo define de la siguiente manera: «*todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos*».

Un análisis de este concepto nos permite distinguir dos elementos: el conocimiento y el objeto sobre el que recae aquél. El conocimiento debe poseer un carácter oculto, revestir un interés económico para la empresa y existir por parte de ésta la voluntad de mantener el secreto. El objeto, es en principio, el conocimiento reservado que versa sobre objetos de carácter industrial. No resulta, sin embargo, fácil conocer con precisión el significado del término «industrial», por lo que la doctrina estima, con muy buen acierto, que debe entenderse como equivalente al término «empresarial» (38).

Si comparásemos esta definición con otras sobre el secreto industrial podría apreciarse que el problema del carácter oculto del secreto y, sobre todo, el relativo al del contenido son los más debatidos en la doctrina (39). En definitiva las mismas interrogantes que pesan sobre la definición y objeto del Know-how se reproducen en el denominado «secreto industrial».

Es evidente que los objetos de aplicación de uno y otro instituto se superponen. Ahora bien, resulta en extremo importante dilucidar si ese solapamiento se resuelve en una identidad o en una intersección. En otras palabras: ¿El Know-how es sinónimo del secreto industrial o no?

Para contestarse a esta interrogante es necesario referirse a dos aspectos previos: el primero, relativo a la legislación penal sobre el secreto industrial; y el segundo, a los esfuerzos de doctrina y jurisprudencia encaminados a actualizar esta normativa.

10. El secreto industrial protegido en el Derecho español por distintas disposiciones tales como: el artículo 499 del Código penal; el artículo 72 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (LCT); la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código civil; y el artículo 10 bis. del Convenio de la Unión de París (CUP) (40).

Un somero examen de toda esta normativa indica que el secreto industrial encuentra una tutela directa a través del artículo 499 del Código penal, en el que se dice: «*El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado...*».

Un dato esclarecedor en la génesis de este precepto lo constituye

(37) *Ibid.*, p. 67.

(38) M. BAJO FERNÁNDEZ, «Manual de Derecho penal. Parte Especial», Madrid, 1987, pp. 255 y ss.

(39) FRIAGNANI, «Secretos de empresa...», *cit.* p. 261.

(40) España es miembro de la Unión de París desde 1885. Se ha adherido a las distintas revisiones, en concreto a la Revisión de la Haya de 1925 en la que se incluye una cláusula general sobre competencia desleal en el artículo 10 bis.

el lugar que ocupa en el Código penal. En efecto, el legislador atendiendo a la modalidad del comportamiento (revelación del secreto), sitúa al artículo 499 al lado de aquellos otros que hacen referencia a la intimidad individual (41). Esta regulación unitaria de comportamientos resuelta hoy día anacrónica puesto que responde a bienes jurídicos de naturaleza diversa (42).

Esto sucede siempre que se sostenga que «*el patrimonio económico de una persona pertenece también a su esfera de intimidad*» (43). Y, se podría añadir, ésto sucede porque el texto del precepto, salvo retoques que no afectaron a su contenido (44) es idéntico al artículo 424 del Código penal español de 1848.

En otras palabras, el precepto responde al modelo liberal propio del s. XIX (45). El Estado interviene en el mercado sólo para asegurar la libertad individual y proteger la propiedad. Si a ello se añade un desarrollo industrial mínimo, nos encontramos con una normativa penal perfectamente congruente para su época, aunque hoy totalmente superada. Como se verá, una variación en el enfoque político criminal trasladará el fundamento de protección del secreto industrial, de la esfera de la propiedad, al ámbito de la competencia.

Por otra parte, como ya antes se mencionó, el artículo 499 está fuertemente influenciado por el Código penal francés de 1810 (46). En su origen histórico, el objeto material de aplicación del precepto gira en torno al denominado «secreto de fábrica». En el artículo 499, si bien es cierto que no aparece esa denominación se habla de «secretos de su industria», también lo es, que en atención a la especialidad exigida al sujeto activo del delito: encargado, empleado u obrero, se puede deducir que el precepto, en su origen histórico, protege al «secreto de fábrica».

11. Finalizada la guerra de 1939-1945 la transmisión de Know-how entre empresas adquiere un valor económico creciente. Un valor, que a juicio de PANEL, puede constituir entre todos los elementos

---

(41) Bajo el epígrafe: «Descubrimiento y revelación de secretos» (Cap. VII), se incluyen el secreto documental, escuchas ilegales, secreto comercial e industrial en el Título XII referente a los «delitos contra la libertad y la seguridad». La jurisprudencia, ante el silencio de la doctrina, ha convertido en «intercambiables» estos tres preceptos. De tal suerte que el secreto industrial a veces se ha protegido desde el artículo 497, secreto documental (S.3.IV.57) o, desde el artículo 498, otras conductas desleales (S.4.IV.72).

(42) Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La tutela de la competencia en la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código penal» en la «Reforma Penal». Delitos socioeconómicos». Madrid, 1985, p. 416.

(43) BAJO, «Manual de Derecho penal...», *cit.* p. 244.

(44) Salvo modificaciones referentes a las cuantías de las penas, la única variante consiste en que el en Código penal de 1932 se cambia la frase «con perjuicio del dueño», por «en perjuicio del dueño».

(45) BERDUGO, «La reforma de los delitos contra la propiedad industrial «en Documentación Jurídica, Vol. II, Madrid, 1983, p. 28.

(46) A. ONECA, «Derecho penal», T. I, Madrid, 1949, pp. 62 y 63.

materiales o inmateriales que constituyen el patrimonio de una empresa, algo decisivo para su futuro (47). Es decir, de la práctica industrial y económica surge un instituto, el Know-how, que requiere una imperiosa protección jurídica.

Precisamente, el Know-how juega un papel dinamizador respecto al secreto industrial, similar al que éste último desempeñó, a principio de siglo, respecto a la elaboración de la legislación referente a la competencia desleal (48).

La necesidad de ampliar la protección del secreto industrial, fuera de los estrechos cauces penales, supuso una ayuda inestimable en la construcción de una normativa represora de la competencia ilícita, en la que la violación del secreto industrial se incluía como una de las prácticas habituales (49).

En forma análoga, el Know-how se convierte, a partir de la década de los cincuenta, en la razón más poderosa que anima a los esfuerzos de doctrina y jurisprudencia encaminados a actualizar el contenido de la normativa tuteladora del secreto industrial.

El Derecho español no es ajeno a estas nuevas orientaciones. El esfuerzo interpretativo se centró en el artículo 499 del Código penal y en el ya derogado artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial (50). No obstante, hay que señalar que a diferencia de lo sucedido con la jurisprudencia francesa, estas deficiencias en la tutela del secreto industrial, no se han traducido en una evolución hacia la protección civil de este instituto. La normativa relativa a la competencia desleal en nuestro país sigue siendo aún fragmentaria y confusa (51).

En todo caso el interés dominante de la doctrina se centra en la relación existente entre el secreto industrial y el Know-how. Tres son las posturas seguidas: que el Know-how tenga un contenido más amplio que el secreto industrial, que tenga un contenido limitado, o que se identifique con el mismo. En Italia, por ejemplo, FRIGNANI opina que debe seguirse la tercera postura ya que al Know-how se le aplica la normativa hecha para los secretos (52).

Esta afirmación encuentra sustento en una sentencia del Tribunal de Casación de Italia de 27 de febrero de 1985, que dice textualmente:

«El Know-how consiste en los conocimientos, normalmente destinados a permanecer secretos, atinentes a las técnicas industriales necesarias para producir un bien, para actuar un proceso productivo o para

(47) PANEL, «Le Know-how», Montpellier, 1975, París, 1976, p. 42.

(48) SEGADE, «El secreto industrial...», *cit.* pp. 264 y ss.

(49) Ley portuguesa sobre competencia desleal de 21 de mayo de 1986; Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs de 27 de mayo de 1986.

(50) El Título X de la LPI de 16.V.1902 fue derogado por Ley 32/1988, de 10.XI, de Marcas.

(51) A. MENÉNDEZ, «La competencia desleal», Madrid, 1988, p. 147.

(52) FRIGNANI, «Secretos de empresa...», *cit.* p. 261; SEGADE en su primera monografía, «El secreto industrial», *cit.* pp. 159 y ss.

el correcto empleo de una tecnología, o sea, atinentes a las reglas de conductas, derivadas de estudios y experiencias de conducción empresarial, en el campo de la técnica mercantil e inherente al sector organizativo o comercial en sentido estricto.»

No obstante, ALESSANDRI no es partidario de la equiparación entre ambos institutos en el ordenamiento italiano, no ya en el ámbito civil, sino tampoco en el penal (53). La razón aducida es que el objeto material del delito de violación del secreto industrial, que aparece en el artículo 623 del Código penal, no engloba todos los posibles contenidos que entran en la categoría de Know-how.

El silencio del artículo 499 del Código penal español, en cuanto a su contenido material, ha permitido a la jurisprudencia y doctrina explicar el viejo aforismo latino «ubi lex non distinguit nec nos distinguere habemus» (54). De aquí, que la jurisprudencia no mantenga ningún criterio restrictivo frente al concepto de secreto industrial (55).

Ahora bien, las mismas consideraciones hechas más arriba con ocasión de la definición del Know-how son aquí aplicables, puesto que en lugar de hacer preceder al derecho, el estudio en profundidad de la situación nueva, se recurre a las técnicas jurídicas clásicas. La interpretación no se realiza desde la «relación» misma, sino desde la norma existente.

En mi opinión se recurre a la modalidad del comportamiento: el «secreto», como la única característica común y esencial de cualquier especie de Know-how. FRIGNANI expresa con claridad esta idea al afirmar: «...aún los más encarnizados investigadores no pueden evitar como conclusión de que se aplique al Know-how la normativa hecha y construida para los secretos» (56). De esta forma queda expedito el camino para poder convertir en sinónimos ambos institutos.

Hay que reconocer que esta radical solución parecería resolver la cuestión. No obstante, esta simplificación no refleja enteramente la realidad: primero, porque esto nos llevaría a considerar que estaríamos en presencia de Know-how «cada vez que se disponga de información por cuyo conocimiento un tercero está dispuesto a pagar una cantidad» (57) y esta afirmación no es exacta. Hay secretos concernientes a la organización interna de una empresa que no pueden considerarse, como más arriba se dijo, Know-how; segundo, por la existencia de un límite, determinado por el propio contenido sustantivo de la norma, en la ampliación por la vía interpretativa del ámbito del artículo 499.

---

(53) ALESSANDRI, «Riflessi penalistici...», *cit.* p. 183.

(54) SEGADÉ, «El secreto industrial...», *cit.* p. 250. Consúltese, por ejemplo, TS de 24 de septiembre de 1984, TS de 4 de abril de 1972 y TS de 22 de marzo de 1966.

(56) FRIGNANI, «Secretos de empresa...», *cit.* p. 261.

(57) MOUSSERON, «Le Know-how» Montpellier, 1975, *cit.* p. 39.

Creo muy acertadas las observaciones hechas por ALESSANDRI (58) al considerar que el objeto material del delito de violación del secreto industrial no comprende todos los posibles aspectos del Know-how. Estas misma observación es perfectamente aplicable al artículo 499 del Código penal español.

Toda interpretación tendente a actualizar una norma tiene un límite dado por el propio contenido material y sustantivo de la misma. En este sentido, y a pesar de los esfuerzos mancomunados de doctrina y jurisprudencia, es difícil imaginar que en el reinterpretado «secreto de fábrica» tenga cabida, por ejemplo, el Know-how tecnológico».

No hay inconveniente en considerar al Know-how consistente en una «invención técnica» como secreto industrial. Pero en mi opinión, no ocurre lo mismo con el más arriba definido «Know-how tecnológico» y ello por las razones siguientes:

a) El mismo consiste en conocimientos relativos a un proceso de fabricación industrial determinado. El modelo de realización comporta un conjunto de conocimientos que trascienden ampliamente la esfera industrial y que atañen a la comercial y de gestión.

b) El «Know-how tecnológico» no queda agotado con la descripción del nuevo método productivo. Constituye un proceso en el que también se incluye la capacitación de de la empresa receptora en la utilización del Know-how adquirido.

c) Las características descritas hacen inaccesible, salvo en aspectos puntuales de este Know-how, que un empleado, directivo o tercero puedan apropiarse ilícitamente del secreto. Es la propia empresa receptora del «Know-how tecnológico» la única que estaría capacitada para hacerlo.

Por todo lo dicho, resulta evidente que el estrecho cauce que nos proporciona el secreto industrial, descrito en el artículo 499 del Código penal, difícilmente pueda incluirse el Know-how tal como se ha definido. En consecuencia, nuestro punto de vista considera que éste tiene un contenido material más amplio que el secreto industrial.

12. La opinión mayoritaria en el campo del Derecho comparado es la de que el Know-how puede referirse también a conocimientos sobre ideas o procedimientos comerciales. Este punto de vista es mantenido por el Código de conducta para la transferencia de tecnología redactado por la UNCTAD. Asimismo, la Cámara de Comercio Internacional estima que la tecnología abarca técnicas de gestión, comerciales, contables, y de distribución.

La Sala Primera del Tribunal Supremo español en sentencia de 24 de octubre de 1979, entendió que constituía materia de Know-how o «saber hacer»: «...conocimientos o métodos con posibles aplicacio-

(58) ALESSANDRI, «Riflessi Penalistici...», *cit.* pp. 183 y 184.

*nes industriales o mercantiles...». Orientación acorde con el artículo 1 del Real Decreto 1.750/1987, 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas: «conocimientos secretos, no patentables, aplicables a la actividad productiva (Know-how)».*

Esta corriente de opinión no hace más que reforzarnos en la idea de considerar al Know-how como sinónimo de secreto empresarial, en lugar del industrial: «categoría comprensiva tanto de los secretos industriales como de los comerciales» (59).

En el Derecho español y dentro del marco operativo del artículo 499 no hay inconvenientes en considerar el secreto industrial sinónimo de Know-how en las siguientes aplicaciones: toda invención técnico-industrial, en especial las «invenciones patentables» (60); las invenciones que no puedan registrarse por no reunir los requisitos necesarios de patentabilidad; los modelos y dibujos industriales (EPI arts. 182 a 195) antes de ser comercializados; y, por último, el «*tour de main*», entendido como cualquier dispositivo o ingenio que mejore un procedimiento o aparato destinado a la producción y que se mantiene secreto.

Quedarían fuera de la protección del secreto industrial el Know-how consistente en la fabricación de un modelo industrial en los términos con los que se caracterizó más arriba el «Know-how tecnológico». No obstante, en la medida que sea factible desglosar de la totalidad del Know-how procesos industriales cuantificables, ellos podrían ser objeto de un tratamiento penal por separado.

#### IV. BIEN JURIDICO Y PROTECCION PENAL DEL KNOW-HOW

Últimas y obligadas consideraciones son las que se refieren al contenido del bien jurídico protegido en el Know-how y el lugar en que debe ser situado en el Código Penal.

En la medida que la reinterpretación del artículo 499 nos sitúa el contenido del secreto industrial en el ámbito del Know-how, parecería lógico que debamos iniciar nuestra reflexión a partir de este instituto.

13. La opinión más actualizada de la doctrina española considera que lo que se protege en el secreto industrial es la *capacidad competitiva de la empresa* (61).

(59) SEGADÉ, «Algunos aspectos de la licencia...», *cit.* p. 209.

(60) *Ibid.*, «El Know-how...», *cit.* p. 125.

(61) No obstante, algunos autores consideran que el bien jurídico protegido lo constituye la «libertad de voluntad». Es decir, la voluntad de que no sea conocido el secreto. RODRÍGUEZ DAVESA, *op. cit.* p. 313; A. QUINTANO RIPOLLES «Curso de Derecho penal I», Madrid, 1963, p. 997; G. LANDROVE «Descubrimiento y revelación de secretos», en III Jornadas Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela, 1976, p. 188.

En efecto, si entendemos que lo que trata de proteger la empresa es el interés económico que encierra el secreto (en cuanto bien inmaterial), es evidente, que éste se presenta como un «valor de empresa» cuyo descubrimiento favorece a la competencia y perjudica su propia capacidad (62). En este sentido, el secreto de empresa no es más «una forma de proteger el secreto industrial» (63), el titular ha preferido el secreto de la invención a la mayor protección que el derecho otorga cuando es objeto de registro.

Esta consideración, no sólo amplía el ámbito de aplicación del artículo 499, sino que además sitúa al secreto industrial en el lugar que le corresponde, en el campo del Derecho penal económico (64).

Es importante insistir en la idea de que lo que se tutela no es el secreto en sí mismo, si no el secreto en cuanto significa un valor de empresa. En este sentido, al igual que la patente, por ejemplo, la garantía del secreto se constituye en una condicionante de la capacidad competitiva de la empresa. Aparece como «*presupuesto para que un sistema económico, que reposa sobre la competencia pueda llegar a cumplir sus funciones*» (65).

Desde un punto de vista dogmático y siempre en el entendimiento de que el bien jurídico protegido es la capacidad competitiva de la empresa, nos encontramos no ante un delito de lesión, sino ante un *delito de peligro*. Una interpretación del artículo 499 nos permite sostener que la consumación del delito no exige la concurrencia de un daño económicamente valuable (66), sino la simple puesta en peligro de la capacidad competitiva de la empresa en el mercado.

Coherentemente con esta orientación de Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP) clarifica en gran medida el contenido del bien jurídico del secreto industrial al situarlo con acierto dentro del Título XII: «*De los delitos socioeconómicos*» y bajo la rúbrica: «*De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores*». Reforma esperada y pedida desde todos los ámbitos doctrinales.

Quedaría por ver que sucede con el bien jurídico que corresponde a las parcelas de Know-how que no pueden subsumirse en el secreto industrial. En realidad no ofrece el tema mayor problema puesto que no se hace depender la esencia del Know-how exclusivamente de la modalidad de comportamiento, sino también de la capacidad de transmisión de un determinado tipo de conocimientos. Transmisibilidad que tiene un valor económico y tiende a aumentar la capacidad com-

---

(62) BAJO, «Manual de Derecho...», *cit.* p. 247. Tesis también sustentada en la S.14.IX.64.

(63) *Ibid.*, p. 244.

(64) K. TIEDEMANN, «Delitos contra el orden económico» en «Los delitos socioeconómicos». Madrid, 1985, pp. 171 y 173.

(65) BERDUGO, «La tutela de la competencia...», *cit.* p. 416.

(66) BAJO, «Manual de Derecho...», *cit.* p. 249.

petitiva de la empresa. Así pues, en este derecho el que forma el contenido del bien jurídico protegido en todo tipo de Know-how. Es decir, tanto el que aparece como tecnológico o bajo la rúbrica de secreto industrial.

14. El derecho de competencia de la empresa está estrechamente vinculado con la perpetuación y reproducción del modelo económico que la Constitución Española (CE) recoge en el artículo 38 bajo el epígrafe «libertad de empresa en el marco de economía de mercado».

Ahora bien, la protección de la competencia en este contexto constitucional difiere radicalmente de la que tuvo en el modelo liberal clásico. Su correctivo lo encuentra en el artículo 51.1 de la CE, que contempla la defensa de los consumidores a través de la intervención del Estado y en otras medidas entre las que destaco: el artículo 33.2 y 3, en el que se imponen ciertos límites a la propiedad privada; el artículo 128, que determina que toda la riqueza del país, sea cual sea su titularidad, se subordina al interés general; y con el artículo 129.2 por el que la administración se compromete a facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (67).

Por lo tanto, se puede afirmar que la protección a la competencia, en consonancia con los principios que informan a nuestro Estado social y Democrático de Derecho, cumple una doble función: la primera político-económica, incentivando la calidad de la producción y precio; y, la segunda, político-social protegiendo a los consumidores y terceros competidores e impidiendo una excesiva concentración del poder económico (68).

15. En consonancia con todo lo dicho, una legislación actualizada y operativa en materia de competencia deberá incluir normas encaminadas a «asegurar la nitidez de la competencia» y proteger la «libertad de la competencia» (69).

La «nitidez de la competencia» la dan las «buenas costumbres mercantiles», contrarias a todo tipo de competencia desleal (entre las que hay que incluir la violación del secreto industrial). En el Derecho español esta normativa aparece en forma dispersa, además de la ya citada al principio del párrafo 10 de este artículo, en el Estatuto de Publicidad de 11-VI-1964.

Bajo la denominación de actos contrarios a la «libertad de la competencia» quedan comprendidos, no sólo «los abusos por entorpecimiento» contrarios a los competidores locales, sino también ciertos comportamientos, observables en especial entre las empresas más po-

---

(67) M. BARBERO SANTOS, «Los delitos contra el orden socioeconómico», en «Los delitos socioeconómicos». Madrid, 1987, pp. 149 a 151.

(68) H. HORMAZABAL MALAREE, «Consideraciones entorno a la incriminación de conductas lesivas a la competencia», *Rev. Técnico Laboral*, Vol. V, n.º 15, p. 5 (separata).

(69) *Ibid.*, pp. 6 y 7.

derosas y destinados a defender su propia posición, como serían: represalias y denegación de relaciones comerciales, prerrogativas a determinados clientes, etc.

No obstante y sin llegar al empleo de medio abusivos, el gran poder económico de una empresa transnacional, que cuenta con un mejor acceso al mercado o a las materias primas, puede generar unos efectos perniciosos similares a los provocados empleando medios ilícitos (70). Es decir, la misma magnitud de una empresa y su fuerza económica favorecen la formación de monopolios y oligopolios y entre los factores estructurales que propician su consolidación (y su disolución) hay que citar precisamente al «Know-how tecnológico» (71).

La protección de la «libertad de competencia» en España se realiza a través del decreto sobre disciplina de mercado de 20 de diciembre de 1974; en la Ley 110/1963 sobre prácticas restrictivas a la competencia y en los artículos 539 y ss. del Código penal relativos a las «maquinaciones para alterar el precio de las cosas».

Una evaluación en la práctica del funcionamiento del derecho español en materia de competencia nos indica, por la casi total ausencia de actividad de una alta «cifra oscura» de criminalidad y en consecuencia de la ineficacia de esta normativa (72). En este marco, se precisa de una profunda revisión legislativa que tenga como fin el adecuar el buen funcionamiento de este derecho con las exigencias constitucionales (73).

16. En mi opinión, la protección jurídica del Know-how debería situarse dentro de la legislación sobre competencia desleal, siendo objeto de un trato preferencial por la vía civil, mercantil y administrativa y en forma excepcional por la vía penal.

Las ventajas de este sistema residen en que el titular del Know-how dispone, además de las acciones penales específicas, de las acciones civiles previstas para reprimir los actos de competencia desleal. Es decir, de las acciones de indemnización, cesación y remoción de la situación originaria del daño. Se podría objetar que la acción de cesación es irrelevante, pues no tiene sentido que el juez condene al demandado a abstenerse en un futuro de divulgar el secreto, cuando de forma efectiva éste ya ha sido violado (74). No obstante, esta acción de cesación encaja perfectamente en el «Know-how tecnológico» ya que, como hemos visto, su amplitud y complejidad lo hace más vulnerable en la divulgación de aspectos parciales y difícilmente accesibles a la globalidad del mismo.

Me parece en extremo acertada la solución dada en el Proyecto

(70) TIEDEMANN, «Poder económico y...», *cit.* p. 60.

(71) TIEDEMANN, «Kartellrechtsverstöße und Strafrecht», Köln, 1976, *cit.* HORMAZABAL, p. 9.

(72) HORMAZABAL, «Consideraciones entorno...», *cit.* p. 9.

(73) BERDUGO, «La tutela de la competencia...», *cit.* p. 401.

(74) SEGADÉ, «El secreto industrial...», *cit.* p. 276.

Alternativo del Código penal alemán que en su párrafo 180 instrumenta una reglamentación global y moderna del Know-how, entendido como «un valor económico que comporta *ventajas competitivas*» (75). Unifica la protección penal del Know-how, incluyendo no sólo el conocimiento experimental industrial secreto, sino también el comercial.

Es de lamentar que nuestra legislación penal en materia de secreto industrial haya seguido el «sistema francés», que al dar relevancia a la protección penal sobre las otras, se vea en la necesidad de instrumentar una protección indirecta mediante la norma civil o de una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal (76).

En resumen, considero que el bien jurídico protegido en todo tipo de Know-how es la capacidad competitiva de la empresa entendida en sus dos vertientes: *Positiva*, en el sentido de proteger los derechos de los consumidores frente a prácticas abusivas de los titulares del Know-how, de terceros competidores y de la libertad de mercado en general. *Negativa*, en cuanto a los comportamientos ilícitos que menoscaban la «nitidez en la competencia» y que perjudican a los mismos titulares del Know-how.

La intervención del Derecho penal en esta materia ha de ser mínima y circunscrita a comportamientos que puedan ser calificados de graves. La protección penal del Know-how debe situarse como infracciones que atentan contra la libre competencia.

Sería deseable que se siga regulando la violación del secreto industrial como un supuesto específico más de competencia desleal. Pero se impondría una ineludible reforma del vigente artículo 499. El secreto debería referirse a la empresa, comprendiendo tanto aplicaciones tecnológicas relativas a la industria como al comercio. Asimismo, el objeto material de aplicación de la norma tendría que contemplar al Know-how en todas sus manifestaciones.

---

(75) TIEDEMANN, «Poder económico y...», *cit.* pp. 112 y 113.

(76) Así sucede en Italia, donde se incluye la cláusula general prohibitiva de competencia desleal en el artículo 2.598 del Código civil.



# La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los arts. 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones

CARMEN JUANATEY DORADO

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Alicante

## INTRODUCCION

El proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980 (B.O.C.G., C.D., Serie A, núm. 108-I, de 17 de enero de 1980), haciéndose eco del sentir dominante en nuestra doctrina en relación con la redención de penas por el trabajo, disponía en su Exposición de Motivos:

«La moderación de las penas que se ha llevado a cabo no supone ningún reblandecimiento del sistema punitivo. El Código penal hace suyo el principio político-criminal, expuesto ya por Beccaria, de que el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad. La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. Las funciones preventivas de la pena no dependen tanto de la severidad de ésta, cuanto de la eficaz persecución policial del crimen, rapidez en su enjuiciamiento y certeza en el cumplimiento de la condena. El Código hasta ahora vigente obligaba a los Tribunales a imponer penas excesivamente elevadas que luego no se cumplían en la extensión señalada por la aplicación mecánica de una serie de beneficios que en la mayoría de los casos quedaba confiada a los órganos administrativos y sustraída al control del Tribunal. Esto producía un desajuste entre lo que podría llamarse valor nominal de la pena —la extensión impuesta en la sentencia condenatoria— y el valor efectivo de la misma —tiempo de cumplimiento—, que era preciso corregir. De poco vale que los tribunales analicen minuciosamente las circunstancias del hecho enjuiciado y se preocupen de calibrar hasta en días la extensión de la pena que van a imponer, si no están en condiciones de saber ni predecir cuánto va a durar luego el cumplimiento de la pena im-

puesta. El presente Código parte del firme punto de vista de que la pena recaída va a ser realmente cumplida bajo intervención judicial, sin perjuicio, en su caso, de los correspondientes beneficios penitenciarios de que pueda gozar el condenado. Porque se pretende que la sanción se cumpla efectivamente, se prescindió de la redención de penas por el trabajo, que producía de un modo casi automático, y al margen de consideraciones de prevención especial y general, la reducción de la condena impuesta en un tercio o más en la práctica totalidad de las más importantes penas privativas de libertad. De acuerdo con la Constitución, el nuevo Código reconoce expresamente que el trabajo durante el cumplimiento de la pena de prisión perseguirá entre sus fines la reinserción social del condenado y garantiza que será retribuido con arreglo a las estipulaciones de las normas laborales reguladoras de la actividad desempeñada. Pero entiende que la redención de penas por el trabajo, que instauró el Código de 1944 sobre la base del Decreto de 28 de mayo de 1937 aplicable a los presos políticos procedentes de la guerra civil, es desde el punto de vista político-criminal contraproducente y que, por tanto, debe desaparecer».

La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 (en adelante, PANCP), siguiendo el camino emprendido por el Proyecto de 1980, prescinde también en su articulado de la institución de la redención de penas por el trabajo. Y ésta es, asimismo, la tendencia que se observa en la legislación penitenciaria, donde nos encontramos con que: la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 (en adelante, L.O.G.P.), no la menciona de forma expresa, refiriéndose de forma genérica a «los beneficios penitenciarios» [art. 76.2 a)]; a «los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena», atribuyendo la competencia decisoria sobre los mismos al juez de vigilancia penitenciaria [art. 76.2 c)]; y a la compatibilidad de estos beneficios con la exención de la obligación de trabajar (art. 29.1).

El Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981 (en adelante, R.P) alude también de forma genérica a «los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena» [arts. 59 b) y 67.2]; a «los beneficios penitenciarios», sin más especificación [arts. 105 a), 183.2 y 205.2]; y califica expresamente de tales a los regulados en los artículos 256 y 257 (adelantamiento de la libertad condicional e indulto particular); tan solo en su Disposición Transitoria segunda se refiere de forma expresa a la redención de penas por el trabajo, al declarar en vigor, en tanto continúe vigente lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal, los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956 (en adelante, R.S.P.), que regulan esta institución.

En contraposición a esta tendencia generalizada de nuestro Ordenamiento de prescindir de la redención de penas por el trabajo, la

Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, declara en su exposición de motivos:

«Muchas son las críticas formuladas a la institución de la redención de penas por el trabajo, conocido es el origen de la misma y su supuesta orientación. El penitenciarismo moderno contempla el trabajo de los reclusos en el marco del tratamiento recuperador. Pero si bien un nuevo Código podrá abordar la transformación de esta institución, en el momento actual ello no parece posible porque sin previa modificación total de nuestro sistema de penas es difícil plantear la supresión de algo que, en función del sistema anterior, se plantea como beneficioso para el reo, lo cual, así enfocado, resulta evidente».

Y, así, la ley, no sólo no suprime de su articulado esta institución, sino que extiende su ámbito de aplicación a las penas de arresto mayor e introduce la aplicación de la redención por el tiempo trabajado durante la prisión provisional.

Este estado de cosas ha llevado, pues, a una situación de esquizofrenia legal que se refleja en la normativa vigente relativa a esta institución. Por una parte, nos encontramos, como ya he señalado, con la L.O.G.P. que omite cualquier referencia expresa a la misma y, por otra parte, con el artículo 100 del Código penal que regula la redención de penas por el trabajo (modificado por L.O. 8/83 que ha extendido su ámbito de aplicación respecto a la normativa anterior), siendo de gran interés destacar que el desarrollo reglamentario de este artículo corresponde a un Real Decreto de 1956 (R.S.P.), declarado vigente, de forma provisional, por el R.P.

Todo esto determina que la referida normativa no sea clara, resulte en algunos aspectos contradictoria y presente notables lagunas; por ello, en tanto la voluntad del legislador sea la de mantener la vigencia de esta institución, lo que se presenta como necesidad más apremiante es la adecuación de los artículos del R.S.P. que regulan la redención de penas por el trabajo a lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal en su actual redacción.

La propuesta que voy a formular aquí de reforma de los artículos 65 a 73 del R.S.P. pretende, simplemente, introducir aquellas modificaciones que resultan imprescindibles para adaptar dicha regulación a lo dispuesto en el Código penal; por ello, mantendré la distribución y numeración de los preceptos a fin de que la reforma redunde en una simplificación del texto legal que permita dejar sin contenido aquellos artículos que resulten redundantes o innecesarios; y finalmente, sugeriré la supresión de aquéllos que a mi juicio supongan una clara vulneración de los artículos 17, 9.3 y 53.1 de la Constitución española.

Por otro lado, formularé algunas modificaciones que me parece imprescindible introducir en el artículo 100 del Código penal y que no cabe establecer por vía reglamentaria, al encontrarnos ante una materia que por afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas es objeto de reserva de ley.

## REGULACION ACTUAL DE LA REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO

### Artículo 100 del Código penal:

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.

El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

No podrán redimir pena por el trabajo:

1.º Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.

2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena.»

### Disposición transitoria segunda, apartado a), del R.P.:

«No obstante lo dispuesto en la disposición derogatoria, a la entrada en vigor del presente Reglamento, continuarán vigentes:

a) Los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, relativos a redención de penas por el trabajo, en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal, texto refundido publicado por Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, debiendo entenderse que las competencias atribuidas en dichos artículos al Patronato de Nuestra Señora de la Merced, corresponden a los Jueces de Vigilancia. En cualquier caso, dicha redención de penas por el trabajo, será incompatible con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 256 de este Reglamento» (...).

## PROPUESTA DE REFORMA DE LOS ARTICULOS 65 A 73 DEL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PRISIONES

### 1. El epígrafe de la Sección Primera (capítulo VII, Título I, R.S.P.), es el siguiente:

«Condiciones que se requieren para la concesión de este beneficio».

Conviene precisar en este punto que, la expresión «beneficio», término utilizado también por el artículo 100 del Código penal, no debe

llevar a confusiones en cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución.

Aunque este tema ha suscitado serias discrepancias doctrinales, la posición hoy dominante es la de considerar la redención como un derecho subjetivo del recluso; en efecto, si por derecho subjetivo puede entenderse «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona» (Castro y Bravo), o bien «una facultad reconocida y garantizada a una persona por el Ordenamiento Jurídico» (Castán Tobeñas), entonces en la redención de penas nos encontramos ante una situación de poder concreto («los reclusos podrán redimir...», artículo 100 del Código penal), que además está garantizado por el Ordenamiento Jurídico, ya que el recluso podrá interponer los recursos previstos en la Ley (ante el Juez de Vigilancia en primera instancia, o ante la Audiencia Provincial en segunda instancia) para exigir que la autorización o denegación de los beneficios penitenciarios se adecúe a lo dispuesto en la normativa vigente (art. 76.2 L.O.G.P. y D.A. 5.<sup>a</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, se trata de un derecho condicionado a que el recluso reúna los requisitos establecidos en la Ley, pero no condicionado a la decisión discrecional de ningún órgano jurídico; así, tanto la propuesta de la Junta de Régimen, que no «podrá elevar», sino que «elevará» (art. 66.2 del R.S.P.), como la aprobación por parte del Juez de vigilancia, que deberá limitarse a la comprobación de las circunstancias objetivas previstas en la Ley como condicionamiento de este derecho sin que quepa discrecionalidad en su actuación, constituyen actuaciones jurídicas de carácter preceptivo.

Este es también el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, como puede inferirse de su Sentencia de 30 de octubre de 1989, que, si bien utiliza el término «beneficio» para referirse a esta institución, señala: «la inseguridad generada a quienes resulten afectados por una resolución que en ningún caso adquiere firmeza es todavía más condenable cuando afecta a derechos fundamentales sustantivos, como sucede con las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria relativas a la redención de penas por el trabajo (...) Tampoco el beneficio de la redención de penas por el trabajo está legalmente configurado como un beneficio condicional que pueda ser revocado en determinados casos».

## 2. Artículo 65

### 2.1. Redacción actual:

«1. Conforme al artículo 100 del Código penal, podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia, los condenados a penas de reclusión, presidio y prisión.

2. Igualmente podrán redimir todos cuantos, por aplicación de Leyes especiales que no excluyan este beneficio, se encuentren privados de libertad por resolución firme, cuando el tiempo de privación exceda de seis meses.

3. No podrán redimir pena por el trabajo en la causa que se encuentren cumpliendo:

A) Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.

b) Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la misma. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores conforme al artículo 116.»

## 2.2. Redacción que se propone:

«1. Conforme al artículo 100 del Código penal, podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.

El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

2. No podrán redimir pena por el trabajo:

a) Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito. Una vez firme la sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena, el recluso quedará inhabilitado para redimir en la pena que estuviese cumpliendo en el momento de la evasión.

b) Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena. A los efectos de este artículo, se entenderá que existe reiterada mala conducta cuando el recluso sea de nuevo sancionado por la comisión de falta grave o muy grave sin haber obtenido la cancelación de la anterior o anteriores sanciones impuestas por la comisión de faltas de la misma gravedad. El recluso podrá ser rehabilitado y continuar redimiendo una vez que le hayan sido canceladas las sanciones conforme al artículo 126 del Reglamento Penitenciario y previa aprobación del Juez de vigilancia, a propuesta de la Junta de Régimen.

Los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes.»

### 2.3. *Justificación y análisis de la propuesta*

2.3.1. Se proponen, con carácter general, algunas correcciones de estilo: en unos casos, con el único fin de unificar la redacción del presente artículo con lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal y, en otros casos, por requerirlo así razones de precisión jurídica.

2.3.2. En relación con el número 1 de este artículo, se formulan las siguientes modificaciones:

a) Se suprime la referencia a la pena de presidio, dado que ésta ha sido suprimida de la escala de penas del artículo 27 del Código penal, en virtud de la reforma operada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio.

b) Se introduce la posibilidad de redimir las penas de arresto mayor, puesto que así lo prevé el artículo 100 del Código penal, constituyendo la actual redacción del artículo 65, en este punto, una reducción del derecho que la ley otorga, que vulnera los artículos 9.3 y 17 de la Constitución.

c) No se incluyen la pena de arresto menor ni el arresto sustitutorio por impago de multas por impedirlo la actual regulación del artículo 100 del Código penal, que no prevé la posibilidad de redimir en estos casos; sin embargo, al margen de la problemática sobre la naturaleza jurídica del arresto sustitutorio, en ambos supuestos estamos ante situaciones de privación de libertad, de manera que su exclusión supone un trato discriminatorio y desigual, sin que puedan encontrarse razones legales que justifiquen tal omisión.

De lege ferenda, resulta imprescindible una modificación del artículo 100 del Código penal en este sentido.

d) Donde el artículo 65 del R.S.P. se refiere con carácter general a «los condenados», se introduce el término «los reclusos condenados». La razón de esta modificación reside en el significado más amplio del término «condenados» en relación con el vocablo «reclusos» utilizado por el artículo 100 del Código penal; éste último tiene, en efecto, un carácter más restrictivo, pues lleva consigo la idea de encierro o reclusión e imposibilita, por tanto, la redención durante el período de libertad condicional (último período o grado de cumplimiento de la condena).

La imposibilidad de redimir para los liberados condicionales, resulta de todo punto discriminatoria e injusta, puesto que se trata de condenados a penas privativas de libertad que se encuentran en el último período o grado del sistema de individualización científica (arts. 72 L.O.G.P. y 84, 98 y 99 del Código penal) y pueden estar desempeñando un trabajo. La expresión «reclusos» empleada por el Código penal impide, en efecto, dicha posibilidad, y no cabe que una disposición administrativa (en este caso el artículo 65 del R.S.P.) extienda la aplicación a estos supuestos, ya que, estamos ante una norma reglamentaria que deberá ser siempre y solamente complemen-

to indispensable de la ley que desarrolla, con el fin de garantizar la correcta aplicación y plena efectividad de la misma; extender su ámbito de aplicación, significaría vulnerar, en este caso, los artículos, 9.3, 17 y 53.1 de la Constitución.

El término «reclusos» se mantendrá, pues, a lo largo de todo el articulado, sustituyendo a las voces «penado» y «condenado», utilizadas por el R.S.P., sin perjuicio de que, de lege ferenda, se presente como necesaria una modificación del Código penal que permita la redención durante el periodo de libertad condicional.

e) Con el fin de simplificar el texto legal y unificar su redacción con la prevista en el Código penal, se incluye en este número la regulación de los días que podrán ser abonados al recluso trabajador, previa aprobación del Juez de vigilancia, así como el cómputo de los mismos para la concesión de la libertad condicional.

f) Se contempla la aplicación de este beneficio, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad, tal y como prevé el artículo 100 del Código penal tras la reforma de 1983. Es evidente la necesidad de incluir la regulación de este supuesto, dado que la actual omisión del mismo en el Reglamento supone una clara restricción del derecho a redimir penas por el trabajo establecido en el Código penal, lo que infringe, nuevamente, los artículos 9.3 y 17 de la Constitución.

2.3.3. Se propone la supresión del número 2, ya que, lo dispuesto en el Código penal y, por tanto, lo dispuesto en el artículo 100, es de aplicación supletoria cuando así lo establecen las Leyes especiales que prevén penas de privación de libertad; el número 2 del artículo 65 del R.S.P. resulta, pues, superfluo.

Por el contrario, si las Leyes especiales (aunque no excluyan este beneficio) no disponen la aplicación supletoria de lo dispuesto en el Código penal, dada la actual redacción del artículo 7 de este texto legal, solo serán aplicables las disposiciones del Capítulo I, del Título I, del Libro I del referido al cuerpo legal, excluyéndose, por tanto, la aplicación del artículo 100; en tal caso, el número 2 del artículo 65 del R.S.P. sería ilegal.

2.3.4. En relación con el número 3 se propone:

a) Con respecto al apartado a) del número 3 de este artículo:

a') Se establece, en primer lugar, como causa de incapacidad para redimir pena, tal y como dispone el artículo 100.1 del Código penal, un tipo penal, el quebrantamiento de condena, en cualquiera de sus grados de ejecución; es, por tanto, según el tenor literal de la Ley, la sentencia condenatoria por tal delito la que determina la incapacidad para redimir.

En este apartado, en tanto se mantenga esta causa de incapacidad en el Código penal, creo que sería más acertada la redacción que en su día se propuso por la Comisión de Justicia e Interior del Senado o la de alguno de los varios proyectos del Gobierno presentados

durante la tramitación de la L.O. 8/1983, que introdujo la posibilidad, antes inexistente, de aplicación de la reducción por el tiempo trabajado durante el período de prisión provisional. En ellos se disponía:

«No pondrán redimir penas por el trabajo:

1. Quienes quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.»

Como ya he indicado en anteriores ocasiones, en favor de esta redacción pueden señalarse los siguientes argumentos:

— La voluntad del legislador de la L.O. 8/1983 fue la de equiparar a los efectos del artículo 100 del Código penal los delitos de quebrantamiento de condena y evasión de presos, como resulta de una interpretación sistemática de este precepto en relación con el epígrafe del Capítulo III del Título IV del Libro II y el artículo 334 del mismo texto, que sí los equiparan.

— Si el tiempo de prisión preventiva se abona para el cumplimiento de la condena a todos los efectos por el juego de los artículos 33 y 112.1 del Código penal, el quebrantamiento de prisión es, en definitiva, quebrantamiento de condena.

— Con esta redacción se evitaría la discriminación que se produce, (la regulación es más beneficiosa para los preventivos que para los condenados), al convertirse, paradójicamente, la prisión preventiva en una situación privilegiada frente a la genérica ejecución penal; ello está en clara contradicción con la lógica jurídica y el ideal de justicia que expresa el legislador en la Exposición de Motivos de la L.O. 8/1983.

Sin embargo, la redacción que se propone no incluye tales supuestos, a pesar de que la actual regulación supone una manifiesta discriminación carente de justificación legal, por entender que:

— En aras del principio de legalidad y por exclusión de la interpretación extensiva de las leyes penales perjudiciales al reo, el quebrantamiento de condena y la evasión de presos han de considerarse a efectos del artículo 100.1 del Código penal, como tipos penales diversos.

— El artículo 4.2 del Código civil dispone que «las Leyes penales (...) no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», lo que impide la consideración de la evasión de presos como causa de incapacidad para redimir, al no hallarse este supuesto expresamente recogido en el artículo 100.1 del Código penal.

— La voluntad del legislador de la ley de reforma parece haber sido la de excluir la evasión de presos como causa de incapacidad para redimir, porque, pudiendo haberla previsto expresamente en la nueva redacción del artículo 100.1 del Código penal, no lo hizo.

— El que una norma reglamentaria dictada en ejecución de la Ley (en este caso del artículo 100.1 del Código penal) incluyese el

supuesto de la evasión de presos sería manifiestamente ilegal por suponer un «cumplimiento más oneroso de lo previsto en la Ley», como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1972; así, la norma reglamentaria no puede agravar las cargas u obligaciones contenidas en la ley que desarrolla, ni tampoco determinar una ampliación de su ámbito preceptivo o sancionador, sino simplemente establecer las normas precisas para asegurar la plena efectividad de la ley.

Todo ello no obsta para que, de lege ferenda, se considere necesaria una modificación del artículo 100 del Código penal que equipare a presos preventivos y penados en cuanto a los efectos que esta causa de incapacidad pueda producir.

b') Se proponer añadir en este punto la expresión «(...) Una vez firme la sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena (...)».

Aunque la redacción del artículo 100 del Código penal no parece ofrecer dudas en cuanto a requerir sentencia condenatoria firme por delito de quebrantamiento de condena para que se produzca el cese de la aplicación de este beneficio, sin embargo las interpretaciones que se vienen realizando por los Jueces de vigilancia a la hora de determinar la fecha en que se produce la inhabilitación para redimir en este supuesto no son uniformes; ello se debe a las dificultades prácticas que se plantean, sobre todo en los casos de evasión con ocasión de permisos de salida y posterior reingreso de los internos, pues hay que tener en cuenta que desde la fecha de comisión del hecho hasta la de firmeza de la sentencia puede transcurrir un largo período de tiempo, pudiendo incluso producirse la puesta en libertad del recluso por cumplimiento de su condena. Como ya señalé en anteriores ocasiones, las soluciones que se dan en estos casos por los diferentes Juzgados de Vigilancia oscilan entre:

— Aprobación de la inhabilitación para redimir desde el momento de la evasión sin requerir sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena, lo que implica una clara infracción de lo dispuesto en el artículo 100.1 del Código penal y, por tanto, del principio de legalidad (art. 9 de la Constitución).

— Inhabilitación provisional para redimir desde la fecha de comisión de los hechos hasta la de firmeza de la sentencia, momento en el que la baja provisional se hace definitiva. En el caso de que la sentencia sea absolutoria, se anula la inhabilitación provisional y el recluso vuelve a redimir desde el mismo momento en que se hubiese aprobado ésta; solución que supone una vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución).

— Aprobación de la incapacidad para redimir a partir de la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena. Esta última posición es, a mi juicio, la correcta.

Así pues, la modificación que se plantea en este punto atiende

a la necesidad de limitar el margen de discrecionalidad de la ley, explicitando y aclarando el precepto a fin de optimizar su cumplimiento y preservando, al mismo tiempo, los valores esenciales que se encuentran en la base del mismo (serían los de los artículos, 9 y 25.1 de la Constitución).

c') Por lo que respecta a la referencia expresa a «la inhabilitación para redimir en la pena que estuviese cumpliendo en el momento de la evasión», se trata de reducir, por vía reglamentaria, márgenes de discrecionalidad (en aras de una mayor seguridad jurídica) en la aplicación de esta causa de incapacidad; de evitar interpretaciones jurisprudenciales en perjuicio del reo, como las que en ocasiones se han realizado en el sentido de entender que la pérdida de la redención se extiende, en el supuesto del quebrantamiento de la condena, a todas las penas impuestas en un mismo sumario, o a las que se encuentre cumpliendo el recluso cuando éstas estén refundidas; e, incluso, de evitar posibles interpretaciones en el sentido de entender que la incapacidad lo es en lo sucesivo en todas las penas que pudiera cumplir, incluida la impuesta por el delito de quebrantamiento de condena, y las posteriores a las que pudiera ser condenado en el futuro (y no únicamente en la que le correspondería cumplir por orden de su respectiva gravedad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 70.1 del Código penal).

La autorización para esta concreción por vía reglamentaria puede inferirse de una interpretación integral del artículo 70.1 del Código penal («En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido.»), y del artículo 100 del mismo («Podrán redimir su pena», y «al recluso trabajador se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta»); por ello debe entenderse que la incapacidad de redimir pena por el trabajo lo es en la pena que le corresponda estar cumpliendo al recluso por orden de su respectiva gravedad.

Asimismo, del artículo 70.2 del Código penal, podría inferirse que el término «condena» abarca el conjunto de las penas que se encuentre cumpliendo el recluso, hayan sido impuestas en uno o varios sumarios; así pues, no se redime «la condena» o conjunto de penas a que está condenado el recluso, sino «la pena», y la inhabilitación para redimir será en la pena individualizada que esté cumpliendo o le correspondería estar cumpliendo al recluso, con independencia de que sea el delito de quebrantamiento de condena (artículos 334 y 335 del Código penal) lo que incapacite para redimir.

Una cuestión particular la plantean los supuestos en que el recluso se encuentra cumpliendo una condena equivalente al triplo del tiempo correspondiente a la más grave de las penas en que hubiese incurrido, en virtud de la aplicación del artículo 70, regla 2.<sup>a</sup> del Código penal.

En estos supuestos, creo que el tiempo de cumplimiento ha de ser considerado a efectos de redención como una sola pena.

En todo caso, de lege data, por el juego de los artículos 112.2 y 118, ambos del Código penal, el límite máximo de inhabilitación para redimir en caso de quebrantamiento de condena será de dos, o bien de tres años, plazos que establece este último artículo para la rehabilitación de las penas de arresto mayor y prisión menor, respectivamente (arts. 334 y 335 del Código penal). No es aplicable, a mi juicio, lo dispuesto en el número 4 de este mismo artículo respecto de los supuestos de reincidencia («...los términos de la cancelación se incrementarán en un cincuenta por ciento...»); me adhiero, en este punto, a la interpretación jurisprudencial mantenida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1976, sobre la no aplicación de la agravante de reiteración (hoy incluida en la reincidencia) basándose en la condena que se quebranta, puesto que tal condena anterior es elemento del tipo de quebrantamiento.

d') No obstante lo dicho hasta aquí, la presente redacción del precepto deja sin resolver, en mi opinión, algunos problemas que no cabe resolver por vía reglamentaria, en tanto se mantenga la actual redacción del Código penal, tales como:

— Las dificultades prácticas que plantea el lapso de tiempo, en ocasiones excesivamente largo, que puede transcurrir desde la fecha de la evasión hasta la de la firmeza de la sentencia por delito de quebrantamiento de condena.

— Lo aleatorio de las consecuencias que se derivan de esta causa de incapacidad en cuanto que las mismas van a depender del momento del cumplimiento de la condena en que se encuentre el recluso en la fecha de la evasión, lo que generalmente éste desconoce. Así, lo usual en la práctica es que las condenas se encuentren refundidas a los efectos del cálculo de los días de abono por la redención, sin que el recluso pueda saber si se encuentra en el último día de cumplimiento de una pena, con lo que sólo le incapacitaría para redimir ese día, o en el primer día de cumplimiento de la siguiente que le correspondería cumplir por orden de su respectiva gravedad (art. 70.1 C.p.), con lo que la incapacidad para redimir lo sería en toda la pena y la gravedad de las consecuencias dependería de la pena.

— Resulta muy discutible el mantenimiento, como causa de incapacidad para redimir, de un tipo penal, el quebrantamiento de condena, respecto del cual la opinión doctrinal es mayoritariamente adversa. En este sentido, destaca la crítica de Córdoba, recogiendo las de Pacheco y Groizard, al señalar que imponer a los condenados «una obligación penalmente sancionada de cumplir la condena manifiesta un indudable abuso del ius puniendi por parte del Estado». Además, sin querer entrar a valorar aquí la posible vulneración del principio «ne bis in idem» (tema que el Tribunal Constitucional, entiendo que sin demasiado acierto, ha resuelto negativamente basándose en la exis-

tencia de «una especial relación de sujeción», Auto 781/85, de 13 de noviembre y Sentencia 94/86, de 8 de julio), resulta en cualquier caso excesivo que de un mismo hecho se derive la aplicación de una pena, la pérdida del derecho a redimir y la imposición de una sanción disciplinaria.

A lo anterior se une el que la inclusión de este delito en este punto responde a consideraciones hoy no vigentes. En efecto, la posibilidad que ofrece la actual legislación penitenciaria de concesión de permisos de salida, ha convertido un tipo penal, antes de ejecución excepcional, en algo que forma parte del normal funcionamiento de la administración penitenciaria, como son los retrasos o no reingresos de permisos de salida, que en unos casos son constitutivos solo de falta muy grave de evasión y en otros también de delito de quebrantamiento de condena o evasión de presos.

Así pues, resulta deseable, al margen de la derogación de los artículos 334 y 335 del Código penal, que de lege ferenda se modifique el artículo 100.1 del Código, bien suprimiendo esta causa de incapacidad, bien, si se considera necesario su mantenimiento por la función disuasoria que pueda ejercer en relación con posibles quebrantamientos de permisos de salida, se regule de forma que se eviten las consecuencias negativas a que se ha hecho referencia. En este sentido, podría apuntarse la posibilidad de establecer como causa de incapacidad del artículo 100.1 del Código penal, no un tipo penal, sino la evasión, falta muy grave del artículo 108 e) del R.P., señalándose, asimismo, un plazo fijo de inhabilitación para redimir como consecuencia de la misma. De este modo, se ampliarían los supuestos de aplicación, puesto que no todos los casos de evasión son constitutivos del delito de quebrantamiento de condena, sería más igualitario, eliminándose los efectos aleatorios que se producen en la actualidad, se lograría una mayor certeza jurídica y, en general, se obviarían los problemas a que me he referido más arriba.

b) En cuanto al apartado b) del número 3 de este artículo:

a') En primer lugar, hubiera sido también en este caso más acertado, en aras del principio de igualdad jurídica, que la redacción de esta causa de incapacidad hubiera sido la de cualquiera de las propuestas por algunos grupos parlamentarios (durante la tramitación en las Cortes de la L.O. 8/1983) que pretendían la sustitución de la expresión «durante el cumplimiento de la condena» por otras como «durante su permanencia en los establecimientos penitenciarios» o «durante su internamiento». De esa forma, se hubiese evitado la dificultad que surge a la hora de aplicar la redención con carácter retroactivo y de valorar si la reiterada mala conducta durante la prisión provisional significa reiterada mala conducta durante el cumplimiento de la condena y, por tanto, es causa de incapacidad para redimir.

En favor de la consideración de la reiterada mala conducta duran-

te la prisión preventiva como causa de la incapacidad para redimir, caben los siguientes argumentos:

— La prisión preventiva debe valorarse como cumplimiento de condena, por el juego de los artículos 33 y 112.2 del Código penal.

— Se trata de una misma situación jurídica (la reiterada mala conducta) que contemplada desde una perspectiva de justicia material y en virtud del principio de igualdad ante la ley, debería tener los mismos efectos para preventivos y penados; la actual redacción del artículo 100.2 del Código penal implica una situación más ventajosa para el preso preventivo que para el penado, lo que carece de justificación legal.

Sin embargo, a pesar de no encontrar justificación para mantener esta situación desigualitaria, no cabe, ni la interpretación apuntada de valorar la reiterada mala conducta durante la prisión preventiva como reiterada mala conducta durante el cumplimiento de la condena, ni tampoco es posible introducir por vía reglamentaria la regulación expresa de aquélla. Ello, en virtud de las siguientes consideraciones:

— El artículo 100.2 del Código penal se refiere expresamente a la «reiterada mala conducta durante el cumplimiento de la condena»; así pues, según el tenor literal de la ley y de acuerdo con la prohibición de interpretación extensiva de la ley penal en perjuicio del reo, no cabe incluir dentro de este precepto la reiterada mala conducta durante la prisión preventiva.

— La voluntad del legislador ha sido la de excluir la reiterada mala conducta durante la prisión preventiva como causa de incapacidad para redimir, porque pudiendo haberla previsto expresamente, no lo hizo.

— Una disposición reglamentaria, dictada en desarrollo de la ley, debe limitarse, de acuerdo con su naturaleza, como ha reconocido el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de junio de 1970, 5 y 14 de mayo y 6 de julio de 1972, «a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y, menos, restrictivos de los contenidos en el texto legal»; de lo contrario, estaríamos ante una disposición manifiestamente ilegal y, por tanto, nula de pleno derecho (arts. 1.2 del Código civil, 26 y 28 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

De lege ferenda, debería modificarse el artículo 100.2 del Código penal en este punto, si bien la fórmula a establecer habría de tener en cuenta la posibilidad de redimir para los liberados condicionales. Por ello, en mi opinión, sería más adecuada la expresión «durante el cumplimiento de la condena o prisión».

b') La expresión «invalidación de las faltas» que respondía a lo dispuesto en el derogado artículo 116 del R.S.P., se sustituye por

la expresión «cancelación de las sanciones», conforme a la actual redacción del artículo 126 del R.P.

Asimismo, se sustituye aquí y en los sucesivos artículos la referencia al extinguido Patronato de Nuestra Señora de la Merced, por la del «Juez de Vigilancia», de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.2 c) de la L.O.G.P. y el apartado a) de la Disposición transitoria segunda del R.P., reformado por R.D. 787/1984, de 28 de marzo.

c') El artículo 100.2 del Código penal, establece como causa de incapacidad para redimir la reiterada mala conducta sin especificar qué se ha de entender por tal a los efectos de este artículo. Se trata, pues, de un concepto jurídico indeterminado, correspondiendo al desarrollo reglamentario de esta norma el concretar su significado en aras de una mayor seguridad jurídica. Así, se mantiene en este apartado la concreción legal del concepto referido, pero introduciendo las modificaciones necesarias para adecuar su redacción a la regulación actual contenida en el R.P. relativa a la cancelación de las sanciones.

Además, la regulación que se propone permite evitar el perjuicio que la actual normativa puede ocasionar al recluso en caso de interposición de recursos contra las sanciones impuestas por la Junta de Régimen, debido al juego de los artículos 65.3 b) del R.S.P. y 126.1 y 2 del R.P., que disponen:

Artículo 65.3 b):

«(...) Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de los anteriores (...).»

Artículo 126:

«1. Serán canceladas de oficio las anotaciones de sanciones disciplinarias que obren en el expediente personal del interno cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Transcurso de seis meses para las faltas muy graves, tres meses para las graves y un mes para las leves, a contar desde el cumplimiento de la sanción.

b) Que durante dichos plazos no haya incurrido el interno en nueva infracción disciplinaria.

2. Cuando fueren dos o más las faltas sancionadas en un mismo acto administrativo, o sus plazos de cancelación corrieren simultáneamente, el cómputo se hará de forma conjunta, fijándose como fecha para su inicio, la del cumplimiento de la sanción más reciente y tomándose como duración del plazo el que corresponda a la más grave de las infracciones a cancelar, transcurrido el cual se cancelarán todas las anotaciones pendientes en un solo acto».

A tenor de estos preceptos, la interrupción en la redención será con efectos desde la comisión de los hechos calificados como nueva falta grave o muy grave, y permanecerá interrumpida hasta que finalice el plazo establecido para la cancelación de la sanción o sanciones

impuestas (el cómputo de este plazo se iniciará a partir del cumplimiento de éstas).

Por tanto, la interposición de recurso contra la sanción impuesta por la comisión de una segunda falta grave o muy grave, en el supuesto de que la resolución de dicho recurso por el Juez de Vigilancia sea desestimatoria, ampliará el plazo de inhabilitación para redimir; así, salvo que la sanción se hubiese hecho inmediatamente ejecutiva (artículo 44.3 L.O.G.P., en relación con el 124.1 R.P.), el recluso cumplirá la sanción una vez que la resolución desestimatoria adquiera firmeza (lo que puede ocurrir en un momento muy posterior al del establecimiento de la sanción), pero la inhabilitación para redimir se producirá desde la fecha de comisión de los hechos (retrotrayéndose en el tiempo) hasta la de la cancelación de la sanción o sanciones impuestas.

Todo esto da lugar a que la interposición de un recurso pueda convertirse en un grave perjuicio para el interno; dicho perjuicio, por otra parte, resulta aleatorio, puesto que va a depender de que la falta se haga inmediatamente ejecutiva o no y del tiempo que pueda tardar en resolverse el recurso. Este problema se evita con la regulación que se propone.

f) Se introduce, como cláusula de garantía, un último párrafo: «Los días ya redimidos serán computables para redimir la pena o penas correspondientes», actualmente regulado en el artículo 73 del R.S.P., artículo cuya supresión se propone por las causas que se apuntan más adelante.

### 3. Artículo 66

#### 3.1. *Redacción actual*

«1. Todo recluso que reúna los requisitos legales, cualquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentre, podrá redimir su pena por el trabajo, abonándosele un día de aquélla por cada dos de trabajo, a efectos de su liberación definitiva, contándose asimismo el tiempo redimido, en su caso, para la concesión de la libertad condicional.

2. La Junta de Régimen del Establecimiento elevará la propuesta correspondiente al Patronato de Nuestra Señora de la Merced y, aprobada aquélla, le serán de abono los días trabajados, con carácter retroactivo, a partir del día en que dió comienzo el trabajo.»

#### 3.2. *Redacción que se propone:*

«Todo recluso que reúna los requisitos legales, podrá redimir su pena por el trabajo. A estos efectos, la Junta de Régimen del Estable-

cimiento elevará la correspondiente propuesta al Juez de vigilancia y aprobada ésta, le serán de abono los días trabajados, con carácter retroactivo, a partir del día en que dió comienzo el trabajo.»

### 3.3. *Justificación y análisis de la propuesta*

3.3.1. Se formula alguna corrección de estilo y se suprime lo referente a los días que habrán de ser abonados por haberse previsto ya este extremo en la propuesta de nueva redacción del artículo 65.

3.3.2. Se suprime la referencia «cualquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentre». Como ya he indicado anteriormente, la redención durante el último período o grado del sistema de individualización científica o libertad condicional no es posible, dada la actual redacción del artículo 100 del Código penal; este artículo autoriza para redimir sólo a «los reclusos», y este término expresa la idea de encierro o prisión que es una circunstancia que no concurre en el período de libertad condicional. Así pues, el Reglamento no puede ampliar el ámbito de la ley, debiendo limitarse a incluir lo estrictamente indispensable para garantizar la correcta aplicación y plena efectividad de la misma.

De lege ferenda, resulta necesario que, como ya se ha manifestado anteriormente, se modifique el artículo 100 del Código penal en el sentido de, además de sustituir el término «recluso» por el de «penado» o «condenado», establecer que podrán redimir «cualquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentren», puesto que no se aprecia razón jurídica alguna que justifique tal exclusión.

## 4. **Artículo 67**

Se mantiene su actual regulación.

## 5. **Epígrafe de la Sección Segunda**

Se mantienen su actual redacción.

## 6. **Artículo 68**

### 6.1. *Redacción actual:*

«El trabajo de los penados podrá ser: retribuido o gratuito, intelectual o manual, dentro de los Establecimientos o fuera de estos, en régimen de Establecimientos penitenciarios; pero en todo caso habrá de ser de naturaleza útil.»

## 6.2. Redacción que se propone

«El trabajo que realicen los reclusos, dentro o fuera de los establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades:

- a) Formación profesional.
- b) Estudio y formación académica.
- c) Trabajos remunerado en régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente.
- d) Ocupaciones que formen parte de un tratamiento.
- e) Prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento. Dentro de este apartado se incluyen las prestaciones personales obligatorias de contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento.
- f) Trabajos artesanales, intelectuales y artísticos.»

## 6.3. Justificación y análisis de la propuesta

6.3.1. Puesto que la L.O.G.P. y el R.P. constituyen el marco normativo del trabajo en las Instituciones Penitenciarias, se asimila la regulación del trabajo, a efectos de la redención, a la prevista en la legislación penitenciaria; en concreto, en los artículos 27.1 de la L.O.G.P. y 185.1 del R.P., donde se establecen las diferentes modalidades en que podrá consistir el trabajo penitenciario.

6.3.2. En el apartado e) se incluyen expresamente las prestaciones personales obligatorias de contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento (reguladas en los artículos 29.2 de la L.O.G.P. y 19 y 192.5 del R.P.), por entender que se encuentran comprendidas entre las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento [arts. 27 e) de la L.O.G.P. y 185.1 e) del R.P.], si bien presentan la particularidad de su obligatoriedad para todos los internos, preventivos y penados.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 19 de octubre de 1989: «...existe, ciertamente, un específico deber de la Administración penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 de la Constitución, de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas...»; al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional reconoce que el trabajo «es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata» (Sentencias del Tribunal Supremo 82/86, de 26 de junio y 2/87, de 21 de enero).

Así pues, la imposibilidad real para la Administración de propor-

cionar trabajo a todos los internos y, por tanto, de dar cumplimiento a ese deber específico que le corresponde, no puede llevar a tolerar el perjuicio que para el interno supone la incapacidad de redimir como consecuencia de dicho incumplimiento, pues ello implicaría, a mi juicio, un alargamiento ilegítimo de su permanencia en prisión. Esta es la razón que justifica la previsión de forma expresa como trabajo, a efectos de redención, de las referidas prestaciones personales obligatorias; ello constituye una concreción por vía reglamentaria que no implica ampliar los supuestos previstos en la ley (L.O.G.P.), que las regula dentro del Capítulo I, del Título II, relativo al trabajo. Además, en la práctica, dichas prestaciones constituyen el trabajo base de la redención de la mayoría de los reclusos en las instituciones penitenciarias.

## 7. Artículo 69

Se mantiene su actual redacción.

## 8. Artículo 70

### 8.1. Redacción actual:

«No se interrumpirán los beneficios de redención de penas, aunque el penado no trabaje, en los siguientes casos:

1.º En caso de accidente de trabajo o enfermedad que traiga causa del mismo, por el tiempo que tarde el penado en curar y ser dado de alta, bien para realizar el mismo trabajo u otro de distinta naturaleza.

2.º Cuando se trate de penadas trabajadoras que se encuentren en período de gestación, los sesenta día anteriores y cuarenta posteriores al alumbramiento, dispensándolas durante ese tiempo de todo trabajo.

3.º Los días festivos, así como los días perdidos en el trabajo por fuerza mayor, destino a otro Establecimiento o por razón de enfermedad suficientemente acreditada, siempre que no exceda en este último caso, de treinta días consecutivos.»

### 8.2. Redacción que se propone:

«No se interrumpirá la redención de penas por el trabajo aunque el recluso no trabaje, cuando:

a) Esté sometido a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sea dado de alta.

- b) Padezca incapacidad permanente para toda clase de trabajos.
- c) Haya cumplido la edad de sesenta y cinco años.
- d) Esté percibiendo prestaciones por jubilación.
- e) Se trate de penadas trabajadoras que se encuentren en período de gestación y con motivo del parto. En este caso, la no interrupción de la redención durará dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.
- f) No pueda trabajar por razón de fuerza mayor o cualquier otra causa ajena a su voluntad.»

### 8.3. *Justificación y análisis de la propuesta*

El actual artículo 70 del R.S.P. tiene un alcance más restrictivo que el artículo 29.1 de la L.O.G.P. y el artículo 183.2 del R.P., donde se regulan los supuestos en que los penados no vendrán obligados a trabajar, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios. A fin de equiparar aquél a lo dispuesto en estos últimos artículos, se han efectuado las siguientes modificaciones:

a) En primer lugar, se introducen determinados supuestos no previstos en el artículo 70 del R.S.P.: los reclusos perceptores de prestaciones por jubilación, los que hayan cumplido la edad de sesenta y cinco años y los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajo.

b) Por lo que respecta a los supuestos de enfermedad, la regulación del R.S.P. resulta también más restrictiva, por cuanto, si bien en el caso de enfermedad laboral no establece límite alguno, si lo prevé en el caso de enfermedad (no laboral) suficientemente acreditada, al disponer un límite de treinta días (no establecido ni en la L.O.G.P. ni en el R.P.) que ha sido suprimido de la redacción que aquí se propone.

c) En el supuesto de las reclusas embarazadas, los plazos y su cómputo se regulan de modo distinto en la L.O.G.P. [art. 29.1 e): «...durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento...»], en el R.P. [art. 183.2 e): «...durante catorce semanas, como máximo, distribuidas éstas a opción de la interesada...»], reproduciendo lo dispuesto en la anterior redacción del artículo 48.4 del Estatuto de los trabajadores (en adelante E.T.)] y en el R.S.P. (art. 70.2: «...los sesenta días anteriores y cuarenta posteriores al alumbramiento...»). La regulación de la L.O.G.P. es, pues, más restrictiva que la contenida en ambos Reglamentos y en el E.T. Por otra parte, la Ley 3/89, de 3 de marzo, modificó el artículo 48.4 del E.T. ampliando el permiso por maternidad a dieciséis o dieciocho semanas, según los casos.

Estamos, pues, ante una ley orgánica (L.O.G.P.) que establece un plazo y un cómputo del mismo más restrictivos que lo dispuesto en el actual artículo 48.4 del E.T., produciéndose una colisión de supuestos que remite al tema de la relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria dentro del sistema de fuentes de la Constitución.

Si se parte de que la relación entre ambas normas es de primacía jerárquica de la ley orgánica respecto de la ordinaria, entonces ésta (el E.T.), a pesar de ser más favorable para el reo, resultaría inaplicable al caso. Pero si, por el contrario, se piensa que la relación entre ambos tipos de leyes es competencial, entonces existe una solución distinta: cabría entender que la cuestión objeto de regulación no está dentro de las materias reservadas a la ley orgánica por el artículo 81 de la Constitución, de manera que el conflicto entre una ley orgánica (la L.O.G.P.) y una ley ordinaria (el E.T.) debe resolverse en este caso en favor de esta última, de acuerdo con el principio de «lex posterior derogat priori» y el principio de la ley más favorable para el reo. El Reglamento, en consecuencia, debería seguir el criterio del E.T.

En apoyo de esta interpretación puede aducirse también el artículo 25.2 de la Constitución que establece: «...el condenado a pena de prisión que esté cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...», en este caso se trata de un derecho (el derecho a redimir penas por el trabajo para las reclusas trabajadoras en el supuesto de parto) que afecta a un derecho fundamental sustantivo, no expresamente limitado por la Ley penitenciaria, que simplemente se limitó a equiparar este supuesto al previsto en la legislación laboral vigente en el momento de su publicación.

Esta tesis podría, incluso, encontrar un respaldo en un sector de la doctrina que, aún negando a la actividad laboral del recluso la categoría de relación laboral auténtica (por carecer del elemento de «voluntariedad» del artículo 1.º.1 del E.T.) y, por tanto, la aplicación de las disposiciones del Derecho del Trabajo, justifica, sin embargo, su asimilación a determinados efectos a la relación de trabajo. En este sentido, Palomeque López ha escrito: «los penados que lleven a cabo una actividad laboral en establecimientos penitenciarios, gozarán de cuantos derechos, y no sólo del derecho al trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social (art. 25.2 C.E.), corresponden a los trabajadores libres sujetos a una relación de trabajo regulada por el Derecho del Trabajo, sin más salvedad que las limitaciones que imponga el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2 C.E.)».

d) Por último, se prevé el supuesto de fuerza mayor, y se introduce la expresión «o cualquier otra causa ajena a la voluntad del interno».

El artículo 1.105 del Código civil requiere para que exista fuerza mayor: «un acto imprevisible e inevitable»; ésto ha dado lugar en la práctica a resoluciones contradictorias respecto a la inclusión o no dentro del concepto de fuerza mayor de algunos supuestos como: asistencia a juicio, cumplimiento de sanción de aislamiento en celda, etc. Con la regulación propuesta se pretende que, dadas las especiales características y condiciones en que se desarrolla el trabajo penitenciario y las múltiples vicisitudes que en la práctica penitenciaria ocasionan la imposibilidad de trabajar por causas ajenas a la voluntad del recluso, éste no se vea perjudicado por estas circunstancias.

En este apartado podrán también incluirse los supuestos en que los reclusos no puedan trabajar por imposibilidad de la Administración de ofrecer trabajo a todos los internos, en el caso de que se excluyan las prestaciones personales obligatorias del concepto de trabajo a efectos de la redención.

## 9. Artículo 71

### 9.1. Redacción actual:

«1. El trabajo que presten los penados en horas extraordinarias, o como destinos, o con carácter auxiliar y eventual en los Establecimientos, se computará, a efectos de la redención, por el número de horas que constituya la jornada legal de trabajo.

2. También será valorado en días de trabajo, con la correspondiente equiparación por las Juntas de Régimen y Administración, que elevarán al Patronato [Juez de vigilancia] la propuesta procedente para su aprobación, el esfuerzo realizado, siempre con carácter absolutamente voluntario, por los donantes de sangre, así como el esfuerzo físico que un recluso realice o el riesgo que sufra auxiliando a las autoridades de un Establecimiento penitenciario en circunstancias especiales, con un límite de setenta y cinco días por cada año de efectivo cumplimiento.

3. Igualmente, serán otorgables redenciones extraordinarias en razón a las circunstancias especiales de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo, que a propuesta de la Junta de Régimen podrán concederse mediante la misma correspondiente equiparación, por el Patronato [Juez de vigilancia], con el límite de uno por cada día de trabajo y de ciento setenta y cinco días por cada año de cumplimiento efectivo de la pena, compatible con lo establecido en el párrafo anterior.

4. La concesión de los beneficios establecidos en este artículo, exigirá el informe favorable del Tribunal sentenciador, [Juez de vigilancia], que lo emitirá después de oír al Ministerio Fiscal.

5. Tratándose de enfermos psíquicos y físicos, se facilitarán los

medios adecuados para que también puedan beneficiarse de la redención a través del trabajo o actividad que sean compatibles con su estado.»

## 9.2. Redacción que se propone:

Se mantiene la redacción actual. Simplemente se sustituyen (como se indica entre corchetes en el artículo transcrito) las referencias al Patronato y al Tribunal Sentenciador por la referencia al Juez de vigilancia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76.2 a) y c) de la L.O.G.P.

## 9.3. Justificación y análisis de la propuesta

9.3.1. Como puede observarse en la actual redacción del artículo 71 del R.S.P., un recluso podrá obtener en un año de cumplimiento efectivo de pena, además de los ciento ochenta y dos días y medio de abono por la redención ordinaria (un día por cada dos de trabajo), hasta un total de doscientos cincuenta días, en virtud de las redenciones extraordinarias reguladas en este precepto.

Si entendemos que las redenciones extraordinarias participan de la misma naturaleza jurídica que la ordinaria y, por tanto, que estamos ante el derecho subjetivo a la redención del artículo 100 de Código penal, este precepto sería ilegal por vulnerar los artículos 9.3, 17 y 53.1 de la Constitución. Las razones en que me baso para afirmar esto son las siguientes:

a) En favor del carácter de derecho subjetivo de la redención extraordinaria que participaría de todos los requisitos del artículo 100 del Código penal, se encuentra la propia sistemática del R.S.P., que lleva a pensar que estamos ante la misma institución jurídica de la redención, bien sea ordinaria, o bien extraordinaria. Sin embargo, la redacción del artículo 71 del R.S.P. (que en el punto 1 dice: «se computará», y en el punto 2: «será valorado»), confiere en el punto 3 carácter facultativo a la concesión de estas redenciones extraordinarias, al utilizar expresiones como «serán otorgables» y «podrán concederse», lo que pugna con el carácter de derecho subjetivo que el artículo 100 del Código otorga a la redención.

b) El trabajo no constituye un requisito para la concesión de estas redenciones extraordinarias. Así, si bien el primer supuesto del artículo 71 se fundamenta en el trabajo realizado por el recluso, aunque en horas extraordinarias, es incuestionable que no se puede atribuir carácter laboral a una donación de sangre o al esfuerzo físico o al riesgo que se sufra auxiliando a las autoridades penitenciarias (aun contando con los criterios tan amplios con los que la legislación

penitenciaria regula el trabajo de los internos); tampoco se basan en el trabajo las redenciones extraordinarias del artículo 71.3 del R.S.P., sino en la forma en que dicho trabajo se realiza, al requerir este artículo no una apreciación objetiva de si se da o no tal requisito, sino una valoración subjetiva de la laboriosidad, disciplina y rendimiento.

c) Por último, el artículo 71 del R.S.P. supone una clara vulneración del cómputo legal que establece el artículo 100 del Código penal, pues si bien éste señala como límite un día por cada dos de trabajo (ciento ochenta y dos días y medio), el artículo 71 del R.S.P. permite, además, hasta un total de doscientos cincuenta días; con lo que se está estableciendo por vía reglamentaria un acortamiento de la condena sin base legal alguna.

9.3.2. Ante la imposibilidad de incluir las redenciones extraordinarias del artículo 71 del R.S.P. dentro del derecho subjetivo a la redención (art. 100 C.p.), podría interpretarse, a fin de salvar esta institución, que estamos ante una recompensa. En apoyo de esta interpretación se pueden señalar los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, la base legal vendría constituida por:

— El artículo 46 de la L.O.G.P., al disponer:

«Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.»

—Y el artículo 105 a) del R.P., que establece entre las recompensas a las que hace referencia el artículo 46 de la L.O.G.P.:

«Propuesta al Juez de vigilancia a efectos de valoración por el mismo en la concesión de beneficios penitenciarios.»

b) En segundo lugar, el especial control previsto en el propio artículo 71 del R.S.P., que exige, en todo caso, «informe favorable del Tribunal sentenciador, que lo emitirá después de oír al Ministerio Fiscal». Este control, hoy ejercido por el Juez de vigilancia, no se establece sin embargo para la redención ordinaria, lo que permite avalar la tesis de que se trata de dos instituciones valoradas de manera distinta por el Ordenamiento Jurídico.

c) En tercer lugar, la naturaleza jurídica de recompensa de las redenciones extraordinarias refrenda la legalidad de su concesión a los presos preventivos, lo que se viene realizando de forma usual en la práctica debido a que su aprobación con carácter retroactivo plantea enormes dificultades.

9.3.3. Es necesario dejar claro que, aun admitiendo que no es una solución pacífica mantener la legalidad de estas redenciones extraordinarias en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 de la L.O.G.P., ya que, aunque este precepto autoriza (con carácter genérico) la concesión de recompensas, es una norma reglamentaria la que las regula

(señalando, entre otras, la propuesta de concesión de beneficios penitenciarios que acortan la condena); sin embargo, creo que, en tanto no se lleve a cabo la moderación de las penas que anunciaban el Proyecto de Código penal de 1980 y la PANCP de 1983, cualquier medida que implique una mitigación de las penas debe mantenerse.

De lege ferenda, es necesario que sea una ley orgánica la que regule los beneficios penitenciarios que acortan la condena.

## 10. Artículo 72

### 10.1. Redacción actual:

«La redención de la pena por el esfuerzo intelectual podrán obtenerla los penados por los siguientes conceptos:

1.º Por cursar y aprobar las enseñanzas religiosas o culturales establecidas y organizadas por el Centro directivo.

2.º Por pertenecer a las agrupaciones artísticas, literarias o científicas del Establecimiento penitenciario.

3.º Por desempeñar destinos intelectuales.

4.º Por la realización de producción original, artística, literaria o científica.

El Patronato de Nuestra Señora de la Merced, a la vista de las propuestas de la Junta de Régimen y antecedentes que se acompañen, valorará, en cada caso, en días de trabajo, el esfuerzo realizado.»

### 10.2. Redacción que se propone:

Se propone su supresión.

### 10.3. Justificación y análisis de la propuesta

Este artículo resulta confuso además de restrictivo en relación a la L.O.G.P. y en el R.P.

Así, por una parte, lejos de concretar y esclarecer qué actividades pueden ser consideradas como «esfuerzo intelectual», a efectos de valorar éste como trabajo base de la redención (que sería la razón de ser de este artículo), confunde, pues incluye dentro de este concepto algunas de las diferentes modalidades de trabajo penitenciario que junto al «esfuerzo intelectual» se regulan en la L.O.G.P. y en el R.P.

Por otra parte, algunas de las categorías que se incluyen dentro de esta modalidad son reguladas por la L.O.G.P. (art. 27.1) y el R.P. (art. 185.1), sin requerir (como dispone el art. 72 del R.S.P.) que algunas de ellas sean organizadas por el Centro Directivo. El actual

artículo 72 del R.S.P., excluye de este concepto todas aquellas actividades intelectuales que dependen de Organismos ajenos a la Administración Penitenciaria (U.N.E.D., C.E.N.E.B.A.D., etc.).

Todo ello, sin perjuicio de que resulte deseable un desarrollo en profundidad de la regulación del trabajo penitenciario que concrete, qué actividades deben comprenderse dentro de cada una de las diferentes modalidades previstas en la legislación penitenciaria, tarea que excede del alcance de este trabajo.

## 11. Epígrafe de la sección tercera y artículo 73

### 11.1. *Redacción actual:*

#### «SECCION TERCERA

Causas por las que se pierde el beneficio de la redención y su rehabilitación.

Art. 73. El beneficio de redención de penas por el trabajo se perderá:

1. Cuando realice intento de evasión, consiga o no su propósito. En este caso quedará inhabilitado para redimir en lo sucesivo.

2. Por la comisión de dos faltas graves o muy graves. El penado podrá ser rehabilitado y continuar redimiendo una vez que le haya sido invalidada de su expediente la anotación de la falta conforme al artículo 116 y previa aprobación del Patronato a propuesta de la Junta de Régimen.

Los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes.»

### 11.2. *Redacción que se propone*

Se propone la supresión de esta Sección Tercera y su único artículo.

### 11.3. *Justificación y análisis de la propuesta*

11.3.1. En primer lugar, la actual Sección Tercera regula «Las causas por las que se pierde el beneficio de la redención y su rehabilitación», lo cual ya ha quedado regulado en el artículo 65, número 2, en desarrollo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 100 del Código penal, sin que exista justificación legal alguna para regular de modo distinto la incapacidad originaria para redimir (art. 65 R.S.P.) y la imposibilidad sobrevenida o pérdida del derecho para quien ya lo venía disfrutando (art. 73 R.S.P.). Ello se debe a que conforme al artículo 100 del Código, las causas de incapacidad y pér-

didada de la redención (se trata de las causas de extinción del derecho a redimir penas) han de tener la misma naturaleza.

11.3.2. En segundo lugar, el artículo 73.1 dispone, como causa de pérdida de la redención, «la evasión», consumada o no, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal, que prevé un tipo penal, el quebrantamiento de condena, consumado o no, como causa de pérdida de la redención. Esto plantea los siguientes problemas:

a) Teniendo en cuenta que el artículo 108 e) del R.P. califica como falta muy grave «el intentar, facilitar o consumir la evasión», la actual redacción del artículo 73.1., puede dar lugar a interpretaciones en el sentido de entender la mera falta disciplinaria de evasión como causa de pérdida de la redención, independientemente de que exista sentencia condenatoria por delito de quebrantamiento de condena, o que ésta sea absolutoria (piénsese en las múltiples ocasiones en que, en la actualidad, pueden producirse situaciones de este tipo en los supuestos de retrasos en el reingreso al establecimiento, con ocasión de los permisos de salida), lo que implicaría una clara vulneración del artículo 100.1 del Código penal.

Asimismo, daría lugar a que una sola falta muy grave ocasionase la pérdida de la redención, en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 100.2 del Código penal, que requiere «reiterada mala conducta» como causa de incapacidad o pérdida de la redención.

Puesto que el artículo 73.1 del R.S.P. es una disposición administrativa, no puede ampliar los supuestos previstos en una norma de rango legal, el Código penal, sino que debe limitarse a desarrollarla. De lo contrario, estaríamos ante una disposición reglamentaria ilegal, en virtud de los artículos, 9.3. de la Constitución, 1.2. del Código civil y, 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

b) Podría dar pie a interpretaciones que entendiesen incluidos dentro de este precepto, los supuestos de delitos de evasión de presos que por las razones que he expuesto anteriormente, quedan excluidos de la regulación del artículo 100 del Código penal.

11.3.3. En tercer lugar, el artículo 73.2 dispone como causa de pérdida de la redención «la comisión de dos faltas graves o muy graves». Sin embargo, tanto el Código penal en su artículo 100.2, como el artículo 65.3 b) del R.S.P. requieren «reiterada mala conducta», precisando este último, qué deberá entenderse por reiterada mala conducta a los efectos de este artículo. El artículo 73.2 del R.S.P. podría llevar a pensar que dos faltas graves o muy graves impuestas en un mismo acto administrativo ocasionan la pérdida de la redención, sin que exista en este caso la reiterada mala conducta que requieren aquellos preceptos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALARCON BRAVO, Jesús: Sobre la naturaleza jurídica de la redención de penas. Madrid, 1963.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: el Juez de vigilancia penitenciaria. Madrid, Cívitas, 1985.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> Emilia: Derecho del Trabajo. Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
- ASENCIO CANTISAN, Heriberto: La redención de penas por el trabajo: su desaparición y sustitución. Ponencia presentada a las jornadas sobre Tratament Penitenciari: El treball penitenciari. Tarragona, 1 de diciembre de 1985.
- BASSOLS COMA, Martín: Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución. Revista de Administración Pública. N.º 88, 1988, pp. 107 a 153.
- BUENO ARUS, Francisco: La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento español. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1975.
- El Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, y la redención de penas por el trabajo. Cuadernos de Política Criminal, n.º 3, pp. 203 a 217.
  - La suspensión o interrupción de la redención de penas por el trabajo. Revista de Estudios Penitenciarios, n.º 208-211, enero-diciembre, 1975.
  - Aspectos sustantivos y procesales de la redención de penas por el trabajo. Ponencia presentada en la II Reunión de Jueces de vigilancia. Madrid, Escuela Judicial, mayo de 1983.
  - De nuevo sobre la redención de penas por el trabajo. Cuadernos de Política Criminal. Madrid, n.º 13, pp. 429 a 439.
  - Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario. Estudios penales II. La Reforma Penitenciaria. Santiago de Compostela, 1978, pp. 257 y ss.
  - Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra-1, 1989, pp. 51 a 57.
- CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR y GOMEZ-FERRER MORANT: La Potestad Reglamentaria del Gobierno y la Constitución. Revista de Administración Pública, n.º 11, 1987, pp. 161 a 204.
- CASTAN TOBEÑAS, José: Situaciones jurídicas subjetivas. Madrid, 1963.
- CORDOBA RODA, Juan: Comentarios al Código Penal, III, p. 1.164.
- DE LA MORENA VICENTE, Enrique: El trabajo y la redención de penas en España. Revista de Estudios Penitenciarios, n.º 192.
- DE SOLA DUEÑAS, Angel: Alternativas a la prisión en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (1983). Documentación Jurídica, n.º 37/40, pp. 211 a 230.
- GARCIA ARAN, Mercedes: Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadverida. Revista Jurídica de Catalunya, n.º 1, 1983, pp. 112 a 121.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Tecnos. Madrid, 1970.
- GARCIA DE ENTERRIA, y FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo. Civitas. Madrid, 1989.

- GARRIDO FALLA, Fernando: Comentario al artículo 81 de la Constitución, en AA.VV.: Comentarios a la Constitución. Civitas. Madrid, 1980.
- GARRIDO GUZMAN, Luis: La reforma urgente y parcial del Código penal y la redención de penas por el trabajo. Cuadernos de Política Criminal. Madrid, n.º 21, 1983.
- JUANATEY DORADO, Carmen: Algunas consideraciones sobre la redención de penas por el trabajo y su aplicación por los Jueces de vigilancia. Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid, n.º 236, 1986.
- Criterios reguladores de la redención de penas por el trabajo. Poder Judicial. Madrid, n.º Especial III, pp. 93 a 109.
- MAGALDI, M.<sup>a</sup> José y GARCIA ARAN, Mercedes: Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal. Documentación Jurídica. N.º 37/40, pp. 1117 a 1194.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: Principios fundamentales del sistema penitenciario español. Bosch. Barcelona, 1983.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: La redención de penas por el trabajo en la actualidad. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Madrid, n.º 1.275.
- PALOMEQUE LOPEZ, M. Carlos: La relación laboral de los penados en Instituciones Penitenciarias. Revista de Derecho del Trabajo. Civitas, n.º 9, 1982.
- RUIZ VADILLO, Enrique: Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Real Decreto de 29 de julio de 1977. Revista de Documentación Jurídica. N.º 15.



## CRONICAS EXTRANJERAS

### Los elementos característicos del dolo (\*)

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt am Main

#### I. LA TEORIA DE ARMIN KAUFMANN (\*\*)

Armin Kaufmann enriqueció, hace ahora treinta años, las viejas discusiones sobre la delimitación entre dolo e imprudencia alrededor de una idea, la cual —según el modo en que fue expuesta— podría en realidad haber concluido dicha discusión (1). Esta teoría prometía, como Kaufmann no olvidó subrayar, una salida al infructuoso e infinito círculo de teorías cognitivas (posibilidad, probabilidad) y volitivas (conformidad, asunción del riesgo) dirigidas a la caracterización del dolo.

Esta salida era nueva, se adaptaba al clima de las teorías del Derecho penal de la época y reclamaba consistencia teórica y fiabilidad para su aplicación en la práctica.

#### 1. Particularidades de dicha teoría

a) Los criterios para la delimitación entre dolo e imprudencia reclamaban (como todos los fundamentos en la Teoría final de la acción) no sólo plausibilidad pragmática y contundencia teórica sino un fundamento ontológico *in re* no susceptible de discusión posterior (2).

---

(\*) Traducción de M.<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita, becaria de investigación del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla.

(\*\*) En el original «Die Lehre vom tatmäßigen Vermeidewillen», expresión de difícil traducción al castellano. La tesis de Kaufmann defiende la imposibilidad de imputación a título doloso cuando el sujeto lleva a cabo una voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico («Vermeidewillen») y que a la vez domine el hecho («tatmäßig»).

NOTA DE LA TRADUCTORA.

(1) Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, en ZStW 70, 1958, (trad. Suárez Montes, ADPCP 1969).

(2) *Ibid.* pp. 66 y 71.

b) Dolo e imprudencia se diferencian con ayuda de aquel criterio que ya ontológicamente caracteriza la acción: la voluntad de realización. Por ello la teoría del dolo encaja sin fisuras en la teoría de la acción (3).

c) La voluntad de realización es suficiente como criterio de diferenciación. Por consiguiente no es preciso insertar otras características —heterogéneas— de delimitación (4).

d) Aunque esta teoría está basada en la teoría final de la acción (5) (presuntamente subjetivista) y por lo tanto es abarcada subjetivamente por una voluntad de realización, consigue sin embargo una «objetivación de los límites del dolo» (6): el ámbito del dolo se abandona cuando el agente, respecto de unas consecuencias secundarias no deseadas (7) que trata de evitar, realiza una «voluntad evitadora que domina el hecho» (8).

e) La consideración de la estructura final de la acción y la objetivación de los límites del dolo favorecen una matización esencial y no puramente gradual entre dolo e imprudencia (9). Ello supone un importante logro dogmático dado el hecho (10) de que el legislador algunas veces no incrimina la acción imprudente o, en todo caso, la castiga con una pena más leve que el delito doloso (11).

f) La teoría de Armin Kaufmann no es, como las doctrinas do-

(3) *Ibid.* pp. 73, 76 y 86.

(4) *Ibid.* p. 78: «La voluntad de realización tiene, pues, su límite en sí misma. No es preciso ningún criterio valorativo proveniente de fuera para delimitarla, y con ello delimitar el nexo final; tampoco es necesario un recurso al sentimiento, que sólo puede ser entendido como actitud jurídica o antijurídica ante el hecho». De modo parecido, p. 73: «La voluntad de realización encuentra su límite por tanto, en la voluntad de realización».

(5) *Ibid.* p. 78: «La supuesta “subjetiva” doctrina de la acción finalista conduce, pues, a la objetivación de un deslinde de fronteras, que la doctrina imperante ha hecho depender no ya de la representación del autor, sino de sus sentimientos, motivos, actitudes y aprobaciones. Esa diferenciación, basada en consideraciones de una ética de sentimientos, no puede dar al hecho doloso contornos claros».

(6) *Ibid.* p. 78.

(7) *Ibid.* pp. 74 y 77.

(8) *Ibid.* p. 74: «La “voluntad de evitación” excluye la aceptación de una “voluntad de producción”, sólo, en verdad, si se trata de una voluntad eficaz, es decir, si la puesta de los contrafactores para la evitación del efecto accesorio realmente se ha realizado».

(9) *Ibid.* pp. 81 y 82.

(10) Véase, p. ej., M. KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, pp. 17 y ss.; SCHROTH, *Theorie des straflichen Vorsatzes*, escrito de habilitación inédito, Munich, 1986, cap. 2.1. y 2.2.

(11) Por cierto, a Armin Kaufmann no le es objetable el empleo, en el núcleo de su teoría de un criterio exclusivamente cuantitativo de delimitación. En los límites, donde surgen los problemas prácticos, permanece p. ej., la pregunta sobre los límites de la «fuerza dominadora del hecho» que tiene la voluntad de evitación: «Cuándo el autor, a su dirección y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado» (ZStW, p. 77) y cuándo (y es esto lo que decide sobre los límites entre dolo e imprudencia), sólo se puede determinar de un modo gradual (y además «subjetivo», ver en el texto letra d).

minantes sobre el dolo, una teoría encubierta referida sólo al dolo eventual, sino que pretende ser una «teoría unitaria del dolo» que pueda, a través de la voluntad de realización, abarcar también el dolo directo (12).

g) La moderna teoría de la culpabilidad exige una teoría del dolo que, como ésta, sea capaz de separar estrictamente los elementos del conocimiento del injusto de los del dolo (13):

## 2. Crítica a la teoría de Kaufmann

La doctrina jurídico-penal apenas ha valorado las particularidades de la teoría del dolo de Armin Kaufmann (14). Más bien la ha incorporado a los restantes intentos de delimitación y de ella ha afirmado —en parte (15)— que, de todos modos, sería apta para fundamentar resultados satisfactorios en muchos grupos de casos. Pero la crítica prevalece claramente e impide que hoy esta teoría del dolo cuente con una notable influencia. En último extremo, esta crítica se nutre, si mi opinión es acertada, ante todo de aquellas características que Armin Kaufmann considera como lo más notable de su teoría: una ontologización y una objetivación concentrada de la determinación del dolo.

Contra esta teoría se objeta que conduce a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso (16): quien realiza una voluntad de evitación, que desde su punto de vista suprimir cualquier riesgo adicional, no actúa ya dolosamente (y queda desde un principio fuera de esta teoría delimitadora), porque no toma en consideración la posibilidad de un daño (17); quien, a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice esta teoría delimitadora); quien no disminuye un

(12) ZStW 70, 72: El hecho doloso «abarca todas las consecuencias y modalidades, cuya existencia y producción ha sido tenida en cuenta como posible a no ser que la voluntad rectora se dirija a su evitación».

(13) *Ibid.* pp. 66 y ss. y 83.

(14) Compárese, p. ej., WESSELS, AT, 17 ed. (1987) p. 65; CRAMER en Schönke-Schröder, 23 ed. (1988) par. 15 marg. 78; M. KÖLHER (*supra* nota 10), p. 282 y ss.; SCHROEDER, en LK, 10 ed. (1980) par. 16 marg. 93; esto no es válido para ROXIN, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit BGHSt. 7, 363, en JUS 1967, p. 53, aquí citado por ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 209. *vid.* p. 214 y ss. y 227.

(15) Particularmente FRISCH, Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, p. 13 y ss, 227 y ss.; PHILIPPS, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, en ZStW 85 (1973), p. 27, 29 y ss.

(16) Sobre todo JAKOBS, AT, 1983, cap. 8/29; también RUDOLPHI en SK StGB, 5 ed. (1988) par 16, marg. 42; FRISCH (*supra* nota 15), p. 14 y ss., 278 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 8.3.2.1.3.

(17) Compárese la definición de dolo. *supra* nota 11.

riesgo insignificante —evitable— debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquél que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado —evitable— sólo se le puede imputar a título de imprudencia. También se le ha reprochado (18) a Armin Kaufmann, no sin razón, que utiliza su criterio de delimitación en el caso práctico de forma inconsecuente (19).

Efectivamente, las acciones no pueden por sí mismas excluir el dolo de una forma plausible. El criterio resulta esquemático y además se inserta de modo mecánico en esta teoría del dolo: no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca un tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que —a pesar de la conducta evitadora— actúa con «mala voluntad».

Para justificar una exclusión del dolo habría que saber más sobre la persona del sujeto agente, su representación del transcurrir de los hechos y sobre todo su objetivo. La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal (20). El que el sujeto no manifieste (y, por ello, cuando tiene en cuenta el resultado como posible deba ser considerado como agente doloso) un comportamiento de evitación puede deberse simplemente a que no le quedaba otra salida posible (21).

En el primer caso el tratamiento igualitario exigido por la teoría de Kaufmann sería injusto, e igualmente injusto nos parece en el segundo caso la imputación a título de dolo.

Pero ¿por qué nos parece esto así?, ¿qué razón tenemos para mantener un criterio distinto? y ¿qué es lo que debe o puede utilizarse como criterio para comprobar si una teoría del dolo (delimitadora de la imprudencia) es correcta?; sobre todo ésto, apenas sabemos nada hasta hoy.

---

(18) ROXIN (*supra* nota 14) p. 215 con referencia a STRATENWERTH y KOFFA.

(19) ZStW 70, 77, caso del «cinturón de cuero» (BGHSI, 7, 363).

(20) De forma parecida argumenta FRISCH (ver *supra* nota 15), p. 278 y ss.

(21) Grupos típicos de casos que se dan en situaciones de actuación simple o realizados en corto espacio de tiempo, como p. ej. adelantamientos peligrosos en una curva o en cambios de rasante. En la tipología de HERZBERG esto sería un peligro «no señalado» o mejor «inesperado»; compárese HERZBERG, Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, en JUS 1986, 249, p. 255 y ss.; el mismo, das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten, en JZ 1988, p. 573, 635, 641. ARMIN KAUFMANN ha visto el problema (compárese ZStW 70, 79 al respecto ROXIN [*supra* nota 14] p. 227) y decide, consecuentemente, en contra del sujeto agente: «Aquí falta una voluntad final de evitación».

### 3. Planteamientos erróneos en la caracterización del dolo

En cuanto a la teoría del dolo de Armin Kaufmann, ni siquiera jurídicamente se pueden discutir en ella los criterios de una determinación «correcta» del dolo. Esto por dos causas íntimamente vinculadas entre sí.

#### a) *Ontologización*

Quien, como los finalistas siguiendo el planteamiento de argumentar con cuestiones objetivas, defiende (22) su teoría como «ontológica» (es decir, correcta), lo hace queriéndose proteger con ello contra un discurso de justicia. Características ontológicamente fundamentadas (por ej., acción o dolo) son correctas en la medida en que tienen sus raíces en la estructura del ser de este mundo; su conformidad con las estructuras del deber deja de plantearse. Precisamente este argumento defensivo es desastroso en lo que se refiere al tratamiento penal del dolo. Pues, como la Historia demuestra (23), las profundas transformaciones en la estructura del deber [de las expectativas de justicia y del pacto normativo social (24)] son, en este campo, la regla. Qué tipos de comportamientos dolosos se deben diferenciar, cuáles se deben deslindar de los no dolosos, cuáles se deben sancionar penalmente, todas estas preguntas no se pueden discutir desde un punto de vista ontológico sino sólo desde una perspectiva deontológica, es decir, son cuestiones que quedan abiertas a las expectativas de justicia históricamente variables.

#### b) *Objetivización esquemática*

Quien, como Armin Kaufmann, objetiviza (25) los límites del dolo sólo sobre la acción de evitación, limita con ello el posible recurso de la determinación del dolo a aquéllo que el agente tiene en su mente durante y con su acción: la actividad (que objetivamente va dirigida a evitar un resultado) es el único criterio válido para conocer lo que el autor quería y pensaba subjetivamente. Ello es una solución elegante y simple pero también peligrosa y, en principio, inadecuada. El principio es inadecuado porque el dolo —incluso para una forma

---

(22) Véase *supra* nota 2.

(23) Compárese Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.<sup>a</sup> ed. (1965) par. 16-20, 21, 58, 60, etc.

(24) Sobre esos procesos ver mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1980, p. 25 y ss., 151 y ss., 221 y ss.

(25) Véase *supra* notas 5-8

finalista de pensamiento— reside sin duda en el lado interno del pensar y el querer («de la voluntad de realización») y no en el lado externo de la acción y de la causación (la actividad de evitación). Es decir, una teoría del dolo esquemáticamente objetivada sólo puede ser exacta cuando el indicador externo (la acción de evitación) representa completamente aquello que precisamente debe reflejar (la exclusión de la voluntad de realización); cuando fracasa esa representatividad del indicador externo no podrá sacarse ninguna conclusión de la acción evitadora en relación con la voluntad de realización. Ahí residen al mismo tiempo la elegancia y la peligrosidad de una objetivación concentrada sobre un único indicador: quien, en un grupo de casos en los que se aprecia con claridad una actividad de evitación (26), quiere basarse en esa actividad como indicador del dolo se expone a la posibilidad de una modificación sutil en atención a otras peculiaridades externas e internas del suceso, se pone a merced en cierto modo de su criterio objetivado del dolo y debe asumir el riesgo de llegar a conclusiones absurdas cuando tome en consideración las circunstancias con mayor detenimiento. Es precisamente este autocreado dilema el que en definitiva justifica la crítica (27) que se hace sobre la determinación del dolo que preconiza Armin Kaufmann.

#### 4. El suceso desde el punto de vista interno y externo

Pero esta crítica no agota la fuerza de la teoría del dolo de Kaufmann. La crítica tiene razón en lo que se refiere a exactitud y plausibilidad de los resultados y se puede ir todavía más allá, como ahora se expondrá, a partir del proceso de una ontologización y una objetivación esquemática. El principio metódico de Kaufmann, en lo que se refiere al suceso externo, no está sin embargo lo suficientemente valorado (ni mucho menos superado) en la dogmática existente sobre el dolo. Esta vía de caracterización del dolo —para algún finalista, en cierto modo sorprendente y ya por ello objetable— ofrece, esquematizaciones y simplificaciones aparte, un conocimiento fructífero en lo referente al objeto del dolo que al mismo tiempo puede ser útil para la praxis.

Se pueden reconstruir (y al final también valorar) las discusiones alrededor de la delimitación del dolo (y por tanto el deslinde del dolo eventual con respecto a la imprudencia consciente) según el papel que respectivamente juegan el suceso interno y externo para la caracterización del dolo. Y con ello se puede ver que las dificultades de la teoría del dolo están relacionadas con estos aspectos interno y externo.

---

(26) Sobre otros grupos de casos véase *supra* nota 21.

(27) Véase *supra* epígrafe I.2.

## II. LA RATIO DE LA PENALIDAD DEL DOLO

Si en la búsqueda de las correctas características del dolo se renuncia a definiciones apriorísticas de tipo ontológico y a desfiguraciones de elementos del dolo, se plantea en primer lugar, desde el punto de vista deontológico, la pregunta de cuál es la razón que justifica el que en nuestro Derecho Penal (28) se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, hechos, han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la cual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como «ya doloso» o como «todavía culposo» sólo puede decidirse en función de la ratio por la que se sanciona con mayor energía el dolo (29) (30).

### 1. El dolo como decisión

La ratio de la penalidad del dolo ha llamado fuertemente la atención de las discusiones más recientes. Después de que English, ya en 1930, subrayara «la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídicos» (31) como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de

(28) Al respecto nota 10.

(29) Así ROXIN (*supra* nota 14) p. 22 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8; STRATENWERTH. AT I, 3.<sup>a</sup> ed. (1981) marg. 251.

(30) Esto es al mismo tiempo renunciar al intento de deducir los elementos del dolo de la semántica del lenguaje coloquial (compárese p. ej., HAFT, Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftlichen Betrugs, en ZStW 88 (1976) p. 383 y ss.; así HERZBERG, JZ 1988, p. 573 y ss. en discusión con SPENDEL y con alusión a SCHMIDHÄUSER y FRISCH); el lenguaje coloquial es menos rico y preciso que el lenguaje jurídico pues no ha sido elaborado de forma sistemática para resolver grupos de casos; el lenguaje coloquial cumple una misión comunicativa diferente a la del lenguaje especializado, el cual se concentra en la descripción y concretización de situaciones jurídicas (y de esto se trata en última instancia p. ej. en la teoría del dolo); el lenguaje coloquial no constituye una fuente legítima de informaciones de relevancia decisiva ya que no se desarrolla ni se orienta en base a discursos formalizados de justicia. Por lo demás, los mismos ejemplos de HAFT muestran con qué facilidad las opiniones cotidianas y el lenguaje coloquial pueden encubrir garantías jurídicas fundamentales: la «inequívoca» imputación a título de dolo al autor de un robo con escalo o a título de imprudencia en el caso del conductor y el maestro (*ibid.* p. 384); la crítica a la jurisprudencia del RG que interpreta el así llamado «robo de fluido eléctrico» (p. 385 nota 61 señala: «una visión» profana en lugar de una reflexión daría como resultado que la electricidad —más o menos— es en todo caso una cosa, susceptible de ser robada») ver nota 46.

(31) ENGISCH, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, p. 117.

la lesión dolosa o culposa, esta idea ha sido más tarde enriquecida y perfeccionada (32). Por encima de todas las diferencias de detalle sobre la determinación del dolo se puede constatar (33) al respecto una notable concordancia. Esta definición expresa lingüísticamente mejor, por así decirlo, las más recientes caracterizaciones del dolo que por fin han conseguido superar las viejas alternativas fosilizadas que, dentro de la teoría del dolo, diferenciaban los aspectos cognitivos y volitivos. Esto es válido, sobre todo, en aquellas determinaciones del dolo en las que se utilizan expresiones como «decisión a favor de la lesión del bien jurídico» (34), «decisión contra el bien jurídico» (35) bajo un «punto de vista (36) estrictamente personal», «negación explícita que realiza el individuo agente (37) de una situación protegida por una norma jurídico-penal» o como «asunción de las circunstancias (38) del hecho constitutivas del injusto».

De hecho, estas diversas descripciones del dolo que acabamos de citar no se diferencian entre sí; más bien tienen varios puntos de coincidencia, como por ejemplo:

— Que renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo.

— Que reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual («decisión», «negación explícita», «asunción»).

— Que localizan el dolo en el aspecto más íntimo del individuo agente («decisión», «asunción»).

— Que aceptan la asunción de conceptos básicos abstractos para una descripción unitaria de qué es lo que se entiende por dolo.

Este desarrollo sigue la dirección correcta. Sin embargo, no puede terminar ahí: se debe saber exactamente qué es lo que se entiende por «decisión» o por «asunción» y cómo se pueden constatar estos

(32) Al respecto véase especialmente ROXIN (*supra* nota 14), pp. 222 y ss.; M. KÖHLER, (*supra* nota 10), pp. 330 y ss.; FRISCH (*supra* nota 15), p. 46 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8.; también mi «Einführung in die Grundlagen des Strafrechts», 1981, pp. 206 y ss. (traducción española de Arroyo y Muñoz Conde, con el título «Fundamento del Derecho penal», Barcelona 1984).

(33) Al respecto FRISCH (*supra* nota 15), pp. 16 y ss.

(34) ROXIN (*supra* nota 14), p. 224, «la diferencia fundamental de las formas de culpabilidad radica en si el autor se ha decidido o no a favor de la realización de los elementos del tipo (y con qué sentimientos, expectativas y deseos)». Para STRATENWERTH (AT I, marg. 255) el criterio a seguir para una distinción es «respectivamente, la diferente actitud básica del delincuente»: «el delincuente que actúa dolosamente se decide a favor de la lesión del bien jurídico; el que actúa imprudentemente no. Esta sola contraposición es suficientemente elemental para en principio hacer del comportamiento doloso una manifestación más grave del hecho penal». Al respecto, del mismo parecer RUDOLPHI, EN SK StGB, par. 16, marg. 39.

(35) FRISCH (*supra* nota 15), p. 482 *passim*.

(36) *Ibid.* p. 139 *passim*.

(37) SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8.

(38) *Ibid.* cap 8.3.3.; en lo referente al «objeto del juicio del injusto» de forma parecida M. KÖHLER (*supra* nota 10) p. 333 *passim*.

conceptos. Para ello hay que diferenciar el aspecto interno del aspecto externo del suceso a la hora de caracterizar el dolo.

## 2. El dolo como forma más grave de responsabilidad

La descripción del dolo como «decisión contra el bien jurídico» (39) o como «asunción personal del injusto del hecho» apunta hacia la dirección correcta ya que concuerda con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo. Este es, en relación con la imprudencia, un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad (40).

De ahí resulta, por un lado, que el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo agente (41), que se refieren al acontecer externo: el sustrato del dolo sólo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquéllo que es externo a él. Esto ha de ser así en un sistema de Derecho penal en el cual se diferencia entre injusto y culpabilidad. La existencia de elementos subjetivos del injusto y elementos objetivos de la culpabilidad no sólo no se opone a esta distinción sino que la confirma: precisamente la caracterización de tales elementos (como subjetivos y objetivos) presupone ya esta distinción previa entre lo interno y lo externo.

Resulta, por otro lado, que la más grave incriminación de una acción dolosa se puede justificar en esa línea: el autor de un delito doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico. Un Derecho penal que, como el nuestro, está comprometido con los principios de protección de bienes jurídicos y orientación al autor, debe tener en cuenta —respecto al autor de un delito imprudente— la distinta relación del autor de un delito doloso con la norma. El peligro para los bienes jurídico-penales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente; se debe valorar la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho sin olvidar que la reinserción del delincuente doloso supone un «cambio normativo», una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión del peligro.

---

(39) Se debe añadir a la evidencia: «Bien jurídico en la forma típicamente protegida»; se trata entonces del injusto en el ámbito de los elementos típicos.

(40) Al respecto, detallada y diferenciadamente mi «Einführung» (*supra* nota 32) pp. 203 y ss.

(41) Esto es válido tanto para la comisión como para la omisión.

### 3. La necesidad de elementos volitivos

Para la caracterización conceptual del dolo (y la demarcación de sus límites con la imprudencia) resalta la necesidad y el carácter central de los elementos volitivos. Que al agente —de un modo cognitivo— sólo estaba informado del acontecer del hecho, que sólo tenía la exacta representación de la peligrosidad de su acción y su omisión es un argumento demasiado débil y no basta para la aceptación de una «decisión» o de una «asunción personal». Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no sólo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y ésto significa «quererla». Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo (42).

### 4. El conformarse en sentido jurídico

La así entendida decisión contra el bien jurídico (en el marco de una protección típica) no requiere que el agente refuerce aún más su decisión desde un punto de vista emotivo, ni que lleve a cabo una reflexión positiva, es decir, que se conforme (43). Si se explica, como aquí se hace, la ratio de la penalidad del dolo a partir de principios jurídico-penales como la protección de bienes jurídicos y la orientación al autor y a partir de una relación especial del delincuente doloso con la norma, todo se reduce a la «decisión a favor del injusto» y ya no hace falta una valoración adicional de la decisión. Pues esa decisión, como asunción personal de la lesión de una norma protectora de un bien jurídico conlleva ya por sí misma las condiciones que aquí han sido desarrolladas bajo la expresión «peligro para el bien jurídico-penal» y «cambio normativo». Que el agente considere esta su decisión, observándola y valorándola, «buena» o «deplorable» no afecta a la misma sino que es externo a ella.

Con ello se solucionan las dificultades que plantea (44) la teoría del dolo con el desafortunado concepto de «conformarse en sentido jurídico» (45). Este no es, bien entendido, otra cosa que «decisión

(42) En esa dirección M. KÖHLER (*supra* nota 10), *Theorie der Schuld als Selbstbegründeten Selbstwiderspruchs*; ver allí pp. 332 y ss., 373 y ss., 391 y ss.

(43) De la misma opinión es en principio RUDOLPHI. en SK StGB par. 16, marg. 39.

(44) Véase p. ej., ROXIN (*supra* nota 14) p. 217; M. KÖHLER (*supra* nota 10) p. 49 respectivamente con referencias ulteriores.

(45) BGHSt 7, 363 (369): «El dolo eventual se puede dar también aún cuando

contra el bien jurídico», ya que efectivamente la razón de la incriminación más grave del dolo no tiene nada que ver con los sentimientos que el sujeto pueda tener al realizar el hecho, pues el dolo se puede explicar (46) a partir de condiciones más estrictas y precisas.

## 5. La relación entre conocimiento y voluntad

### a) *La intención*

El que la intención se constituya, según opinión dominante, sobre el elemento volitivo y que por tanto se pueda imputar al autor la producción de un resultado «buscado» (47) aunque no lo considerara como de segura producción, es la obligada consecuencia de una concepción de dolo que se basa en una decisión contra el bien jurídico y localiza esta decisión (entendida como asunción) en el lado más íntimo del sujeto agente. El interesado en la lesión del bien jurídico, el que se dirige de una forma final a lesionarlo, es precisamente el que se decide en contra del bien jurídico en la forma más típica.

### b) *El dolo directo*

Sólo aparentemente se trata, en lo referente al dolo directo, de otra cosa. Aquí se enseña en realidad que para la imputación a título de dolo es suficiente con el elemento del conocimiento seguro acerca de la consecución del daño, y que un rechazo, una voluntad contraria a ese daño no sirve para disculpar al sujeto (48). O sea, parece que

---

el autor no desea la consecución del resultado. En sentido jurídico él aprueba, a pesar de todo, este resultado cuando, a causa del objetivo buscado, se conforma, en caso de que sea necesario, es decir, en tanto que no pueda alcanzar su objetivo de otra manera, con que su acción le lleva a un resultado no querido por él. Y con ello se puede afirmar que el sujeto ha querido el resultado en el caso de que éste se produzca».

(46) La concepción de las teorías del consentimiento prueba, por lo demás, la peligrosidad de la semántica del lenguaje coloquial en la teoría del dolo (*supra* nota 30). La necesidad de precisar y limitar la semántica de la expresión «conformarse con sentido jurídico» resulta incluso del hecho de que «conformarse» en el lenguaje coloquial tiene un ámbito semántico más amplio que en Derecho penal, pues ahí se expresan sentimientos que se evalúan (aprobación, aceptación, deseo). Esto lo ha percibido de forma correcta el BGH pero lo ha formulado desafortunadamente. Sin embargo se debe también remarcar que en otro sentido el «conformarse» del lenguaje coloquial es demasiado débil y limitado: no expresa correctamente la gravedad existencial de una decisión contra el bien jurídico (véase *supra* nota 42). Yo me puedo conformar con muchas cosas, siempre y cuando sean externas a mí y permanezcan de este modo; una decisión contra el bien jurídico contenida en el acto de la lesión de una norma supone un cambio, para el individuo agente, una forma completamente distinta de conformidad.

(47) Compárese, p. ej., CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER par. 15, marg. 66 y ss.

(48) Compárese, p. ej., MAURACH-ZIPF, AT 1, 7.<sup>a</sup> ed. (1987) cap. 22-29.

el dolo se caracteriza fundamentalmente a través del elemento de la cognoscibilidad (49).

Sin embargo, esta comprensión no sería adecuada (y rompería además la posibilidad de unificación de la concepción del dolo partiendo de conceptos como «decisión» y «asunción volitiva»). Se ha demostrado que, en lo referente al dolo, no depende de forma adicional de un «conformarse» emotivo (50) y esto explica que un rechazo y una voluntad contraria no pueden excluir la imputación en caso de dolo directo; de hecho éste no plantea especiales problemas salvo aquellos ya conocidos que nacen de la crítica a las teorías del consentimiento.

La concepción dominante del dolo directo, correcta en el resultado, no exige tampoco una revisión de la caracterización del dolo como asunción o decisión. El elemento de la cognoscibilidad es irrelevante en la constitución del dolo directo al igual que en la intención y en el dolo eventual. Pues para lo único que es útil es, todo lo más, para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico (51): quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión (52). Para el dolo directo, la acción dolosa es voluntad, una acción de decisión. El componente intelectual es simplemente una condición necesaria de la decisión porque sólo podemos hablar de una decisión cuando aquél que la toma sabe lo que asume, porque la voluntad se refiere al mundo, a lo querido, porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido. Si una persona actúa, según la concepción del dolo directo, con un conocimiento seguro acerca de la peligrosidad de su acción podemos deducir, a falta de informaciones opuestas, que esa persona ha asumido la peligrosidad y que se ha decidido a favor de ella; lo que no podemos hacer es colocar el conocimiento como elemento del dolo en el lugar de la decisión.

### III. CARACTERÍSTICAS EXTERNAS DEL DOLO

Con la determinación de estas relaciones entre conocimiento y decisión, entre representación y voluntad surge una última pero necesaria

---

(49) Así entiendo JAKOBS, AT cap. 8-18; compárese también cap. 8-20; al respecto véase texto y nota 51; véase también JESCHECK AT, 3.<sup>a</sup> ed. (1978) p. 239.

(50) *Supra* II.4.

(51) Así RUDOLPHI en SK StGB par. 16, marg. 37: «De ahí que el elemento volitivo del dolo no necesite de una especial constatación». De modo parecido JAKOBS, AT cap. 8.20: «el que el autor, con una certeza probada, no tenga ninguna posibilidad de distanciarse del resultado por medio de una actitud emocional que impida el dolo...».

(52) Esto es, desde mi punto de vista, un caso de empleo de «diálogo de responsabilidad penal», tal como ha sido presentado por V. NEUMANN (Zurechnung und «Vorverschulden». Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, en especial ver pp. 276 y ss., 284 y ss.).

ria complicación de la teoría del dolo. Esta complicación se extiende de forma unitaria a todas las clases de dolo; sin embargo tiene una especial significación en lo referido a la concepción del dolo eventual. Dicha complicación tiene su origen en el método de deducir una característica del dolo de otra, como se ha hecho respecto a la relación entre conocimiento y decisión y está relacionada con la determinación objetiva (o mejor, «externa» (53)) del dolo (54) que preconiza Armin Kaufmann.

## 1. El problema de las teorías tradicionales del dolo

El problema crucial de todas las caracterizaciones del dolo habidas hasta la fecha, que se apoyan en el lado más íntimo de la persona, reside en una forma específica de desconocimiento, incluso de ignorancia. Este problema es más grave para las teorías volitivas del dolo (lo que puede haber proporcionado una mayor plausibilidad a las teorías cognitivas, que al final tampoco pueden sustraerse a este problema).

### a) Las teorías volitivas

Las teorías volitivas del dolo utilizan para describir la actitud del sujeto agente expresiones como «conformidad interna» (55), «asunción del riesgo», «conformarse con», «indiferencia» (56), «represión» (57). Sin embargo, no aportan nada sobre las condiciones de aplicación de estos elementos del dolo. La pregunta de cuándo un individuo se sitúa frente a una (posible) lesión del bien jurídico con indiferencia o conformándose equivale a preguntar sobre el contenido del elemento «indiferencia» o «conformidad» en una teoría del dolo. Quien no puede contestar a la primera pregunta, no tiene por consiguiente ninguna idea clara de su descripción del dolo. Su plausibili-

---

(53) Armin Kaufmann habla pues (ZStW 70, 78 *passim*) de la «objetivación» de los límites del dolo. La denominación es sin embargo desafortunada ya que, en última instancia, lo subjetivo puede ser «objetivamente» investigado, interpretado y constatado. Debido a que él quiere conseguir esta «objetivación» a través de la actividad de evitación, es decir, a través del suceso externo, es adecuado hablar de una determinación «externa» del dolo (o sea, de una determinación realizada a través de elementos externos de caracterización).

(54) Véase *supra* I.4.

(55) JAKOBS, AT, cap. 8-20 ironiza con razón: «internamente (¿dónde si no?)».

(56) Al respecto CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER par. 15, marg. 81 y ss.; RUDOLPHI, en SK StGB par. 16, marg. 39.

(57) Véase especialmente HAFT, ZStW 88, pp. 379 yss.; en el término «represión» se puede encontrar un significado tanto volitivo como cognitivo, pues lo que se reprime es de todos modos un conocimiento, una representación (de la dañosidad de la acción).

dad pone en relación dichos elementos con su cambiante y, por ello peligroso (58) empleo en el lenguaje coloquial: ya se sabe lo que significa el que uno apruebe (59) algo. El intento de utilizar operativamente estas caracterizaciones, de precisarlas desde un punto de vista jurídico, como usualmente se hace con términos como «posesión» o «provocación en la legítima defensa», no ha sido emprendido por nadie.

Y ello no es casual. Se debe a que dichos elementos sólo se pueden utilizar operativamente (y por consiguiente hacerlos aplicables) en la medida en que se abandonan las habituales vías de las sutilezas dogmático-conceptuales: elementos como «asunción del riesgo» o «represión» se sustraen, al contrario de lo que sucede con conceptos como «agresión actual» o «ámbito de vigencia temporal», a una observación inmediata, es decir, por principio y para siempre. Estos elementos designan lo «interno» de una persona. Por ello no se pueden describir y concretar en base a una observación, sino sólo pueden ser, si no se abandona el plano descriptivo, parafraseados o sustituidos por otras descripciones igualmente problemáticas. Exactamente del mismo modo actúa la teoría volitiva del dolo, que no ha avanzado un paso en la concreción y utilización operativa de los elementos del dolo que ella preconiza; lo único que hace es dar vueltas utilizando expresiones que más o menos correctamente sirven para parafrasear el aspecto interno de un individuo.

#### b) *Las teorías cognitivas*

Con las teorías cognitivas sucede al final lo mismo. Ofrecen la apariencia de que se interesen por lo observable y calculable utilizando para ello expresiones como «posibilidad», «riesgo» o «probabilidad preponderante» (60), pero las apariencias engañan. Pues los grados objetivamente descriptibles de la peligrosidad no son, para una concepción del dolo, aceptables como tales sino sólo en la medida en que vayan investidos de una valoración y elaboración subjetivas. Determinar si la acción es realmente peligrosa o en qué medida, no decide sobre el dolo, ni tampoco el grado de proximidad objetiva de un daño sino únicamente qué grado de riesgo y de peligro tiene (61) la acción desde el punto de vista del agente. No parece lógico

(58) Véase *supra* nota 30.

(59) Véase *supra* nota 46.

(60) Al respecto CRAMER, en SCHÖNKE-SHRÖDER par. 15, marg. 74 y ss.

(61) Claramente ROXIN (*supra* nota 14) pp. 212 yss., 220: «¿Cómo evalúa el autor la posibilidad del resultado? ¿Lo da por hecho o por probable? ¿Lo toma en serio, cuenta con ello, cree que puede evitar el resultado? ¿O confía en una salida airosa o considera el fracaso concretamente imposible, improbable y evitable?»; así HAFI, ZStW 88, p. 375; véase también E.A. WOLF, Die Grenze des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, en Festschr. f. Gallas, 1973, pp. 197, 205 y ss., 219 y ss.

que el riesgo y la probabilidad de un daño, que incluso posiblemente se pueda calcular, sea suficiente para una teoría del dolo; pues se trata de una imputación por culpabilidad —o, en cualquier caso, de un grado de imputación— para la cual no es suficiente la valoración del suceso externo; más bien habría que investigarse ulteriormente el grado de participación interna del agente en el suceso externo. Y tampoco se puede deducir de la extensión real de la probabilidad del daño o riesgo una conclusión fiable respecto a la extensión (incluso al «si») de la valoración del riesgo por parte del individuo; puede incluso que éste haya valorado mal o no haya percibido siquiera el riesgo implícito en su acción. De todo lo dicho se deduce que las teorías cognitivas del dolo tienen que enfrentarse también con un objeto incierto: la representación que del riesgo tiene el individuo. Sus problemas metodológicos son, en última instancia, idénticos a los de las teorías volitivas (62).

### c) *Paráfrasis del dolo*

Lo que ofrecen las tradicionales teorías del dolo no es más que una variopinta paráfrasis del mismo que delimita su objeto sin abarcarlo en su totalidad. Términos como «asumir el riesgo», «tomar en serio», «indiferencia» o «represión», que son los que directamente deciden la imputación a título de dolo no son indicaciones operativas de decisión sino significantes del lenguaje coloquial que evocan representaciones ricas (y desde luego también cambiables y diferenciables) y que deben exclusivamente a este hecho su fuerza de convicción (así como la inconsistencia y casualidad de sus consecuencias). Precisamente por ello se entiende que cada vez más se utilicen conceptos como «decisión» o «asunción» ya que, de algún modo, eluden la plasticidad colorista del dolo, sustrayéndose así a la paralizante alternati-

---

(62) Si se discute, como tradicionalmente se hace en ámbitos cognitivos, sobre la alternativa posibilidad vs. probabilidad, se refuerzan de nuevo los problemas respecto a la utilización práctica de estas teorías. Por un lado, los criterios «posible» y «probable» contienen sólo una fuerza cuantificadora y, por consiguiente, no permiten ninguna diferenciación cualitativa entre dolo e imprudencia (véase las objeciones de ARMIN KAUFMANN, ZStW 70, 81, contra la «teoría positiva del consentimiento»: tampoco las teorías de la probabilidad y de la posibilidad permiten, como se ve, una separación esencial entre dos clases básicamente diferentes del injusto; véase además *ibid.* 82 *infra*). Por otro lado, los criterios «posible» y «probable» en lo referente al peligro externo, carecen de precisión ¿dónde termina exactamente la posibilidad y dónde empieza la probabilidad? ¿Qué grados —y cómo se determinan— de posibilidad y probabilidad son suficientes? Si se pretende construir la representación vaga e incierta que de la situación externa tiene el juzgador sobre la base de la representación que tenía el sujeto en el momento de actuar —como exige una imputación a título de dolo— el intento está destinado a tener tanto éxito como que un flan permanezca clavado en la pared.

va entre perspectivas (63) volitivas y cognitivas. Sin embargo este proceder es fácilmente comprensible ya que esta plasticidad colorista no favorece sino que perjudica la racionalidad de una decisión. Este recurso a una caracterización abstracta del dolo revela no obstante lo que las paráfrasis significativas pueden ocultar: que las concretas caracterizaciones del dolo deben ser elaboradas, que debe precisarse lo que se entiende por «decisión contra el bien jurídico típicamente protegido».

## 2. La deducción lógica de lo interno a partir de lo externo

Después de todo lo dicho es obvio que el camino correcto que han utilizado las teorías tradicionales para la caracterización del dolo no puede ser el de acudir a descripciones de su objeto. Más bien se debe empezar (64) por investigar la peculiaridad de este objeto, como ha sido puesto de relieve anteriormente (65): el dolo se sustrae a la contemplación del observador y por ello no puede ser descrito partiendo de esa observación. Por consiguiente, la teoría debe acercarse a su objeto de otra manera que facilite dicho acercamiento, es decir, de una manera indirecta.

---

(63) La discusión en torno al dolo muestra claramente que las expresiones excesivamente significativas son demasiado concretas para poder, en todos los casos, fundamentar de un modo plausible los resultados: la teoría de la posibilidad fracasa en lo referente a la consciencia cotidiana que del peligro tiene un conductor; la de la probabilidad en lo referente a un individuo al que no se le ocurre calcular y apreciar; la teoría de la acción de evitación que domina el hecho en aquellos casos en que la acción de evitación no es posible, etc; ROXIN lo ha analizado con claridad y lo ha reconducido a la fórmula de «decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico» (*supra* nota 14, pp. 210 y ss., 224, 226 y ss.); véase también SCHRODER en LK, par. 16, marg. 74.

(64) Una indicación se encuentra en ROXIN, *ibid.* p. 228 al citar a WELZEL: «en ello (es decir, en la concretización de la «decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico») debemos ser conscientes de que en este caso concreto se trata de un acto psíquico que, a pesar de ser accesible por medio de la experiencia ulterior, se sustrae considerablemente en su espontaneidad a una fijación conceptual y sólo puede ser circunscrito de una forma aproximada». En este sentido también KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, en *estschr. f. Bruns*, 1978, p. 11, aquí citado por JÄGER, *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, pp. 110, 127: «por ello lo decisivo de las teorías del consentimiento es encontrar indicios objetivos condicionados por la situación y socialmente relevantes (!) que reflejan la actitud interna del autor».

(65) *Supra* III.1.

a) *El dolo como disposición*

Ya en la moderna doctrina científico-conceptual se ha mostrado (66) la forma en que debe hacerse este acercamiento. El dolo es —al igual que conceptos como «voluntariedad», «imprudencia» o «tendencia nociva»— una disposición, una situación interna no observable de forma inmediata. Las disposiciones son susceptibles de ser utilizadas operativamente a través de indicadores y por consiguiente se desarrollan sobre datos que han de cumplir tres condiciones, a saber, observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva. Si los indicadores no son por sí mismos observables, si no suministran ninguna salida al dilema de la constatación de situaciones no observables, si se combinan de forma incompleta en el empleo de conceptos dispositivos o no indican la disposición planteada, es evidente que de este modo se llegará a una deducción falsa sobre la misma.

En la caracterización del dolo tiene ésto las siguientes consecuencias:

b) *La inaccesibilidad de lo interno*

El dolo como decisión a favor de la lesión del bien jurídico, como asunción personal del injusto típico sólo se puede deducir a través de indicadores que cumplan las condiciones citadas. Sin estos indicadores no podemos saber nada sobre el dolo, ni sobre su fundamentación ni sobre su exclusión (67). Por eso la usual afirmación de que alguien, conociendo el peligro, de todos modos ha actuado pero no se ha decidido a favor de la lesión (porque no se ha «conformado» con ella) es pura especulación en tanto no se mencionen los indicadores de esa conformidad que sí son observables.

c) *Elementos del concepto e investigación procesal*

No es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo (68) como

---

(66) Detalladamente, mis trabajos «Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsgematik» en LÜDERSEN/SACK, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht I, 1980, pp. 229 y ss., 243 y ss.; Einführung (*supra* nota 32) pp. 168 y ss.; KUHLEN, Die Objektivität von Rechtsnormen, 1978, pp. 140 y ss.

(67) De modo parecido KRAUSS (*supra* nota 64) el cual habla en p. 128 de «capacidad de los sucesos psicológicos».

(68) Así WESSELS, AT, p. 65; de las declaraciones citadas del BGH no se concluye tampoco una diferenciación; CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, par. 15, marg. 79 con una injustificada crítica a HERZBERG.

problema exclusivamente procesal. Estos no se pueden separar del concepto de dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto.

Así, por ejemplo, en el concepto dispositivo «tendencia nociva» en casos de delitos de ocasión, de conflicto o de estado de necesidad, los malos antecedentes del joven no pueden ser indicador fiable de esta disposición (69). El que estos malos antecedentes puedan indicar las tendencias nocivas del joven y que este resultado indiciario en lo referente a delitos en estado de necesidad sea reducido, pertenece al concepto de «tendencia nociva». A la investigación en el proceso corresponde el sí y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso concreto. Del dolo se predica lo mismo: el que la acción realizada con conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique (70) la decisión contra el bien jurídico pertenece al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto, es ya una cuestión de prueba en el proceso.

#### d) *Tipo objetivo y subjetivo*

No es lógico ni hay por qué decidir la cuestión sobre el dolo (o sobre la imprudencia) en el tipo objetivo, ya que tal disposición sólo se puede deducir (71) a través de indicadores observables, por consiguiente, a través de elementos característicos provenientes del suceso externo. La única tarea de este elemento característico es indicar el dolo, es decir, un suceso que se desarrolla en el lado interno del individuo agente, y esta tarea se sitúa en el plano del tipo subjetivo. Incluso ni siquiera se trata, como Herzberg correctamente formula pero deduce (72) de forma equivocada, de la «desprotección del peligro» sino del «peligro reconocido por el delincuente»; la cualidad externa del peligro, sin referencia a la voluntad y a la representación del sujeto, tendría sólo una relación irrelevante con la *ratio* de la penalidad (73) del dolo; es decir, la parte esencial reside en lo interno, en el momento de la decisión y de la asunción personal.

---

(69) Véase p. ej., EISENBERG, JGG, 1982, par. 17, marg. 19.

(70) Véase *supra* III. 5.b.

(71) Esta crítica a HERZBERG está justificada; compárese WESSELS, AT p. 46; CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, par. 15, marg. 79; STRUENSEE, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, en JZ 1987, 53, 60.

(72) HERZBERG, JZ 1988, p. 641; compárese el mismo, JUS 1986.

(73) *Supra* II.

### 3. Los indicadores

#### a) Complejidad

La ratio de la penalidad del dolo y la crítica a una objetivación sistemática de la teoría (74) del mismo descartan la posibilidad de representar el dolo sólo a través de un único indicador (como p. ej. «acción de evitación» o «peligro desprotegido»). Además se constata (75) que los elementos cognitivos no caracterizan por sí mismos el dolo: son solamente necesarios (porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido (76)) pero no son suficientes (porque el dolo, como decisión es más que mera representación y conocimiento). A esto se añade que la composición de los indicadores requiere (77) un gran cuidado, pues no podemos saber nada (78) acerca del dolo fuera de la deducción a través de indicadores. Por consiguiente, el catálogo de los mismos debe ser diferenciado y complejo.

#### b) Antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia

Esta tarea se facilita a través de dos circunstancias, que ya han sido registradas en las discusiones acerca del dolo.

En primer lugar, existe práctica unanimidad en la doctrina respecto a lo que el dolo es en esencia, que sin embargo se ve ocultada (79) por las tradicionales paráfrasis. Lo que interesa ahora, partiendo de una correcta base metodológica, es seguir desarrollando la aproximación de las teorías del dolo a su objeto de una forma productiva, en lugar de enfrentar entre sí (80) sus respectivos revestimientos lingüísticos.

En segundo lugar, la Jurisprudencia sigue de forma progresiva y

---

(74) *Supra* I.3.b.

(75) *Supra* II.3.

(76) *Supra* II.5.b.

(77) *Supra* III.2.a.

(78) *Supra* III.2.b.

(79) Véase p. ej., BALDUS, Bd. 12 der Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1969, p. 122: «Todos opinamos probablemente lo mismo pero utilizamos para ello distintas expresiones»; también STRATENWRTH, AT I marg. 305 y ss.; FRISCH (*supra* nota 15) pp. 36 y ss.

(80) Acertado ROXIN (*supra* nota 14) p. 229: «Por ello, diferentes conceptos pueden, en lugar de descartarse, complementarse unos con otros, pues ellos respectivamente clarifican de un modo más nítido aspectos determinados del fenómeno y así pueden contribuir al perfeccionamiento de nuestros métodos de conocimiento. Desde esta perspectiva, las formulaciones particulares no se pueden calificar simplemente como correctas o erróneas, sino que son sólo conceptos (más o menos esclarecedores) que sirven de ayuda para la determinación de un fundamento común».

cada vez más claramente el camino que, desde una perspectiva metodológica, aquí se recomienda: tiende a no refugiarse en paráfrasis como «conformarse con» o «asumir el riesgo» y se dedica con más cuidado a la prueba sumarial de los hechos que puedan (81) indicar la fundamentación o la exclusión del dolo. No es casual que aquí la teoría del dolo pueda aprender mucho de la Jurisprudencia: aquél que debe aplicar las fórmulas del dolo a las peculiaridades del caso concreto capta antes sus límites que aquél que elucubra sobre ellos y está en mejor posición de hallar la salida correcta en los casos en que sea necesario una concreta decisión y aplicación de dichos conceptos.

### c) *El catálogo*

Los elementos externos caracterizadores del dolo sólo pueden ser aquí estructuralmente esbozados. Su catálogo es tan amplio como las posibles configuraciones futuras de casos. El que sean elegidos y formulados correctamente, es decir, presentando las características de observabilidad, relevancia dispositiva y plenitud (82) no se puede garantizar con un catálogo cerrado de indicadores del que, siguiendo un procedimiento mecánico de subsunción, se deduzca a ciegas, sino que se deriva de la distribución de funciones que en general se da entre el juez de primera instancia y el juez de apelación, ya que el peso de una correcta investigación, elección y valoración de todo ello recae en primer lugar sobre el juez de primera instancia.

La ordenación sistemática de los indicadores resulta de su misión y de la estructura de su objeto, es decir, ellos han de posibilitar una conclusión fiable respecto de la existencia del dolo, sirviendo para constatar la existencia de una decisión a favor del injusto típico. Esta decisión es un fenómeno (83) volitivo, que supone (84) obligatoriamente una representación del objeto de decisión (en su aspecto cognitivo). Pero a su vez la representación (y la decisión que le sirve de mediación) se relaciona con la peligrosidad de una situación para el bien jurídico típicamente protegido. El peligro de esa situación para el bien jurídico, la representación del agente sobre este peligro y su

---

(81) Compárese el detenido análisis de SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 8.3.4. sobre la jurisprudencia del BGH y sobre los «hechos típicos relevantes para una imputación» en el dolo eventual según los par. 212 y ss. del StGB; también KÖHLER (*supra* nota 10) pp. 45 y ss., 98 y ss.; HERZBERG, JZ 1988, pp. 638 y ss. («Belehrung durch die Praxis: Verschiebung ins Objektive»); BAUMANNWEBER, AT 9.<sup>a</sup> ed. (1985) p. 402.

(82) Véase *supra* III.2.a.

(83) *Supra* II.3: la decisión es un acto de autoafirmación.

(84) *Supra* II.5.b: no se puede concebir una voluntad «vacía».

decisión a favor de la realización del mismo son, en esta secuencia, los pasos que conducen sistemáticamente (85) hacia una imputación subjetiva (86).

Sólo la situación de peligro contiene datos (87) observables. La representación del agente sobre esa situación al igual que su decisión no pueden ser descritas a partir de una observación, sólo son deducibles (88) a través de indicadores. Los elementos externos que caracterizan el dolo se ordenan por consiguiente en tres secuencias: peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna) a favor de la realización del peligro reconocido. La primera secuencia puede ser descrita; las dos siguientes no funcionan sin una deducción mediata a través de indicadores.

En cada uno de estos niveles se presentan datos relevantes para el dolo. Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que un arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p. ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o evitadora del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro) se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs. simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales (89), comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación

---

(85) Con ello también se quiere decir que en esa secuencia, unos implican obligatoriamente los otros: al igual que es inconcebible una decisión sin representación, es absurdo una representación sin la específica y significativa cualidad del objeto de dicha representación (el peligro situacional para el bien jurídico). En otras palabras: la situación que pone en peligro el bien jurídico interviene, a través de la representación que de esa situación tiene el agente, en la decisión de éste.

(86) *Supra* III.2.d.

(87) *Supra* III.2.a.

(88) *Supra* III.2.b.

(89) Compárese a estos tres tipos de indicadores, la participación, en M. KÖHLER (*supra* nota 10) p. 60 y nota 17, p. 75 nota 8, p. 89 y ss., 93 *supra*.

actual (90), indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima (91), etc.

d) *La objetivación de los límites del dolo.*

Tal objetivación de la teoría del dolo impide el esquematismo que perjudica (92) la tesis (93) de Armin Kaufmann. Pues aquí se deduce el dolo no ya a partir de indicadores en el suceso externo sino sólo a partir de una cantidad ordenada de indicadores (y contraindicadores) los cuales se derivan de la ratio de la penalidad del dolo: es comprensible el por qué la peligrosidad objetiva de una situación no implica la representación correspondiente del agente, cuando existen indicadores que evidencian una percepción reducida; y es comprensible el por qué la representación exacta del agente sobre la peligrosidad de la situación no fundamenta el dolo, cuando existen indicadores de que ha habido motivaciones diferentes a las normales. La investigación o rechazo del dolo se descarga de aquel automatismo que, en los correspondientes grupos de casos en el suceso externo, da lugar (94) a disfuncionalidades en el juicio de los hechos. Más bien a través del dolo se puede ir ordenando y valorando de forma amplia y diferenciada el suceso externo hasta llegar a la constatación de la decisión. Esta diferenciación debe tener como consecuencia —lo cual ya se vislumbra en la Jurisprudencia sobre el dolo— un enriquecimiento creciente de la investigación judicial del elemento externo de caracterización del dolo. Sólo así avanzaremos hacia una comprensión correcta del mismo.

Se sigue desde luego de acuerdo con Armin Kaufmann respecto a la «objetivación de los límites del dolo» (95). Esto significa para

---

(90) BGH, Strafverteidiger 1988, 328: comportamiento anterior del acusado por la muerte de un niño frente a otros niños a su cuidado. Esta decisión del 3 Strafsenat (Sala 3.ª de lo Penal) es por lo demás, a pesar de los breves fundamentos de Derecho que sirven de base a la sentencia, un buen ejemplo de cómo debe de procederse de forma diferenciada a la hora de fijar los indicadores del dolo.

(91) Esto constituye una diferencia relevante para la decisión, p. ej., en el frecuentemente discutido caso del maestro que permite bañarse en un río peligroso a los niños que están bajo su vigilancia y los grupos de casos de robo como el caso del «cinturón de cuero». (BGH St. 7, 363).

(92) También la postura de HERZBERG sobre la desprotección del peligro prohibido (p. ej. JZ 1988, p. 642) es esquemática. Este indicador es, sin lugar a dudas, relevante para el dolo; sin embargo no es suficiente y no arroja por ello conclusiones fiables: en el nivel del peligro para el bien jurídico, pero sobre todo en los niveles del conocimiento y la voluntad abundan los indicadores y contraindicadores que, a la hora de la imputación a título de dolo, deben ser tenidos en cuenta.

(93) Compárese *supra* I.3.b.

(94) Véase *supra* I.3.b.

(95) *Supra* nota 5-8.

el —problemático (96)— dolo eventual la renuncia a la paráfrasis (97) y la concentración sobre elementos externos de caracterización de la decisión en contra del bien jurídico típicamente protegido. por ello está claro que la elección de los indicadores se orienta en última instancia a la ratio de la penalidad del dolo: la especial relación del autor de un delito doloso con la norma, su actitud frente a los bienes jurídicos, etc. (98): los indicadores, pues, deben tener relevancia dispositiva (99) y no se pueden buscar a ciegas. La imputación a título de dolo únicamente se puede conseguir a través de esos elementos externos de caracterización.

#### IV. RESUMEN

El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.

---

(96) Respecto a la intención y el dolo directo, *supra* II.5.

(97) Al respecto *supra* III.1.c.

(98) Véase *supra* II.1.3.

(99) *Supra* III.2.a.



# Dolo de causar y causalidad putativa (\*)

EBERHARD STRUENSEE

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Münster (Alemania)

## 1. El desbordamiento de la teoría subjetiva de la tentativa

A raíz de la ponencia presentada por Jakobs sobre «Criminalización en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico» (1), en el Congreso de Profesores de Derecho penal celebrado en Francfort (1985) se ha lamentado vivamente (2) el estado de la dogmática de la tentativa. Se consideraban —y aún se consideran— chocantes las consecuencias que de la teoría subjetiva de la tentativa extraía el *Reichsgericht* (RG) (3) hace más de un siglo, debido a la influencia de uno de sus miembros, von Buri: la joven inexperta que por recibir un beso se cree ya encinta y se precipita a tomar un terrón de azúcar para abortar, estaría cometiendo, según esta doctrina, una tentativa de interrupción de embarazo (4).

Las aberraciones más serias radican en la figura de la tentativa supersticiosa o irreal, aun cuando al final todos la declaran impune, y en la tentativa burdamente insensata (*grob unverständlich*) (§ 23.3 del StGB), cuya punibilidad sólo parece haber quedado sellada legislativamente con la 2.<sup>a</sup> Ley de reforma penal (5) (\*\*). Bien es verdad

---

(\*) Traducción del original alemán «Versursachungsvorsatz und Wahnkausalität», publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 102, 1990, pp. 20 y ss., por José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (Profesor Asociado en la Universidad de Extremadura, Cáceres).

(1) JAKOBS, ZStW 97, 1985, p. 751.

(2) Cfr. la aportación al debate HIRSCH, así como la réplica de JAKOBS en GROPP, Informe del Congreso, ZStW 97, 1985, pp. 921, 928.

(3) RGSt. 1, 439 (sentencia del Pleno de 24 de marzo de 1880); además, RGSt. 1, 451.

(4) Cfr. RGSt. 34, 217.

(5) BGBI. I 1960, p. 717; en vigor desde 1975.

(\*\*) El contenido de los §§ 22 y 23 del Código penal de la R. F. Alemana (StGB), en los que se regula la tentativa, es el siguiente:

§ 22. **Definición.** Intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, da comienzo directamente a la realización del tipo.

que el RG no alcanzó a cumplir la profecía de Geyers («Con esta teoría vamos a llegar a una edición moderna de los procesos por brujería») (6), pero sólo a costa de una inconsecuencia en la tentativa supersticiosa (7), si se tiene en cuenta la concepción de la tentativa del RG.

Mientras que la teoría subjetiva de la tentativa se conforma con un concepto de idoneidad inmanente a la consciencia, las teorías objetivas exigen una idoneidad que trascienda de la consciencia, concibiendo la punición de la tentativa como «consumación acortada», es decir, como realización de una parte del tipo objetivo de tentativa. Hasta la fecha no han dejado de fracasar estas teorías por no alcanzar a definir con suficiente precisión los elementos objetivos del tipo independientes de la consciencia del autor, ni a explicar las fronteras de punibilidad que trazan. La mayor parte de la doctrina —tras más de medio siglo de resistencia— ha acabado capitulando asimismo ante la teoría subjetiva de la tentativa sustentada por el RG. En la postguerra han sido escasas las voces que se han alzado contra la teoría subjetiva aún dominante (8). Y, después de haberse impuesto en la ciencia penal las consideraciones de fondo de la doctrina final de la acción, bajo el nombre más fácilmente aceptable de «doctrina del injusto personal» (9), parece que falta cualquier fundamento para doctrinas objetivas.

Con todo, sigue existiendo un malestar muy extendido en relación con la supuesta ampliación de la punibilidad que conlleva la teoría subjetiva. Esto, sin embargo, no es más que el resultado de olvidar o descuidar los requisitos típicos —es decir, de validez conceptual general— que también los elementos subjetivos de la tentativa han de satisfacer: también para ellos rige el principio «nullum crimen sine lege» (10).

---

§ 23. Punibilidad de la tentativa. 1. La tentativa de un crimen (*Verbrechen*) es siempre punible; la de un delito (*Vergehen*) lo es sólo en los casos en que lo establece expresamente la ley.

2. La tentativa podrá castigarse con penalidad atenuada respecto a la del delito consumado (§ 49.1).

3. Si el autor, por burda falta de entendimiento, no ha sido consciente de que la tentativa de ningún modo podía llevar a la consumación, por la clase del objeto del hecho, o del medio con el que éste se cometería, el Tribunal podrá no imponer la pena o atenuarla según su criterio (§ 49.2).

(6) GEYER, ZStW 1 (1881), p. 36.

(7) Cfr. RGSt. 33, 321. Esta inconsecuencia la censura BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. 3, 1918, pp. 533 y ss.

(8) SPENDEL, ZStW 65 (1953), p. 519; el mismo, NJW 1965, 1881; el mismo, *Festschrift für Stock*, 1966, p. 89; JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 551, y especialmente páginas 563 y ss.

(9) Cfr., acerca de ello, los balances de HIRSCH, ZStW 93 (1981), p. 831 y ZStW 91 (1982), p. 239; LOOS, en: *Loos* (editor), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, página 86; *Paeffgen*, JR 1989, 38.

(10) Así ya GEYER, ZStW (1881), p. 52; cfr. también SPENDEL, NJW 1965, 1982; *Engisch*, *Festschrift für Heinitz*, 1972, pp. 192 y ss.

ello significa para el tipo subjetivo de la tentativa en relación con «la causalidad como elemento de los tipos penales» (11). Según entienden todas las teorías de la tentativa, los requisitos subjetivos de la tentativa equivalen a los requisitos subjetivos del delito consumado (12), razón por la cual ha de aclararse, para empezar, si es que la causalidad es objeto de referencia del tipo subjetivo, y en qué medida (infra 2). El traslado de los resultados obtenidos al tipo subjetivo conduce al fenómeno de lo que aquí se denomina «causalidad putativa» (infra 3). Basta una mirada a algunos intentos de delimitar la tentativa idónea de la tentativa inidónea para poner de manifiesto que la causalidad putativa no es una magnitud desconocida o lejana (infra 4). Sobre este trasfondo es posible juzgar con mayor precisión el contenido dispositivo del § 23.3 del StGB (infra 5). Para terminar, habrá que definir la labor —en la que hasta ahora no se ha reparado con claridad— ante la que la causalidad putativa coloca a todas las teorías de la tentativa.

## 2. La causalidad como elemento conceptual del tipo objetivo y del tipo subjetivo

### a) *La relación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo en cuanto al contenido*

El tipo subjetivo (de entre cuyos componentes sólo interesará, en lo sucesivo, el aspecto cognoscitivo del dolo del hecho) consiste en la descripción conceptual de los elementos de la psique del autor, sin concebir al tipo subjetivo con independencia del tipo objetivo, sino entendiéndolo en una relación de dependencia lógica con éste: el contenido conceptual del tipo subjetivo está determinado por el contenido del tipo objetivo (13). El tipo subjetivo es «un concepto de referencia orientado al concepto de resultado, sin el cual sería un esquema descolorido y amorfo» (14).

(11) Título de una monografía de *Engisch* (1931), hasta hoy decisiva.

(12) BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.ª ed. 1985, pp. 474, 490; BOCKELMANN/WOLF, *Allg. Teil*, 4.ª ed., 1987, p. 207; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 18.ª ed. 1989, § 22 nota 1; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, t. 2, 7.ª ed., 1989, § 40 n.º marg. 4; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre*, 3.ª ed., 1988, p. 269; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 22 n.º marg. 2; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 11/9; ESER, en: *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., 1988, § 22 n.º marg. 3; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, 3.ª ed., 1981, n.º marg. 660; VOGLER, en *LK*, 10.ª ed., 1985, § 22 n.º marg. 2, 13; WESSELS, *Allg. Teil*, 18.ª ed., 1988, p. 173. En representantes de la teoría objetiva de la tentativa, cfr. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., 1930, p. 56; Rob. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 396; MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª ed., 1949, pp. 379 y s.

(13) Cfr. JAKOBS, *Allg. Teil*, 7/1.

(14) SPENDEL, *ZStW* 65 (1953), p. 534.

La Ley requiere en el § 16 del StGB que el conocimiento del autor abarque las circunstancias del hecho, y no, como se suele decir, los elementos del tipo, pues éstos pertenecen a la esfera de los conceptos (15). Por tanto, el dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior al autor, que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo. La conexión del contenido del tipo objetivo y del tipo subjetivo puede caracterizarse diciendo que las circunstancias representadas como objetivas realizan los mismos conceptos típicos que las circunstancias existentes objetivamente. Por ejemplo, en el dolo de destruir un edificio (§ 305 del StGB), la casa que el sujeto se ha representado debe poder subsumirse en el mismo concepto de edificio que el objeto del hecho efectivamente existente. Al margen de la distinta «índole» de los objetivos relevantes —imaginados u objetivamente existentes—, la ley describe el contenido del tipo objetivo y el del tipo subjetivo con idénticos conceptos, en virtud de la remisión del § 16 del StGB.

#### b) *La causalidad como elemento del tipo objetivo*

A los elementos del tipo objetivo pertenece también la causalidad (16), allí donde la acción típica (movimiento corporal) —expresa o tácitamente— se describe objetivamente como causa de un determinado resultado o de una determinada situación. Se está de acuerdo en que la causalidad ha de concebirse como conexión conforme a una ley de la naturaleza. Por lo tanto, la conexión causal o natural, la cual comprende los elementos comunes no se puede deducir, en el caso concreto, directamente del suceso concreto, sino que ha de entenderse como muestra de una conexión conforme a ley (natural), que sólo puede comprobarse mediante la subsunción del caso concreto en una ley causal abstracta («teoría de la condición conforme a ley») (17).

A estos dos ámbitos —relación causal en el caso concreto («causalidad concreta») y ley causal («causalidad general») — se añade un tercer escalón, que realiza una ulterior abstracción y que a menudo no se pone de relieve: la legalidad causal o natural, la cual comprende

(15) Cfr. H. SCHUMANN, JZ 1989, 433 (con bibliografía en nota 60).

(16) BAUMANN/WEBER, Allg. Teil, p. 216; ENGISCH, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, p. 4; JESCHECK, en: LK, 10.<sup>a</sup> ed., 1985, antes del § 13 n.º marg. 48; MAURACH/ZIPF, Allg. Teil, t. 1, 7.<sup>a</sup> ed., 1987, § 18 n.º marg. 9.

(17) DREHER/TRÖNDLE (nota 12), antes del § 13 n.º marg. 16; ENGISCH (nota 16), pp. 20 y ss., especialmente 25 y ss.; HORN, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, página 123; JESCHECK, Allg. Teil, p. 254; ARMIN KAUFMANN, JZ 1971, 572; FELIX KAUFMANN, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929, p. 79; MAIWALD, Kausalität, p. 56 y s., 63, 70, 108; RUDOLPHI, SK StGB, antes del § 1 n.º marg. 41 y s.; SAMSON, Hypothetisch Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, pp. 30 y ss.; el mismo, Strafrecht I, 7.<sup>a</sup> ed., 1988, pp. 13 y s.; SCHULZ, Festschrift für Lackner, 1987, pp. 39 y s., 42 y s.; SPENDEL, JZ 1973, 138.

los elementos comunes a todas las leyes causales, aludiendo por consiguiente al concepto de ley causal y no a una ley natural singular. De la legalidad natural se distingue, por otra parte, el principio causal (del que aquí no nos vamos a ocupar) que se refiere al ámbito de validez de la legalidad causal y que no reconoce más que modos de determinación conforme a ley natural (18).

De estos cuatro aspectos de la causalidad, sólo entran en consideración, como elementos del tipo, las leyes causales particulares o el concepto de ley causal. Según Armin Kaufmann, se trata de las leyes causales que cumplen el requisito de causación típica: «El elemento del tipo “causación” incluye la pluralidad de leyes causales, y con este elemento del tipo las leyes causales pasan a formar parte de la norma jurídica que contiene como elemento la causalidad... Estas leyes causales pertenecen también a la premisa superior, en la cual ha de subsumirse el hecho —elemento a elemento—» (19).

Esta tesis es objeto de debate. Horn afirma que «las leyes causales... [demuestran] la existencia del sustrato del concepto «legalidad natural» en el caso concreto o en grupos concretos de casos» (20). Por eso serían proposiciones de demostración, no elementos del tipo. Sin embargo, Horn, al hablar de proposiciones causales no alude a las leyes causales (21) —existentes, también según su concepción, con independencia de su conocimiento—, sino a la «ley casual conocida» (22), la ley causal ya demostrada. Este elemento del estar demostrado (o de la necesidad de demostración) se incluye en el concepto de ley causal en tan escasa medida como la demostración de la muerte cerebral en el concepto de resultado de muerte en los §§ 212 y ss. del StGB. Por eso mismo no se puede distinguir la antinomia (a la que se refiere Horn) con la postura de Armin Kaufmann (que también en el lugar que cita Horn habla de leyes causales) (23).

Por lo demás, el argumento de que la «necesidad de demostración» de las leyes causales es incompatible con el carácter de elemento del tipo (24) neutraliza la relevancia típica de la causalidad: si la

(18) Sobre ello, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.<sup>a</sup> ed. 1965, pp. 110 y s.; MAIWALD, *Kausalität*, p. 10; WAIDER, *SchwZStr.* 93 (1977), p. 125.

(19) ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, 574.

(20) HORN (nota 17), p. 128. De modo semejante, FINCKE, *Arzneimittelprüfung*, 1977, p. 76, remite las leyes causales al ámbito del Derecho procesal, porque únicamente afectarían a la cognoscibilidad de la vinculación, que sólo ocurre históricamente una vez, entre acción y resultado. Las breves consideraciones de FINCKE suscitan la apariencia de que es como si renunciase, en el concepto de causación, al elemento que expresa una regularidad (conforme a leyes, necesaria, probable, según la experiencia) de la relación. Pero si se abandonó este elemento en el concepto de causalidad, hay que preguntarse entonces de dónde se desprende su importancia para la cognoscibilidad de la causalidad.

(21) *Vid.* HORN (nota 17), p. 124.

(22) HORN (nota 17), p. 124; el subrayado es del original.

(23) HORN (nota 17), p. 128 nota 17.

(24) HORN (nota 17), p. 128; asimismo MAIWALD (nota 17), p. 108.

validez de cada elemento de la ley causal necesita de demostración, entonces debe también demostrarse que existan en absoluto leyes causales. Esto significa que también la totalidad de las leyes causales (que quedaría como posible elemento del tipo), la sujeción de la realidad a leyes (*Gesetzesartigkeit*), necesita de demostración. La causalidad no concurriría, pues, como elemento del tipo (25).

No hace falta profundizar aquí sobre la cuestión de en qué nivel de abstracción —ley causal o legalidad causal— ha de situarse el elemento típico «causación», pues el que se ascienda hasta la legalidad natural no aumenta ni disminuye el círculo de las leyes causales, que deben ser satisfechas por las concretas relaciones. Bien es cierto que al elevar el nivel de abstracción no se modifica paralelamente la cantidad de leyes causales relevantes para el tipo subjetivo; pero ello ha de analizarse con más detalle.

### c) *La causalidad como objeto del tipo subjetivo*

En relación con el tipo subjetivo, ha de comprobarse, en primer lugar, en qué medida la relación de causalidad (causalidad concreta) es objeto del dolo y si el autor debe conocer todas las circunstancias que realizan la ley causal, o sólo algunas, o ninguna. Acerca de esta cuestión hay divergencia de opiniones, pero no se encuentra un debate concienzudo que las acompañe.

Partiendo del § 16, la representación del autor debe referirse a todas las circunstancias que realizan la ley causal que media entre la acción y el resultado. Como ningún sujeto actuante abarca nunca todos los factores eficaces, no existe un dolo de causar que satisfaga estas exigencias. Por eso desde siempre se ha reducido considerablemente la exigencia del dolo en relación con la causalidad. La opinión dominante se conforma con la vaga fórmula de que el autor debe conocer la relación causal en sus rasgos esenciales (26), basándose en la premisa (27), casi nunca formulada, de que las leyes causales proporcionan, para el dolo de causar, los elementos que realizan el tipo, aun cuando no todos los factores causales deban ser relevantes para el dolo.

Esta indeterminación de la doctrina dominante se evita entendiendo que es superflua toda sustantivación de cómo se haya representado la relación entre acción y resultado y que la consciencia del mero

---

(25) MAIWALD (nota 17), p. 108, señala que la comprobación de la relación causal por medio de leyes causales es «comprobación de una *estructura de la realidad*, a la que ciertamente se refiere la norma jurídica, pero de la que no forma parte». MAIWALD no explica con qué conceptos se «refiere» la norma jurídica a la estructura de la realidad inserta en las leyes causales.

(26) BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, pp. 393 y s.

(27) Sólo ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, 574, la resalta expresamente.

hecho basta para una conexión en tal sentido (28). Esta amplia —si se compara con la doctrina dominante— reducción del contenido del dolo parece basarse en que no son las leyes casuales singulares, sino la legalidad causal abstracta, la que hace las veces de elemento del tipo. No obstante, de momento puede esto dejarse de lado. En todo caso, no es aceptable tal emprobrecimiento del contenido del dolo, pues quien quiera, de modo consecuente, quitar de la referencia del dolo toda pieza intermedia entre acción y resultado ya no puede plantearse siquiera toda una serie de problemas pertenecientes al repertorio de cualquier teoría del dolo, cuanto menos resolverlos:

1. Los casos de desvío del curso causal real con respecto al proyectado sólo plantean problema si la representación de los eslabones intermedios entre acción y resultado es relevante para el tipo. De otro modo, por muy desviado, tortuoso o extraviado que sea el curso causal, tanto como pueda imaginarlo la fantasía más desbordada, siempre concurrirá un dolo suficientemente congruente.

Para poder, a pesar de todo, negar la consumación en casos de cursos causales extraños o inadecuados, sólo queda entonces la salida de considerar no realizado el tipo objetivo. Esta es la vía elegida por la doctrina de la atribución objetiva, no imputando al tipo objetivo los cursos causales de determinadas características. Pero como los cursos causales extraños e inadecuados se convierten (29) en adecuados y, por tanto, en «objetivamente» imputables en caso de «conocimiento especial» adicional, se pone de manifiesto que el problema sustancial del conocimiento del curso causal no puede eliminarse reduciendo el contenido del dolo. Lo único que se hace es trasladar el problema de la atribución objetiva, la cual parece mitigar, al menos por medio de un sustituto, la nostalgia de un injusto objetivo, que ha perdido su pureza (o inculpabilidad: «Un-Schuld») desde el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto. Dicho sea de paso: una atribución objetiva que desliga el curso causal real del objeto de referencia del dolo, y que sin embargo sitúa en él exigencias específicas, convierte estas especificaciones en condiciones objetivas de punibilidad.

2. Según la doctrina dominante, también la producción del resultado antes de la terminación de la tentativa, prematuramente con respecto al plan, es sólo uno de los casos de desviación causal (y de este modo un candidato para la atribución objetiva). Esta concepción no tiene en cuenta el requisito mínimo constituido por el representarse una mera relación de causación entre la acción y el resultado, pues en el estadio de la tentativa inacabada el autor obra, por definición, sin la consciencia de la causación suficiente. Aquí, reducir o eliminar el conocimiento del curso causal favorece la manipulación de las exigencias del tipo subjetivo y culmina en la punición por delito consu-

---

(28) Así, p. ej., ROXIN, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 239.

(29) Cfr. STRUENSEE, *JZ* 1987, pp. 53 y s., 58 y s., con remisiones bibliográficas.

mado a pesar de la falta de la correspondiente consciencia de la causalidad.

3. La cuestión de los límites del dolo (*dolus eventualis*) no puede abordarse en absoluto sin referencia a representaciones detalladas de la relación causal. Desde luego, ello es así cuando no se parte de la tesis (cada vez más frágil) de la identidad del contenido de las representaciones en el dolo eventual y en la imprudencia consciente.

Si se exige para apreciar dolo algo más que la consciencia de la «mera» o «alejada» posibilidad de producción del resultado, como por ejemplo la aceptación de una posibilidad sería, de una determinada probabilidad, de tomar en serio el peligro, de un peligro concreto, de un riesgo (no permitido) incrementado, o algo por el estilo, entonces se está uno desde luego ateniendo, sin percatarse de ello claramente, a determinadas representaciones cualificadas de la cadena causal, pues las medidas de un grado de probabilidad consciente, de tomar en serio la posibilidad del resultado, etc., no son graduaciones elegibles a voluntad por el sujeto actuante (30), sino el producto de una posibilidad de que ocurra el resultado, deducida de un conocimiento de determinado ámbito de circunstancias que realizan la ley causal (31).

4. La intención de enviar a la muerte al tío (de quien se espera heredar) aconsejándole un paseo en plena tormenta, o un viaje en ferrocarril, o en avión, según la doctrina dominante, no conduce a apreciar un delito doloso (consumado o intentado) de homicidio. Negar la atribución objetiva (si se produce el resultado) no basta para descartar también la punición por tentativa. Esta meta sólo se alcanza si se considera que el dolo debe extenderse a un curso causal objetivamente imputable (32), es decir, si la configuración del curso causal imaginado no se entiende irrelevante.

Ello se pone de manifiesto claramente en Puppe quien, aunque por una parte polemiza contra el elemento (que se queda en expresiones vagas y genéricas) de una cierta congruencia entre el dolo y la relación causal objetiva (33), sin embargo, por otra parte, señala que «también el curso causal que el autor imagina debe presentar un mínimo de probabilidad o verosimilitud, es decir, que no puede ser asimismo extraño o imposible» (34). Ahora bien, si se destierra del § 16 del StGB la congruencia entre la consciencia y las concretas circunstancias objetivas del hecho, también pierde su fundamento la exigencia de un mínimo de representación del proceso causal.

5. Tras estas consideraciones, aún hace falta una breve referencia a que la tentativa supersticiosa o irreal y la burdamente insensata

(30) Cfr. JAKOBS, Allg. Teil, 8/25; SCHMIDHÄUSER, Allg. Teil, 2.<sup>a</sup> ed., 1975, 10/94.

(31) Cfr. STRUENSEE, JZ 1987, 60 nota 89; SCHUMANN, JZ 1989, 427, 431 y ss.

(32) Así, p. ej., JAKOBS, Allg. Teil, 8/44, 67.

(33) PUPPE, GA 1981, 14 y ss.

(34) PUPPE, GA 1981, 16; de modo semejante, RUDOLPHI, SK StGB, § 16 n.º marg. 31 *in fine*, con remisiones bibliográficas; WOLTER, ZStW 89 (1977), pp. 673 y s.

(*grob unverständig*), no pueden caracterizarse como tales, ni distinguirse de las tentativas más sensatas, si se le sustraen al dolo las representaciones del curso causal. El mero hecho de una causalidad representada no permite ninguna calificación más precisa del contenido de la relación eficaz pretendida por el sujeto actuante.

La precedente enumeración de cuestiones sustanciales prueba a satisfacción que del objeto del dolo no se pueden recortar arbitrariamente eslabones situados entre la acción (movimiento corporal) y el resultado, sin renunciar al mismo tiempo a conocimientos esenciales o principios de solución propios de las doctrinas del dolo y de la consumación. Así pues, el curso causal se revela como un elemento imprescindible del objeto del dolo, por precario que sea el problema de la concreción y sustantivación necesarias del contenido de conciencia.

### 3. La «relación causal», objeto del dolo en la tentativa

#### a) *El objeto del dolo según el § 22 del StGB*

Para la doctrina dominante, como ya se ha dicho, el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el de la consumación, y ello rige en todo caso para la definición de la tentativa contenida en el § 22 del StGB. Según este precepto, para apreciar el tipo subjetivo hay que atender a la «representación del hecho», de acuerdo con lo cual la representación debe tener por objeto un «hecho», y «hecho» es, según al § 11.1 n.º 5 del StGB, «sólo aquel que realiza el tipo de una ley penal». Consecuentemente, también el autor de la tentativa debe proponerse un hecho que realice el tipo objetivo de una ley penal. De este modo se establece el enlace del tipo subjetivo de la tentativa con el tipo objetivo de la consumación, por medio del § 22, al igual que el § 16 lo hace en relación con el tipo subjetivo del delito consumado. Esto mismo se ponía de manifiesto más claramente en la anterior redacción del concepto de tentativa, en la cual se describía el tipo subjetivo como «decisión de llevar a cabo un crimen o delito» (§ 43 del StGB, redacción antigua), y de cuyo contenido no diverge la versión moderna del § 22 del StGB, según la opinión general (35). El que, por el contrario, la tentativa penalizada en el § 23.3. del StGB satisfaga las referidas exigencias subjetivas, y en qué medida, sólo se puede calibrar si se ha delimitado el alcance de un dolo de causar al que corresponde idéntico contenido tanto en la consumación como en la tentativa (36).

(35) Cfr. ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 n.º marg. 13.

(36) Esta problemática es distinta a la cuestión de si el proceso psíquico que subyace a la tentativa inacabada realiza el tipo objetivo en la misma medida cuantitativa que en la tentativa acabada y en la consumación; de esta cuestión me he ocupado en: CPCr 1989, pp. 405 y ss.

b) *La delimitación de las acciones putativamente idóneas*

El ajuste estricto del tipo subjetivo de la tentativa a los datos conceptuales del tipo objetivo —que le preceden— también en relación con el elemento típico de la causación, tiene consecuencias de gran trascendencia. Las leyes causales válidas trazan la frontera exterior de aquellas circunstancias fácticas que pueden ser objeto de un dolo de causar:

Las embarazadas —real o supuestamente— que, lamentando estarlo, toman azúcar, té o píldoras amargas para poner fin a su embarazo, obran sin dolo de una causación objetivamente típica. Otro tanto es aplicable a los casos de maldiciones, hechizos y similares. Tampoco cumple el tipo subjetivo aquel que da de comer champiñones de lata a un niño pequeño creyendo poder envenenarlo (37). Ni obra típicamente quien quiere matar a la víctima con una dosis determinada de arsénico, sin saber que haría falta doblar la dosis para que resultara mortal. El supuesto del «rey de los gatos» (38) pone de manifiesto que también existe una problemática paralela en los casos de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación. Todos estos autores basan su expectativa del resultado en

---

(37) Ejemplo de JAKOBS. Allg. Teil, 8/67.

(38) BGHSt. 35, 347. El Tribunal Supremo Federal (BGH), así como SCHAFFSTEIN. NSiZ 1989, 153, 154 y KUPER. JZ 1989, 617, 621 y ss., al comentar la sentencia, no se han percatado del problema del «peligro putativo», sobre el que llama la atención por primera vez H. SCHUMANN, NSiZ 1990, 439.

(N. del T.:) En el supuesto de la jurisprudencia alemana llamado del «rey de los gatos», dos de los acusados (un hombre, P, y una mujer, H), mediante todo género de pintorescas manipulaciones, hicieron creer a un tercero (R, agente de policía, enamorado de H, de carácter fácilmente sugestionable y capacidad crítica limitada) en la existencia del «rey de los gatos», especie de demonio, encarnación del mal, que amenazaba la propia existencia de la humanidad. Una vez convencido R de que estaba predestinado para luchar contra él, debió pasar pruebas de valor, bautizarse por el rito católico y jurar fidelidad eterna a su amada. Pero lo que al principio P y H tramaron como mero pasatiempo se convirtió después en una tragedia sangrienta, ya que H, presa del odio y de los celos, concibió el propósito de servirse de la superstición de R para matar a N, mujer de un antiguo novio suyo. H, en connivencia con P, persuadió a R de que el «rey de los gatos», a causa de una falta cometida por su «antagonista» R, exigía un sacrificio humano en la persona de N; si éste no se ejecutaba en seguida, esa especie de demonio mataría a la humanidad entera o al menos a millones de personas. Al objetar R la prohibición de matar del quinto mandamiento, H y P le replicaron que éste no regía para él, porque se trataba de un mandato divino de salvar a la humanidad, obteniendo de él juramento de que llevaría a cabo el sacrificio, so pena de eterna condenación. P entregó a R un cuchillo de explorador e instrucciones precisas de cómo ejecutar el sacrificio para que fuese efectivo. Conforme al plan, R penetró en la floristería de N so pretexto de comprar rosas, apuñalándola repetidamente en un momento de descuido e indefensión. Al acudir gente a los gritos de socorro de la víctima, R suspendió la ejecución, dado que se le había hecho creer que debía realizar su «misión» sin ser reconocido por nadie. Al huir, R contaba con que las heridas ya infligidas eran suficientes para determinar la muerte, que sin embargo no se produjo. El BGH confirmó la condena de primera instancia por tentativa de asesinato.

reglas causales que sólo existen en su imaginación, pero no en la realidad.

Por el contrario, quien intenta disparar a la víctima que supone viva, pero que en realidad está muerta, o quien suministra a su víctima polvos que ha confundido con arsénico en una dosis que habría sido letal, se está basando en leyes causales válidas, ya que se representa —si bien erróneamente— circunstancias con cuya concurrencia se habrían realizado estas leyes.

La serie de ejemplos podría prolongarse a voluntad, pero baste para aclarar el punto decisivo: ya la sola subsunción de la realidad imaginada en los conceptos del tipo, entre los que se cuentan las leyes causales, divide las acciones que se consideraron subjetivamente idóneas en dos grupos distintos, separando los actos que según su intención son idénticos al tipo subjetivo del delito consumado, de aquellos que se ejecutan persiguiendo llevar a cabo una relación causal no típica.

Estas dos intenciones de obrar idóneamente, distintas en cuanto a su tipicidad, también han de separarse terminológicamente. Resulta aconsejable designar como «causalidad putativa» —en conexión con el ensanchamiento erróneo de la norma subyacente al tipo— a la ampliación errónea del ámbito de validez de las leyes causales. En puridad no debería hablarse de «dolo» ni de «tentativa» en los casos de causalidad putativa. No obstante, se mantendrán esas denominaciones en lo sucesivo porque ya han arraigado en el ámbito de la causalidad putativa, pero dando a conocer las peculiaridades sustanciales mediante un añadido terminológico. El propósito de contenido idéntico al dolo de consumación (el dolo de causar) fundamenta una tentativa «realmente idónea» o «nomológicamente idónea», de la que ha de distinguirse la tentativa «putativamente idónea» o «homológicamente inidónea».

La distinción acabada de elaborar se basa, sin embargo, en una premisa hasta ahora no segura, la de que el elemento típico de la causación debe llenarse de contenido mediante leyes causales válidas. La cuestión que aún queda por decidir es si resulta algo distinto cuando la legalidad causal, que está en un ulterior grado de abstracción, hace las veces de elemento del tipo.

Sin embargo, el concepto de orden superior «legalidad natural» no amplía ni el ámbito de los concretos factores causales posibles, desencadenantes de los concretos resultados posibles, ni el numerus clausus inmutable de leyes naturales (39). Por tanto, tampoco se ve incrementado el círculo de los posibles objetos del dolo.

Ciertamente, la doctrina dominante, al menos de modo implícito, parte de lo contrario, pero es que entonces debería denominar concre-

---

(39) Acerca de esto último cfr. POPPER, *Logik der Forschung*, 8.ª ed. 1984, página 200; HANS ALBERT, *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, 1987, p. 104; ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, 575.

tas circunstancias del hecho —y no elementos del tipo— a las leyes causales singulares (40). Esto permitiría no sólo, por ejemplo, afirmar forzosamente el dolo de abortar cuando la embarazada toma terrones de azúcar para matar al feto, sino que forzaría a la deducción de que tomar terrones de azúcar a fin de abortar pertenece a la clase de leyes causales presupuestas por el tipo objetivo. Tal deducción se impone especialmente si se recurre a determinadas fórmulas que la jurisprudencia ha empleado a veces en la delimitación entre tentativa y delito putativo. Así, habrá tentativa si el sujeto actuante quiso realizar un hecho «que, suponiendo que su representación fuese correcta, correspondía al tipo objetivo de un hecho punible» (41). Si se da por supuesta la eficacia abortiva de los terrones de azúcar, admitir el dolo carece al parecer de dificultades. Sin embargo, el aceptar como verdaderas las suposiciones nomológicas erróneas conduce a un mundo estructurado de otro modo; lo que comporta una ampliación de la punibilidad por tentativa, a la que no puede cerrársele el paso desde este punto de partida metodológico —relevancia de las fantasías nomológicas individuales— y que puede llegar a lo grotesco.

Estas consecuencias absurdas ponen de manifiesto que ya es equivocada la premisa subyacente de que las representaciones nomológicas erróneas se pueden subsumir en el concepto típico de legalidad causal. Por eso, no puede ser tampoco lo decisivo el preguntarse si en las representaciones nomológicas erróneas se trata de una «interpretación del mundo que haya que tomar en serio» (42), sino sólo si éstas corresponden al mundo que el tipo objetivo presupone.

La «legalidad causal», como elemento del tipo, en lugar de las leyes causales, no amplía el ámbito de aplicación del tipo subjetivo, en la misma medida en que no amplía el del tipo objetivo. La distinción sustancial entre acciones realmente idóneas y putativamente idóneas, que ha deducirse del tipo objetivo, sigue siendo insoslayable si se parte de la premisa de que consumación y tentativa tienen un mismo tipo subjetivo.

El que se depure de este modo al dolo de causar de la causalidad putativa no conduce de por sí al resultado de que haya que eliminar todo el ámbito de la tentativa nomológicamente inidónea de la punibilidad; pero sí pone de relieve, como ya ha de señalarse, anticipando ulteriores consideraciones, la independencia de la cuestión político-criminal representada por el fundamento y límites del merecimiento de la pena del actuar putativamente idóneo.

---

(40) Acerca de la diferencia lógica entre elemento y circunstancia, *vid.* nota 15.

(41) RGSt. 55, 138; 316, 318.

(42) Este criterio es seguido por JAKOBS, Allg. Teil, 25/22.

#### 4. Los planteamientos formulados hasta la fecha para distinguir las acciones putativamente idóneas de la tentativa punible

Las consideraciones siguientes están dirigidas a resaltar que no se ha descubierto aquí la categoría de la causalidad putativa, sino que sólo se ha profundizado en su descubrimiento. Además, se ha de exponer que ésta reside en la coherencia de diversos esfuerzos por limitar la punibilidad. Estas justificaciones le quitan a la distinción entre dolo de causar y causalidad putativa la primera impresión de peculiaridad y extrañeza, facilitando así quizá que se reconozca (lo que hasta ahora no ha sucedido) esta diferencia estructural que radica en el tipo legal.

##### a) *La tentativa nomológicamente inidónea*

Durante mucho tiempo se ha luchado por evidenciar la impunidad de la tentativa con medios absolutamente —es decir, in abstracto— inidóneos, frente a la punibilidad de la tentativa con medios relativamente —es decir, in concreto— inidóneos (meramente «insuficientes» o «ineficaces») (43). Aun cuando a estos esfuerzos no les fue dado alcanzar el éxito (44), sin embargo han producido argumentos e ideas de interés y, ya antes de que se generalizara la teoría de la equivalencia, se han ocupado del error nomológico.

En su «Sistema del Derecho penal alemán», Köstlin se suma a las doctrinas, sustentadas en este contexto, de que para apreciar el «hecho malo» se requiere que «sea apropiado, si no según su índole real, sí al menos según la que se le supuso, para producir el efecto exterior pretendido, como consecuencia de las leyes naturales». Si, por el contrario, alguien «concibe el propósito de cometer un delito utilizando un medio que ciertamente él mismo considera idóneo, pero que es absolutamente inidóneo, según las leyes generales del pensamiento y de la experiencia cotidiana, para producir eso mismo... entonces no hay más que una intención inmoral, pero no delictiva... Bien es verdad que éste cree también firmemente en la idoneidad del medio empleado, pero su delirio [*Irrwahn*] lo equipara a quien comete delito putativo» (45). En términos similares se expresaron, por ejemplo, von Bar (46), Finger (47), Graf zu Dohna (48) y otros (49). M.E.

(43) Acerca del desarrollo de esta cuestión, cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, t. 2, 6.ª ed. 1984, § 41/76; MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª ed., 1949, pp. 388, 392.

(44) Esto ya lo hace constar zu DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, 1910 p. 56.

(45) KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, pp. 228 y s.

(46) VON BAR, *Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme im Verbrechen*, 1859, página 19.

(47) FINGER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1904, pp. 301 y ss.; el mismo, *Festschrift für Binding*, t. 1, 1911, pp. 288 y ss.

(48) GRAF zu DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, 1910, pp. 58 y s., 60.

(49) Cfr. la bibliografía en GERMANN, *Ueber den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, 1914, pp. 43 y ss.

Mayer (50) habla de la «inidoneidad conceptual» del medio, pero a pesar de ello no llega a dar el paso hasta el concepto típico de la causalidad (51). Köhler (52) escribe con precisión y de modo consecuente en su ulterior desarrollo: «En la cuestión de si el autor quiere algo delictivo, o no, no se tiene en cuenta la causalidad natural por él imaginada, sino sólo la real; no se entra a examinar si lo ocurrido debería haber conducido al resultado según la concepción del autor sobre el desenvolvimiento de las fuerzas naturales o espirituales, sino sólo si se habría producido el resultado según la causalidad natural real; una voluntad como la dirigida a desencadenar fuerzas naturales o espirituales imaginarias no puede ser penalmente relevante». También Frank, partiendo de la «necesidad de interpretación subjetiva de la prohibición», se suma a esta postura, haciendo que un observador objetivo lleve a cabo la comprobación: «¿Habría sido posible el resultado si la situación objetiva se hubiese correspondido con la representación del autor en el instante de la acción?», pues «Están prohibidas sólo las acciones de causalidad posible; ... el Estado no tiene interés en que no se lleguen a producir las acciones de causalidad imposible» (53).

Estas reflexiones no dejan nada que desear en cuanto a claridad. Germann reconoce que así se establece un «criterio sutil conceptualmente» (54), pero critica que se trata de un criterio de delimitación «muy arbitrario e intrascendente» (55). Esta crítica se refiere a un defecto, aún por superar, tanto de la fundamentación dogmática como de la político-criminal.

La impresión de arbitrariedad dogmática se basa en que antes, ni estaban aclarados el concepto y los requisitos del tipo legal, ni el concepto de causalidad como elemento legal del tipo había alcanzado suficiente precisión, de modo que tales posiciones carecían de fundamento. Ello se pone asimismo de manifiesto en la caracterización, equívoca y carente de recursos, de esta concepción, que se ha deno-

---

(50) N. E. MAYER. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., 1923, pp. 354 y s.

(51) Cfr. las ejemplificaciones en M. E. MAYER (nota 50), pp. 359 y s.

(52) KOHLER. *Studien aus dem Strafrecht*, 1890, pp. 11 y s., cfr. también páginas 25 y s.

(53) FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.<sup>a</sup> ed., 1931, p. 90.

(54) GERMANN (nota 49), p. 46. La posibilidad de distinguir error nomológico de error ontológico ha sido cuestionada, efectivamente, en varias ocasiones, y del modo más radical por von GEMMINGEN, *die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, 1932, pp. 121 y ss. Ahora bien, si, en relación con la realidad objetiva, se puede distinguir entre hechos singulares y leyes causales, a las que están sujetos, entonces ello rige también para un acto de consciencia que está dirigido a una relación causal. Que en el contenido de la consciencia los hechos y las reglas se entrelazan fácticamente, casi siempre irreflexivamente, no implica que sea imposible separarlos analíticamente.

(55) GERMANN (nota 49), p. 46.

minado «teoría subjetivo-objetiva de la tentativa» (56), porque la base del juicio consta de circunstancias representadas —es decir, de material subjetivo— que se subsumen en los conceptos con validez objetiva general de la causalidad y de las reglas de experiencia. Pero esta terminología sugiere una forma mixta, en la que la antinomia entre lo subjetivo y lo objetivo se refiere al mismo ámbito de objetos —por ejemplo, víctima del hecho existente objetivamente o meramente imaginada—, mientras que, en realidad, por una parte se alude a la representación de hechos y, por otra, a la aplicación de reglas causales objetivamente válidas a circunstancias imaginadas. Este modo de proceder no es ni más ni menos «subjetivo-objetivo» que la subsumición del contenido de la representación en cualquier otro elemento conceptual con el que se debe corresponder el hecho representado, si se quiere que cumpla los requisitos de un dolo del «hecho».

La objeción de la arbitrariedad político-criminal afecta a un problema de fondo común a todas las teorías de la tentativa, que son aspectos de idoneidad, al mismo tiempo trazan el límite de la punibilidad. De este modo se comprometen con una fundamentación monista de la pena. Por esta razón está desde el principio vedada para ellas la idea de que, bajo el sentimiento jurídico más o menos claro de que determinadas acciones sin consecuencias merecen punición, se pueden esconder fundamentos de la pena de distinto alcance (57). Sobre ello se volverá a tratar infra con más detalle.

#### b) *La tentativa supersticiosa*

Según la doctrina dominante, la tentativa supersticiosa no está conminada con pena. Aún hoy es sugestiva la fundamentación con la que el R.G. negó la punición de la acusada que quería deshacerse de su marido por medio de mujeres entendidas en la materia «con ayuda del diablo o por medios parapsicológicos» (58):

«El conjuro tenía, pues, por objeto emprender actos que debían hacer entrar en acción a fuerzas inmateriales, a fin de desplegar ciertos efectos psíquicos. Se puede pasar por alto la cuestión de si ello es acaso posible, ya que en todo caso la existencia de las fuerzas aquí debatidas no es demostrable, sino que éstas son meramente susceptibles de creencia o de credulidad, de imaginación o de ilusión; en tanto que no están basadas en el conocimiento científico o en la

(56) BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1988, pp. 315 y ss.; GERMANN (nota 49), pp. 40 y ss.; desde P. MERKEL, *Grundriss des Strafrechts*, 1927, p. 160, se hablaba de «teoría del plan»; así, p. ej., von GEMMINGEN (nota 54), p. 132 nota 80.

(57) Cfr., sin embargo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 88 con remisiones bibliográficas en nota 128.

(58) RGSt. 33, 321 (sentencia de 21 de junio de 1900).

experiencia cotidiana, el juez no puede reconocerles como fuente de efectos reales... y caen fuera del círculo de los procesos causales» (59).

Si se generalizan las exigencias, aquí establecidas, para el dolo del hecho, la tentativa presupone que deben emplearse fuerzas consideradas «en el conocimiento científico o en la experiencia cotidiana... como fuente de efectos reales». Evidentemente, el RG no extrae esta conclusión, que habría puesto de manifiesto la contradicción con la punición de la tentativa inidónea sustancialmente amplia.

Manifestaciones semejantes sobre la delimitación de la tentativa supersticiosa ha seguido habiéndolas hasta la doctrina actual. Señala Lackner (60): «Bajo el nombre de tentativa inidónea no se incluye la llamada tentativa irreal, en la cual el autor se basa en la eficacia de fuerzas mágicas inexistentes (o, en cualquier caso, según el estado del conocimiento científico, no demostrables)», según lo cual, para apreciar tentativa punible habría que exigir que el autor haya recurrido a fuerzas cuya existencia la asegura el estado actual del conocimiento científico, de modo que la causalidad putativa habría que eliminarla por completo del concepto de tentativa. Igualmente Rudolphi (61) observa que la tentativa irreal no representa una verdadera tentativa, porque «el autor espera de fuerzas en realidad inexistentes la realización del resultado típico del injusto». «Por el contrario, hay tentativa inidónea cuando el autor supone erróneamente fuerzas reales y quiere realizar el tipo con su ayuda, por ejemplo, cuando atribuye al jugo de frambuesa eficacia abortiva» (62). De acuerdo con las premisas de las que se deduce la impunidad de la tentativa irreal, el jugo de frambuesas tiene, según los conocimientos científicos, tan poca eficacia abortiva como un ejemplar del «Séptimo Libro de Moisés», y las fuerzas supuestas erróneamente en ninguno de ambos casos son «reales».

Estas pocas pruebas corroboran lo siguiente: la circunstancia de que el sujeto supersticioso quiera utilizar fuerzas, influjos, conexiones o fenómenos no existentes en la realidad, no demostrados científicamente, y que según la experiencia no ocurren, es, ciertamente, un argumento convincente de su impunidad. Pero la lógica de este argumento trasciende mucho más allá de la tentativa supersticiosa o irreal, abarcando a toda causalidad putativa.

Anticipándose quizá a esta objeción, Jakobs (63) limita la tipicidad al empleo de «medios natural-causales o representados como natural-causales». Lo que aquí se quiere hacer pasar por limitación, en realidad es una enorme ampliación de los límites del objeto de

(59) RGSt. 33, 322 y s.

(60) LACKNER, StGB, 18.<sup>a</sup> ed., 1989, § 22 nota 2 b) cc).

(61) RUDOLPHI, en: SK StGB, § 22 n.º marg. 35.

(62) RUDOLPHI, en: SK StGB, § 23 n.º marg. 8.

(63) JAKOBS, Allg. Teil, 25/22.

referencia del dolo (el tipo objetivo), pues en el tipo objetivo no aparecen «medios representados como natural-causales». Por tanto sólo puede tratarse de elementos del tipo subjetivo, que trascienden la congruencia conceptual entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo y que amplían la punibilidad por tentativa. Con estos elementos se suplantata, sin más, el ordenamiento jurídico por la cosmovisión del sujeto actuante en lo que sólo él considera como eficaz naturalmente, o realmente, o según leyes causales, convirtiéndolo en baremo vinculante de su punición.

Ahora bien, se aludirá a que, en contraposición a las energías sobrenaturales, las fuerzas representadas como natural-causales son aquellas cuya clase sí existe, con la salvedad de que el agente les atribuye virtualidad (en abstracto o a dosis insuficientes) que no les corresponden.

Pero la vinculación del dolo a tales circunstancias y fuerzas pertenecientes a un género sí existente carece de cualquier fundamento en relación con las dos direcciones de delimitación pensadas para ella —exclusión de la tentativa supersticiosa, inclusión de la burdamente insensata—, pues resulta inconsecuente exigir para el dolo, ciertamente, la representación de medios y fuerzas de existencia asegurada por la ciencia y por la experiencia, y, sin embargo, hacer decidir sobre la coordinación de efecto y medios no a las reglas y experiencias de validez general («objetivas»), sino a la fantasía del sujeto actuante (64).

La conexión de la relación causal del tipo objetivo a leyes causales válidas y a conocimientos técnicos metodológicamente asegurados de las respectivas ciencias se prolonga por tanto necesariamente en el ámbito del tipo subjetivo. No puede reducirse meramente a los componentes de la causalidad cuya clase sí se da, pero desvinculados de su concreta relación causal, al margen de su formación válida, si es que no se quiere deshacer la congruencia conceptual del tipo objetivo y del tipo subjetivo.

### c) *Tentativa peligrosa y no peligrosa según patrones de adecuación*

Tanto la teoría objetiva de la tentativa como la teoría subjetiva han recurrido, para la limitación de la punibilidad, al ideario de la causalidad adecuada. A fin de hacer desaparecer las diferencias que median entre estas dos formas de acceso a la adecuación, se expondrá en primer lugar cómo se valora la idea de la adecuación en las teorías objetivas de la tentativa, para posteriormente abordar su aplicación en el marco de la teoría subjetiva.

---

(64) Esta distinción entre fuerzas cuya clase sí existe, y elementos que sólo pertenecen al mundo de la fábula y la fantasía, es la propuesta más precisa para separar la tentativa supersticiosa de la burdamente insensata.

1. Las teorías objetivas de la tentativa se esfuerzan por vincular los límites de la punibilidad por tentativa a la falta de circunstancias o hechos típicos objetivos, es decir, independientes de la consciencia. Con esta finalidad, las teorías objetivas de la tentativa que aquí son de interés comienzan por el primer componente del juicio de adecuación, es decir, por la base fáctica a la que han de aplicarse las reglas nomológicas —segundo componente— (65). Sin embargo, constituye un error capital creer que se pueden aprovechar, para una «objetivación» de la punibilidad por tentativa, los aspectos o reglas que sirven para formar la base fáctica del juicio de adecuación.

La teoría de la adecuación se basa en la de la equivalencia y se la concibió para reducir la responsabilidad por la consumación o por el resultado, que tenía un excesivo alcance según el punto de vista de la equivalencia de todas las condiciones. La teoría de la adecuación, como la teoría de la equivalencia, enlaza con una situación objetiva de partida en la que están realizadas todas las condiciones del resultado típico. Una limitación de la responsabilidad mediante reducción de los hechos sobre los que se debe adoptar el juicio de adecuación, sólo se puede alcanzar, pues, eliminando determinadas circunstancias objetivamente dadas que son condiciones del resultado, para lo cual se procede evidentemente descartando aquellas circunstancias que ni eran conocidas por el autor ni eran cognoscibles para un «observador objetivo» ante actum. En la medida en que el autor conoce las condiciones del resultado, no merece indulgencia, y en la medida en que son «objetivamente cognoscibles» no se le exige nada humanamente imposible. Esta reducción de los hechos se basa en los límites del poder verse influido por las normas de conducta, y de ahí mismo obtiene el patrón para eliminar las condiciones del resultado objetivamente dadas, pero desconocidas y no cognoscibles.

Esta vía de limitación de la responsabilidad parece también estar abierta para el ámbito de la tentativa. Como el juicio *ex-ante* hace abstracción del desenlace posterior, el hecho de que no se produzca el resultado, en los casos de tentativa, no se opone a la aplicación del esquema mental propio de la teoría de la adecuación. Pero la base fáctica construida para el juicio de adecuación se basa, en primer lugar, en otra situación de partida distinta y, en segundo lugar, emplea un punto de vista de selección que ha de fundarse, normativamente, de otro modo.

En la tentativa, no se trata de sustraer de las condiciones del resultado objetivamente existentes aquellas que ni las conoce el autor

---

(65) Es representativo: von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 425 y ss., también p. 430; el mismo, *ZStW* 42 (1921), p. 528, y *ZStW* 47 (1926), p. 56; además, KRIEGSMANN, *ZStW* 30 (1910), p. 542; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, Allg. Teil, I, 1982, § 12 n.º marg. 47 y s.; TRIFFTERER, *Oesterreichisches Strafrecht*, Allg. Teil, 1985, pp. 360 y s. Cfr. también la exposición en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Allg. Teil, t. 2, § 40 n.º marg. 27 y 134.

ni son cognoscibles para un observador objetivo. Por el contrario, se trata más bien de eliminar de la base fáctica que se ha de juzgar las circunstancias objetivamente no existentes, pero que el autor imagina como objetivas, como, por ejemplo, la suposición de que el espantapájaros es un hombre o de que el arma descargada está cargada. La teoría de la adecuación se esfuerza por la imputación de los hechos no representados, pero objetivamente dados, mientras que las teorías de la tentativa se deben ocupar de sustraer los hechos representados, pero objetivamente inexistentes.

Esta distinta situación de partida está sujeta también a un interés en limitar que responde a distinta motivación. El sujeto actuante no debe hallarse a salvo de que se le «imputen» circunstancias no conocidas ni cognoscibles. Parece francamente absurdo el modo de plantear el problema de la teoría de la adecuación, al preguntarse si un observador objetivo, cuaidadoso en evitar lesiones de bienes jurídicos, en la situación del autor, con un proceder más prudente, sensato y concienzudo, se habría dado cuenta de que el espantapájaros no es un hombre y de que el arma no está cargada, pues incluir hechos no conocidos en el juicio de adecuación corresponde a distinta idea directriz que la eliminación de los hechos imaginados, de más, en la tentativa. El punto de vista para la selección utilizado por la teoría objetiva de la tentativa puede formularse así genéricamente: de los actos que el autor tiene por causales del resultado deben descartarse los «objetivamente no peligrosos», en tanto que los fines de la pena que marcan la pauta no requieren su penalización (66). También esta reflexión sirve a fin de cuentas para el mismo objetivo que la teoría de la adecuación: el de limitar la punibilidad. Pero el fundamento último de estos esfuerzos por limitar no reside, como en el caso de la teoría de la adecuación, en las condiciones de la motivabilidad por las normas, sino en la falta de necesidad de reaccionar frente a violaciones de la norma (¿meramente supuestas?).

De este modo se ha puesto de manifiesto suficientemente —no otro es el propósito de las consideraciones precedentes—, que los baremos de la teoría de la adecuación que limitan la imputación de hechos relevantes objetivamente dados, no tienen nada en común con aquellos aspectos que sirven de única medida para la relevancia de las circunstancias erróneamente supuestas.

2. Los intentos que, sobre la base de la teoría subjetiva, recurren a la idea de la adecuación como principio limitador, fundamentan desde el principio el juicio sobre el carácter apropiado, idóneo o peligroso de la acción sólo en las circunstancias que el autor se representó, pero también en todas ellas: «La base puede versar, única y exclusivamente, sobre la representación que el autor se había formado de

---

(66) Cfr., p. ej., MEZGER, *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, p. 397.

la situación circundante en el instante del hecho» (67). Esta base fáctica, ciertamente, no es tampoco idéntica a la de un juicio de adecuación limitado a las circunstancias representadas en el que a la vez éstas concurren objetivamente por completo. El juicio de adecuación se basa, por lo tanto, en una situación «reflejada en la mente del autor» (*abgebildet*); la tentativa, por el contrario, en una situación «imaginada» (*eingebildet*) (68). Pero en ambos casos es el mismo punto de vista —obtenido del modo en que operan las normas— para la selección de los hechos relevantes.

A esta base fáctica, así caracterizada, se aplican las reglas nomológicas, objetivamente válidas, es decir, existentes con independencia del conocimiento del sujeto. Sólo este segundo paso en el juicio de adecuación reduce tajantemente la punibilidad por tentativa, eliminando todos los casos de suposición errónea de relaciones nomológicas (69).

Este proceder coincide sustancialmente con el principio, aquí fundamentado, de que la causalidad es elemento del tipo objetivo y, forzosamente, también del tipo subjetivo. Su único defecto radica en que, como se ha indicado *supra*, no integra los elementos del juicio de adecuación en los componentes del tipo legal (objetivo y subjetivo), exponiéndose así al reproche de «formar una especie de mosaico de elementos objetivos y subjetivos» (70).

#### d) *El delito putativo*

El delito putativo no es un fenómeno con entidad propia —razón por la cual no necesita una determinación conceptual segura—, sino que sólo ofrece una denominación genérica, no comprobada concluyentemente, para ciertos casos próximos a los de dolo. No se realiza aquí —como sí ocurre en la tentativa— tipo objetivo alguno. Generalmente, en él sólo da pie para la comprobación de la punibilidad la representación del autor de que lleva a cabo algo punible o al menos prohibido; un delito putativo sin que se imagine cometer injusto, es decir, un delito putativo en error de prohibición, parece ser un contrasentido.

---

(67) Graf zu DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, 1910, p. 60. GRAF ZU DOHNA no se conforma, en efecto, con las limitaciones de la punibilidad por tentativa que se derivan de la teoría de la adecuación, sino que recurre adicionalmente a la teoría de la «falta de tipo» (*Mangel am Tatanbestand*).

(68) Formulación en que se emplea la terminología de VON GEMMINGEN (nota 54), p. 127.

(69) GRAF ZU DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, p. 59. Esta limitación se debería añadir, en las teorías objetivas de la tentativa, a las ya obtenidas mediante el primer paso en la formación del tipo. Pero tal consecuencia se pasa por alto completamente.

(70) Así von GEMMINGEN (nota 54), p. 131.

El principio para trazar los límites entre la tentativa y el delito putativo es claro: se trata sólo de comparar el hecho representado con los conceptos típicos y no, a la inversa, de ampliar éstos de acuerdo con las suposiciones del sujeto. Es fácil de manejar este principio cuando, por decirlo así, «todo» el tipo o «toda» la norma prohibitiva o prescriptiva existe sólo en la imaginación del agente (71). En el adúltero que considera punible su actuar, no se encuentra ningún principio razonable para un intento de subsunción (*Subsumtionsversuch*). La delimitación se presenta más difícil cuando el agente, según se suele expresar, subsume su comportamiento erróneamente en un tipo penal «válido» (72). Pero no se trata de exponer aquí los diversos intentos de distinguir, sino sólo el resultado dogmático indiscutido: el delincuente putativo actúa sin dolo (de tipo) (73). Ahí reside el paralelismo estructural —referido a otro ámbito de elementos del tipo— entre el delito putativo y la causalidad putativa. Sin embargo, puede hallarse una nota distintiva en que en el delito putativo se imaginan normas de valoración, que proporcionan sentido o significado, o éstas se transfieren a sustratos no abarcados por ellas, mientras que en los casos de causalidad putativa se aprecia erróneamente la validez o el alcance de leyes causales: allí hay un error normativo; aquí, nomológico.

e) *El contenido del dolo según la doctrina de la imputación objetiva*

La doctrina de la imputación objetiva dice proponerse enriquecer el tipo objetivo, más allá de la mera causación del resultado típico, con ulteriores elementos relevantes para el injusto, de modo que sólo éstos fundamentarían la «atribuibilidad objetiva» del resultado. De donde se deduce que también el objeto de referencia del dolo debe ser un «resultado objetivamente atribuible» (74). Esta nueva determinación del objeto del dolo, a pesar del dogma de la identidad del dolo de consumación y del de tentativa, no ha mostrado hasta ahora

---

(71) Cfr. RGSt 42, 92; ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 n.º marg. 79; RUDOLPHI, en: SK StGB, § 22 n.º marg. 31; SCHMIDHÄUSER, Allg. Teil, 15/31, WEESSELS, Allg. Teil, p. 183.

(72) Los inconvenientes comienzan ya al intentar formular correctamente la situación problemática a que aquí se alude, pues el tipo penal en el que el agente realiza la subsunción no existe en la forma supuesta. El que haya un tipo similar no justifica la afirmación de que el agente lleva a cabo la subsunción en una norma válida.

(73) ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 n.º marg. 79, 31; SCHMIDHÄUSER, Allg. Teil, 15/31; H. SCHUMANN, JZ 1987, p. 525 y s., con remisión bibliográfica.

(74) Cfr. RUDOLPHI, en: SK StGB, § 16 n.º marg. 7, 31; WOLTER, GA 1977, 263; el mismo, ZStW 89 (1977), pp. 673 y s., 679 y s.; FRISCH, Vorsatz und Risiko, 1983, pp. 118 y ss., 210 y ss.; el mismo, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1989, p. 574 (con bibliografía en nota 26).

consecuencia alguna para la problemática de la tentativa (75). Y, con todo, debería conducir a negar ya el tipo subjetivo en casos de acciones sólo putativamente idóneas.

La doctrina de la imputación objetiva se basa en un determinado entendimiento del modo en que funcionan las normas de conducta para, desde ese punto de partida, buscar criterios de atribución. Es representativo el planteamiento con el que Rudolphi (76) fundamenta la necesidad de presupuestos adicionales de imputación: «Objeto de las normas penales pueden serlo *sólo* aquellas acciones de cuya ejecución se espera, según el saber experimental de nuestro tiempo, la producción del resultado del injusto típico o su evitación, como posible, como más o menos probable o incluso como segura» (77). Puesto que también la tentativa es objeto de las normas penales, éstas sólo abarcan igualmente, según su ámbito de dominio acabado de definir, acciones que conforme al saber experimental de nuestro tiempo hacen esperar la producción del resultado. Si se aprecia en el saber experimental un patrón nomológico de validez general y no meramente reglas de experiencia supuestamente válidas, entonces las acciones putativamente idóneas caen fuera del concepto de dolo y del de tentativa.

Sin embargo, por el contrario, la doctrina de la imputación objetiva parte, en el ámbito de la tentativa, de concepciones tradicionales, conforme a las cuales la capacidad de imaginación nomológica es la única instancia fundamentadora de la punibilidad, abandonando sus premisas arriba mencionadas.

f) Repasando los distintos intentos de trazar límites de la penalidad se pone de manifiesto lo siguiente: la diferencia estructural entre la tentativa nomológicamente idónea (dolo de causar) y la tentativa nomológicamente inidónea (causalidad putativa) resulta en parte claramente conocida, y en parte, como consecuencia de determinados planteamientos dogmáticos, inequívocamente esbozada. El hecho de que no se haya impuesto se debe, por una parte, a la falta de suficiente enlace dogmático del concepto de dolo con el tipo objetivo y, por otra, al ya citado monismo en la fundamentación de la pena, con el que se identifican todas las teorías de la tentativa.

## 5. El tipo subjetivo del § 23.3. del StGB

El § 22 del StGB comprende también, según la opinión general, a la tentativa inidónea. Ello se deduce no sólo del § 23.3 del StGB,

---

(75) No obstante, cfr. TRIFFTERER, *Oesterreichisches Strafrecht*, Allg. Teil, 1985, p. 360; el mismo, *Festschrift für Klug*, 1983, p. 442; SCHMOLLER, *ÖJZ* 1982, 491.

(76) RUDOLPHI, en *SK StGB*, antes del § 1 n.º marg. 57.

(77) El subrayado es mío.

sino también de que el fundamento para enjuiciar el comienzo directo (y la posterior ejecución) lo constituye la «representación del hecho». Esta representación puede tener por objeto, ciertamente, como se ha expuesto, la realización de circunstancias que cumplen un tipo, o sea, está referida al tipo; pero el § 22 no requiere que siquiera una parte de las circunstancias fácticas representadas sea objetivamente existente, sino que dispone la punición por tentativa sin consideración a las dimensiones de la ausencia de circunstancias fácticas objetivas.

En cambio, la tentativa putativamente idónea no se encuentra abarcada por el tenor literal del § 22 del StGB (78). Su punibilidad está presupuesta, según doctrina unánime, al menos en el § 23.3 del StGB (79), opinión fundamentada en cómo surgió históricamente este precepto:

Los elementos singulares de la regulación del § 23.3 del StGB tienen de por sí una larga tradición, que se remonta a los comienzos de los preceptos sobre punición de la tentativa inidónea de los Derechos particulares (*Partikularrechte*) de siglo pasado (80). Objeto de estas regulaciones era la punibilidad o la punición atenuada de casos de causalidad putativa. Tras entrar en vigor el Código penal del Reich vuelven a aparecer en los intentos de reforma, desde principios de este siglo, propuestas para resolver la problemática de la idoneidad (81). Como fruto —bien que aún no maduro— de estos trabajos previos se introdujo el § 23.3 del StGB por medio de la Segunda Ley de

(78) *Vid. supra* 3 b).

(79) DREHER/TRÖNDLE, § 23 n.º marg. 6; LACKNER, StGB, § 23 nota 3d; ROXIN y otros, *Einführung in das neue Strafrecht*, p. 19; ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23 n.º marg. 17; WESSELS, *Allg. Teil*, p. 183; VOGLER, en: LK, § 22 n.º marg. 34.

(80) Cfr. las breves exposiciones en von SCHWARZE, en HOLTZENDORF, *Handbuch des Strafrechts*, t. 2, p. 299; BAUMGARTEN, *die Lehre vom Versuche des Verbrechen*, 1888, p. 276; FRANK, *VDA*, t. V, 1908, pp. 246 y s.

(81) En primer anteproyecto, que comprende todo el Código penal, aún no contiene ninguna regulación. El contraproyecto de 1911 (presentado por KAHL y otros) excluye lacónicamente de la punibilidad la tentativa putativamente idónea en su § 19: la tentativa queda «impune si el autor ha emprendido la ejecución conociendo circunstancias cuya efectiva concurrencia haría que la consumación quedase descartada». El § 13 del Proyecto de 1913 prevé sólo una atenuación de la penalidad cuando la tentativa no pudo «conducir de ningún modo a la consumación». Igualmente impreciso es el § 24.2 del Proyecto de 1919. El de 1922 (RADBRUCH) prevé en el § 24.2 la impunidad con los mismos requisitos que el vigente § 23.3. El siguiente Proyecto oficial de 1925 precisa los requisitos de la impunidad en el § 23.4: «desconocimiento burdo de leyes naturales», exceptuando de la punibilidad sólo algunos casos de causalidad putativa. En el § 26.3 del Proyecto de 1927 se vuelve a tender, como en el § 26.3 del Proyecto de 1930 KAHL, a la imposibilidad de consumación por la clase del medio o del objeto. Los Proyectos del Tercer Reich (§ 7.3 del de 1935, § 9.3 del de 1936, § 7.3 del de 1938) vinculan la atenuación de la pena sólo a la «burda insensatez». Los §§ 2.6.e del Proyecto de 1958 y 27.3 de los de 1959, 1960 y 1962 equivalen al Derecho vigente. El § 25 del Proyecto Alternativo (2.ª ed. 1969) prevé la impunidad del actuar no peligroso debido a burda falta de juicio. Según el § 17.4 del Proyecto de BAUMANN (1963), en casos de «tentativa burdamente insensata» sólo puede prescindirse de la pena.

Reforma del Derecho penal (82). En el segundo informe escrito de la Comisión de Reforma Penal se menciona como ejemplo de aplicación del precepto un supuesto extraído del ámbito de la causalidad putativa; tentativa de asesinato administrando una dosis escasisima de calmante (83). Aún más clara es la fundamentación del § 77.3 del Proyecto de 1962, idéntico al § 23.3 del StGB con excepción de algunas modificaciones de estilo; allí se designa como ámbito de aplicación la «ignorancia de las leyes naturales más elementales» o «una representación completamente descaminada de las relaciones causales conocidas por la generalidad» (84).

Esta breve mirada retrospectiva hacia la historia lo que demuestra es que el legislador ha creído atenuar, con el § 23.3 del StGB, las consecuencias penales (también) para la tentativa nomológicamente inidónea. La interpretación histórica no proporciona, por el contrario, pruebas de una intención en el legislador de volver a conminar con pena el actuar putativamente causal, por vez primera desde el Derecho particular de la primera mitad del siglo pasado, ya que la voluntad de limitar una dimensión de la punibilidad, erróneamente supuesta, no abarca el fin de introducir legalmente la punibilidad en esta dimensión.

Sin embargo, aun cuando se pretenda encontrar en la interpretación histórica indicios suficientes de una intención en el legislador de criminalizar la tentativa nomológicamente inidónea, todavía queda la cuestión de si esta voluntad del legislador ha encontrado expresión suficientemente en el tenor literal del nuevo precepto.

La ley menciona casos en los que «la tentativa» de ningún modo habría podido conducir a la consumación, enlazando así con la definición de la tentativa en el § 22 del StGB, pretendiendo, según su tenor literal, una ulterior atenuación de las consecuencias jurídicas para determinados casos de la tentativa abarcados en general en el § 22 del StGB (85). Ahora bien, si el actuar sólo putativamente idóneo cae ya fuera del § 22 del StGB afecta a la tentativa putativamente idónea.

Tampoco si se le considera aisladamente, es decir, sin integrarlo en la regulación del § 22 del StGB, está de ningún modo acuñado el § 23.3 del StGB para los casos de causalidad putativa. El precepto tiene en cuenta dos razones del fracaso del intento, consistentes en que la consumación no podía producirse a causa de «la clase del objeto del hecho, o del medio con el que se llevaría a cabo».

Si, para comenzar, se pregunta acerca de lo que debe entenderse

---

(82) De 4 de julio de 1969, BGBI. I, p. 717.

(83) BT-Drucksache V 4095, p. 12. Cuestión totalmente distinta es que éste no es un ejemplo útil de «burda falta de juicio».

(84) BT-Drucksache IV 650, p. 145.

(85) GÖSSEL, GA 1971, 230.

por el «objeto» sobre el que hecho habría de recaer, se ve uno remitido a delitos en los que el tipo legal describe un determinado objeto del hecho, lo cual significa que la representación del agente debe contener todas las circunstancias que realizaron el concepto legal del objeto del hecho. En esta medida se superponen los requisitos típicos de los § 22 y 16 del StGB. Pero de aquí no se desprende que se quisiera aplicar el § 23.3 del StGB a «objetos imaginarios» (*Wahnobjekte*) y, por ejemplo, castigar por furtivismo al que quiere dar caza al unicornio.

Si por «medio» —al igual que ocurre con el «objeto»— sólo se entendiese un medio descrito con mayor precisión en el tipo legal, sólo vendrían en consideración para estimar esta alternativa los tipos de delitos que requieren emplear medios especiales para el hecho, como p. ej. los §§ 223a o 244 del StGB. Esta interpretación, que discurre paralelamente al concepto de objeto, es evidente, porque objeto y medio se mencionan de una sola vez, pero ni siquiera se la tiene en cuenta —testimonio elocuente de con qué lejanía del tipo opera la interpretación al uso. El concepto de medio, como no especificado, pero aun así típico, aparece también allí donde la ley requiere una relación causal entre acción y resultado no caracterizada pormenorizadamente. Como elemento del tipo objetivo, el «medio» es idéntico a un factor causal que aparece en una ley causal de validez general. El dolo del «medio» debe referirse, por tanto, a una circunstancia que realiza una ley causal. Este concepto amplio de medio como factor causal tampoco incluye a las acciones sólo putativamente idóneas.

Bien es cierto que el lenguaje permite entender por «medio» también los factores nomológicamente inidóneos, sólo tenidos por eficaces como consecuencia de una ley causal imaginaria. Esta interpretación se ve apoyada por el reconocimiento legal de la «burda insensatez» (*grober Unverstand*), que debe tener por contenido «no representaciones erróneas sobre hechos, sino sólo errores sobre las leyes del acontecer» (86). Pero esta interpretación no sólo contradice el contexto («objeto», «tentativa»), sino que convierte al § 23.3 del StGB, incrementando su valor, en una norma constitutiva de la punibilidad, que sobrepasa a la definición del § 22 del StGB, suponiéndole al concepto de medio, en conexión con la cláusula de la «insensatez», una función de ampliar el tipo. De acuerdo con este principio, tampoco puede quedar excluida la protección penal del unicornio.

Así se ponen de manifiesto las dificultades a las que conduce la interpretación del tipo subjetivo del § 23.3 del StGB. Esta cuestión no se ha de decidir aquí definitivamente. Baste, por lo pronto, abrir una brecha de duda en el bastión dominante, hasta ahora indiscutido.

Al mismo tiempo, las dificultades expuestas conducen de nuevo

---

(86) ROXIN (nota 79), p. 19; asimismo, JESCHECK, Allg. Teil, p. 479; VOGLER, en: LK, § 23 n.º marg. 35.

a la idea básica: el pecado original de todas las teorías de la tentativa reside en acceder irreflexivamente a la causalidad putativa. En el capítulo dedicado a concluir y recapitular se aludirá al significado —hasta ahora pasado por alto— de la categoría de la causalidad putativa para el contenido y las tareas de las teorías de la tentativa.

## 6. Las teorías de la tentativa a la luz de la causalidad putativa

La presente investigación ha servido para recordar la categoría aquí dominada causalidad putativa, que, sustancialmente, no era ninguna dimensión desconocida en las primeras discusiones sobre el tratamiento de la tentativa inidónea. Pero la distinción entre el comportamiento putativamente idóneo y el realmente idóneo recibe aquí por vez primera un fundamento dogmático seguro, consistente en que la causalidad (general) es elemento del tipo objetivo, el cual describe por su parte con carácter cerrado el objeto del dolo (§ 16 del StGB). Consecuentemente, la suposición de relaciones causales, que no se pueden subsumir en una ley causal y por tanto tampoco en un tipo objetivo, excede al concepto de dolo válido para el delito consumado.

«Está fuera de toda duda que en la tentativa el fenómeno contra el que se dirige la ley penal es la voluntad delictiva...» (87). Así formulaba el RG el fundamento de punición de la tentativa según la teoría subjetiva, y a él se ha sumado el legislador de la reforma de 1969 (88). El carácter delictivo de la voluntad puesta en práctica se ha venido fundamentando, y aún hoy se fundamenta, con la afirmación de que el tipo subjetivo de la tentativa es idéntico al del delito consumado (89), suposición compartida por todas las clases de teorías de la tentativa, objetivas y subjetivas. Lo cual significa que su pretensión de fundamentar o explicar la punición de la tentativa alcanza, como máximo, tanto como el tipo subjetivo de la consumación.

Esta situación descarga a las teorías subjetivas de la tentativa —respetuosas con los límites del tipo— de diversas acusaciones.

En primer lugar, es corriente el reproche de «hipertrofia de la punibilidad». La tendencia a ampliar la penalidad no es, sin embargo, como se suele suponer, «consecuencia lógico-sistemática» de la teoría subjetiva de la tentativa, sino simple producto de la confusión entre causalidad y causalidad putativa, en la que incurren todas las teorías de la tentativa. Esta confusión, por una parte, desacredita a la teoría subjetiva de la tentativa, y, por otra, sirve de caldo de cultivo para las teorías objetivas. Sólo la necesaria distinción entre causalidad y causalidad putativa libera a la teoría subjetiva de las excrecencias

(87) RGSt. 1, 439, 441.

(88) BT-Drucksache V 4095, p. 11.

(89) *Vid. supra* nota 12.

cias que le han sido achacadas y que ella misma había asumido, privado al mismo tiempo a la teoría objetiva del supuesto objeto de sus intentos de curación.

Igualmente se ha extendido la acusación de que la teoría subjetiva de la tentativa es una emanación de un Derecho penal del ánimo propio de un Estado policial o totalitario (90). Tal acusación no sólo es prematura, sino que se revela como un bumerán, pues también los «objetivistas» incluyen casi por completo la causalidad putativa en el tipo subjetivo de la tentativa, creando sólo así el espectro que ellos mismos, invocando el Estado de Derecho, exorcizan a continuación.

Finalmente, la categoría de la causalidad putativa relativiza la fuerza de convicción del argumento de que la tentativa inidónea no es el «prototipo de injusto» (91), pues como prototipo del injusto no viene en consideración, como críticamente se sugiere, la tentativa supersticiosa o putativamente idónea. Las deducciones de una doctrina del injusto orientada al tipo y fundamentada en la teoría de las normas muestran sólo a la tentativa acabada (92) y —como el análisis precedente pone de manifiesto— nomológicamente idónea, como contraria a la norma e injusto «completo».

Así pues, la teoría subjetiva de la tentativa que permanece fiel a su punto de partida sólo legitima la punibilidad por tentativa en un ámbito bastante reducido. Una punición que vaya más allá, que se extienda al terreno del actuar putativamente idóneo, requiere una fundamentación adicional de que —y en qué medida— también en el propósito nomológicamente inidóneo se halle una voluntad de delinquir similar a la de tentativa. Seguramente, se puede hacer comprender la necesidad de pena, por ejemplo, en los casos de erróneas apreciaciones cuantitativas, no ostensibles, en el ámbito nomológico —por ej., en relación con la dosificación del veneno, el alcance del arma de fuego, la fuerza del golpe, la cantidad de explosivo, etc. Pero no hay que perder de vista que aquí se trata de ampliaciones del tipo o, más exactamente, de formar nuevos tipos subjetivos mediante la descripción conceptual de una clase de procesos causales que sólo existen en la imaginación del agente. En caso de que el § 23.3 del StGB criminalice la «causalidad putativa» hasta la insensatez burda, poniendo en manos del individuo un «privilegium odiosum

---

(90) KOHLRAUSCH, en: *Aschrott/Kohlrausch* (editores), *Reform des Strafrechts*, 1926, pp. 27 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, p. 377; von LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.<sup>a</sup> ed., 1932, p. 304; SPENDEL, *ZStW* 65 (1953), pp. 523, 531; el mismo, *NJW* 1965, 1882; el mismo, *Festschrift für Stock*, 1966, pp. 96 y s.

(91) HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), p. 242 nota 102; GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 159; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 192.

(92) STRUENSEE, *CPCr*, 1989, pp. 416 y ss.

de la legislación en perjuicio propio» (93), hay buenos motivos para dudar de que haya resuelto satisfactoriamente este problema (94). Pero aquí no se va a hacer ninguna crítica en particular. Más bien hay que reconocer el carácter básico de la tarea que la penalización de la cuasalidad putativa conlleva, como problema legislativo consistente en establecer nuevos tipos «de tentativa».

Con esta caracterización se obtiene al mismo tiempo un punto de vista orientador, que arroja nueva luz sobre los innumerables intentos de distinguir entre tentativa idónea punible (o relativamente idónea) y tentativa absolutamente inidónea, en la medida en que afectan a la causalidad putativa. No hay que valorar a priori estos esfuerzos como gratuitos o sin sentido, si se les interpreta —frente a su propia consideración— como búsqueda de motivos para la creación de tipos subjetivos adicionales. Entonces se explica también por qué todos y cada uno de los criterios propuestos siguen siendo discutidos y necesariamente vagos: porque se limitan a formular puntos de vista rectores de la ampliación de la penalidad y no alcanzan a proporcionar elementos ya preparados en los que se pueda realizar la subsunción. También la «teoría de la impresión» —tan difundida— recibe, bajo el aspecto de la formación del tipo, un sentido firme, estable.

Hasta hoy se ha ignorado que esta tarea legislativa afecta precisamente a la descripción de los elementos subjetivos de la punibilidad. Una de las causas que sirven de estorbo a esta idea es (de nuevo) la confusión de los distintos significados de «lo objetivo», la cual va acompañada de una notable subestimación de lo «meramente subjetivo» y, en consecuencia, pasa por alto diferencias estructurales básicas. Tener en cuenta estas distinciones en la esfera de lo subjetivo es también lógicamente clave para las teorías objetivas de la tentativa y fundamenta así, tanto para objetivistas como para subjetivistas, la tarea común de organizar desde el principio el tipo subjetivo del actuar putativamente causal «de modo objetivo», o sea, de encontrar «tipificaciones objetivas de hechos subjetivos» (95). Sólo después de ello se podrá discutir con sentido sobre si la puesta en práctica de la voluntad determinada a partir de aquí como «delictiva» es sólo presupuesto necesario, o ya suficiente, de la punibilidad. Sin embargo, es de suponer que, tras haber solucionado el problema de la formación del tipo, este debate ya no valga la pena.

---

(93) Formulación de LAMMASCH, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit des Verbrechensversuches*, 1879, pp. 77.

(94) En sentido crítico sobre la regulación del § 23.3 del StGB, GÖSSEL, GA 1971, 227 y ss., J. MEYER, ZStW 87 (1975), pp. 614 y ss.; ROXIN (nota 79), pp. 17 y ss.

(95) De este tenor la formulación de LOOS, en: *Rechtswissenschaft und Rechtswicklung*, 1980, p. 278, aludiendo, en cambio, a la sustitución de hechos subjetivos tipificados por la tipificación de hechos objetivos.

## A favor de unos principios orientadores de legislación penal

MIREILLE DELMAS-MARTY

Profesora en la Universidad de París-Sur. Codirectora de la Sección de Criminología del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París II (\*)

Frente a la galopante inflación de las leyes penales (1) surge la necesidad, la urgencia de promover una política penal, a la vez plural y coherente.

Haciendo hincapié en el problema, una circular de 7 de enero de 1985, del Primer Ministro, destinada a todos los ministros y secretarios de Estado, considera como «indispensable la mejora de las técnicas utilizadas en la elaboración o con ocasión de la aplicación de disposiciones penales que figuran en las legislaciones y reglamentos técnicos». La circular recuerda que «una vez que entran en vigor las normas penales, la Administración de Justicia ha de aplicarlas», también invita a «introducir alternativas eficaces en las soluciones penales». Y para ello el Ministerio de Justicia ha sido designado para «jugar un papel decisivo en la definición del lugar que el Derecho Penal ha de ocupar en las legislaciones y reglamentaciones de esta naturaleza» (2).

Es decir la necesidad de renovar. La necesidad de redefinir los criterios de una racionalidad penal, que no puede fundarse de forma única y exclusiva en la lógica lineal de un código, y debe adaptarse a la complejidad del mundo actual (3).

---

(\*) Traducido por M. Angeles Cuadrado Rúa, profesora del Departamento de Derecho Penal y Procesal, de la Universidad de Sevilla.

(1) Sobre la inflación de las leyes penales, v. nota, en esta Revista (nota del traductor: la Revista a la que se hace mención es: *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* n.º 2 avril-juin 1985). J.J. DE BRESON, «Inflation de lois pénales et législation ou reglementations techniques», p. 241; M. DELMAS-MARTY «l'enjeu d'un code pénal, réflexions à propos de l'inflation des lois pénales en France», en *Mélanges Legros*, Bruxelles, 1985. 165.

(2) V. *Infra*, Informaciones, p. 397.

(3) Sobre la problemática general de la codificación, v. G. TULKENS, «La réforme du code pénal en Belgique. Question critique». *Déviance et Societé*, 1983. 197; «La réforme du code pénal: vers quelle stratégie du changement», en *Pouvoir mon beau souci*, Bruselas. 1984, p. 380 y ss.

En Francia, el momento era particularmente favorable: la parte general del Anteproyecto de Código penal estaba concluyéndose, y era necesario examinar la Parte Especial, que comprendía muchos textos dispersos, por lo general fuera del Código (concretamente: impuestos, aduanas, legislación laboral, sociedades, medio ambiente, urbanismo, salud pública, etc).

Pero evidentemente, esta necesidad no existe sólo en Francia. En 1984, durante el seminario organizado en Helsinki por el Instituto Europeo, afiliado a Naciones Unidas (4), se analizó la racionalidad del sistema penal, y ésta supondría tres condiciones: «una elección entre diversas decisiones alternativas, información acerca de la decisión con un mayor fundamento, y criterios para juzgar el valor de las diferentes soluciones, partiendo de esta información».

Primero una elección. Es decir, el rechazo del automatismo entendido como el recurso a la ley penal como única respuesta a una situación conflictiva; o el automatismo de la prisión como única pena eficaz, solución singular y milagrosa para todo, robo, agresiones y lesiones, fraude fiscal, corrupción, polución, etc. Tanto en un caso como en otro, lo mecánico implica una tal rigidez de las respuestas que parece poco propicio al ajuste permanente que supondría la adecuación del Derecho a los hechos.

Ciertamente, la diversificación actual de las sanciones hace posible una opción. Elección en el momento de elaboración de las leyes, si admitimos que la ley penal no es la única respuesta a las situaciones de conflicto, y que otras sanciones no penales, son a veces más adecuadas. Opción también en el momento de aplicación de las leyes: enviar el asunto a otras ramas jurídicas (penal, civil, disciplinaria, administrativa, sanitaria...), cuando otras muchas vías son legalmente posibles: y además, elección de la pena dictada por el juez penal (penas clásicas de multa o prisión, o penas alternativas, como días de multa, el trabajo de interés social, etc.).

Pero no es suficiente. La posibilidad de un cambio no aporta en sí misma un suplemento de racionalidad si no se hace más que sustituir el mecanismo: una especie de casualidad que pasa inadvertida, según la cual, la decisión se tomará sin control entre el abanico de posibilidades: en un caso determinado el legislador habría previsto una sanción penal y en otro una sanción civil o administrativa, sin que se trate de una decisión fundamentada. Lo mismo ocurre cuando la Policía o el Fiscal deciden archivar un asunto o enviarlo al juzga-

---

(4) V. Effective, Retention and Human Justice, publicaciones HEUNI (Helsinki, Institute for Crime, Prevention and Control Affiliated with the United Nations), núm. 3, 1984. Reseña Rv. sc. crim., 1984. 586. Adde, el segundo tema incluido en el VII Congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes: «Procesus et perspectives de la justice pénale dans un monde en évolution et le projet de résolution «Principes directeurs relatifs à la prevention du crime et à la justice pénale», 30 de marzo de 1984 (*infra*, Informaciones, p. 413).

do, o el juez decide dictar una pena u otra, sin que una motivación suficientemente explícita y precisa dé un sentido a estas decisiones, a veces arbitrarias.

De ahí la segunda condición: que se disponga de información: información sobre la tipología y frecuencia de los comportamientos que el legislador prevé incriminar, o también sobre las diversas características del hecho que deba juzgarse.

En fin, la información no garantiza por sí misma la racionalidad de las decisiones, y un exceso de información es a veces tan perjudicial como la falta de información, implicando igualmente el mismo riesgo de deformación. De ahí la importancia de la última condición: la existencia de criterios suficientemente precisos para considerar el valor de las posibles soluciones, a partir de la información disponible.

Entre el rechazo del automatismo, y el rechazo del puro azar, la vía hacia una racionalidad, que podría definirse provisionalmente como una «subjetividad dirigida», es, en definitiva estrecha. Subjetividad, puesto que el único medio de evitar lo mecánico, es dejar un cierto espacio a la apreciación personal, a la conciencia íntima de aquel que decide, ya sea el legislador o el juez. Pero esta subjetividad estaría relativamente determinada, para reducir lo aleatorio del azar, de acuerdo con referencias, esquemas, líneas o principios orientadores que permitan a la decisión situarse en el laberinto de múltiples salidas, en una organización social y jurídica cada día más compleja y diversa.

Esta tendencia aparece ya, aunque fragmentada, por todo el mundo occidental: principios de «sentencing», para los jueces, en los países del «common law»; principios de legislación penal en la tradición legalista o mixta (5).

De ahí la propuesta de unos principios orientadores, ante todo de legislación, que participando en el movimiento occidental actual,

(5) Sobre el desarrollo de los principios de «sentencing» en los Estados Unidos, v. FOGEL, «Le débat américain sur la politique du sentencing, dix années de débat». Archives de politique criminelle, núm. 5, 1982, p. 225 y para Canadá, las proposiciones del Gobierno para crear una comisión de determinación de la pena, v. La determinación de la pena, 1984. La cuestión no parece, por otra parte, limitada a los países de «Common law», v. not. para la República Federal de Alemania, Coloquio franco-alemán de magistrados, Tréves, octubre de 1983, Theune, Principes régissant l'appréciation des peines. Adde, por un modelo informático de ayuda a la decisión del juez, R. V. DE MULDER y H.M. GUBBY. «Legal Decision Making by Computer: an Experiment with Sentencing». Computer Law Journal, 1983, núm. 2, p. 243 y ss.

Sobre los principios de legislación, v. not., en Canadá, el informe de la Comisión de reforma de Derecho, Notre Droit Pénal, 1976 y el texto que define la política penal del Gobierno canadiense, Le droit pénal dans la société canadienne, 1982 (not. pp. 60 y ss. se enuncia el objeto de los principios del derecho penal).

Igualmente, en Italia, la circular de 19 de diciembre de 1983 sobre «los criterios de orientación sobre la opción entre sanciones penales y sanciones administrativas» en esta Revista (nota del traductor: la Revista a la que se hace mención es: *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1985), núm. 3.

se inscribirían más directamente en la cultura jurídica francesa y europea.

En nuestra tradición, el *ius puniendi* es monopolio del Estado, pero no debe por ello devenir arbitrario: «la ley ha de defender a la sociedad de las acciones nocivas» (art. 5, Declaración de los derechos del hombre, 1789) y «la ley sólo debe establecer las penas estrictamente necesarias» (art. 8). La manifestación explícita del siglo XIX «no es más justo, lo que no es más útil», esta concepción liberal del derecho de punir, se expresa igualmente hoy en día a través de la jurisprudencia europea (principio de proporcionalidad de la sanción, desarrollado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

El método propuesto revivificaría los principios de justicia y utilidad, haciéndolos funcionar de acuerdo con dos series de indicadores: indicadores de la proporcionalidad, que se inscriben en el corazón de la idea de justicia, e indicadores de la efectividad que fundamentan la utilidad del derecho.

## I. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA Y LOS INDICADORES DE PROPORCIONALIDAD

Excluidas las consideraciones referentes a la persona del delincuente (apreciadas en cada asunto por el Fiscal, y por el Juez) el legislador penal dispondrá de tres series de indicadores de proporcionalidad. Cada uno podría ser numerado de 1 a 3 según las características de comportamiento que pretendamos «incriminar».

— Los caracteres del delito: simple inobservancia de los reglamentos, delito imprudente, delito doloso.

— El bien jurídico protegido: bienes comunes o bienes en conflicto, bienes protegidos por el Derecho interno (principalmente por la Constitución), bienes protegidos por los tratados internacionales ratificados.

— La naturaleza del resultado: tentativa, puesta en grave peligro, ataque efectivo al bien jurídico protegido.

Cuando los indicadores fuesen totalmente favorables a la penalización o totalmente desfavorables (3.3.3. ó 1.1.1.), la decisión se podría tomar a partir del principio de justicia (6).

(6) Nota del traductor. Cuadro aclaratorio:

1. Inobservancia de Reglamentos	2. Delito imprudente	3. Delito doloso
1. Bienes comunes	2. Bienes protegidos en la Constitución	3. Bienes protegidos en Tratados Internacionales
1. Tentativa	2. Puesta en grave peligro	3. Ataque efectivo al beneficio

Cuando los indicadores fuesen vagos, dudosos (2.2.2., 3.1.2., etc.), intervendría el principio de utilidad, a título complementario.

## II. EL PRINCIPIO DE UTILIDAD Y LOS INDICADORES DE EFECTIVIDAD

El principio de utilidad afecta a las funciones que se pueden razonablemente esperar de la incriminación penal. En esta fase de elaboración de las leyes, no se puede, evidentemente, introducir la diferenciación de funciones atribuidas a cada tipo de pena, que ya se ha tenido en cuenta en la Parte General del Código Penal, —determinación de las penas aplicables—, ni tampoco en el momento de aplicación de las penas por el Juez, —principios de «sentencing» que convendría definir igualmente (v. *supra*).

Analizado esto, y limitando así la decisión inicial de incriminar, —o de no incriminar—, la utilidad del Derecho penal es, generalmente, estudiada desde tres perspectivas: instrumental, simbólica y pedagógica (7). Así podrían establecerse tres indicadores complementarios de efectividad (igualmente numerados cada uno de 1 a 3).

— La efectividad instrumental (efecto de protección): según la capacidad del aparato penal (policía, justicia, ejecuciones de las penas) para tratar el contencioso en que se basa la incriminación.

La utilización de este indicador supone un estudio que incluiría la evaluación de la frecuencia de los comportamientos y de los costes materiales y humanos de la detección de las infracciones y de su constatación, de la persecución y del juicio, de la ejecución de las penas, así como de las consecuencias probables sobre los diferentes sectores de la sociedad.

— La efectividad simbólica (efecto de cohesión): La incriminación marcaría la protección del cuerpo social, dependiendo del grado de homogeneidad de éste.

La utilización de este indicador supone un análisis sociológico de manifestaciones individuales y colectivas (8), que permitan evaluar la existencia de un legítimo disintimiento (particularmente visible en el momento en que se trate de manifestaciones incompatibles, expresadas de forma colectiva y organizada por grupos de presión en situaciones conflictivas); «o» un pluralismo marcado, bien por la superposición, no necesariamente conflictiva, de representaciones diferentes,

---

(7) V. not. M. Van de KERCHOVE, «Simbolique et instrumentalité, Strategies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste», en *Punir mon beau souci*, Bruselas, 1984, p. 123 y ss.

(8) V. not. la matriz de Louise Dirn que identifica 81 tendencias de la evolución de la sociedad francesa y precisa las relaciones que se mantienen entre ellas, *Travail de l'Observatoire française des conjonctures économiques*, O.F.C.E., 1984.

o bien, por una cierta indiferencia hacia el bien protegido; «o» un verdadero consenso.

— la efectividad pedagógica (efecto de aprendizaje): dependerá de las posibilidades de acceso material (difusión de las leyes, eventualmente, a través de la telemática) e intelectual (legibilidad de los textos normativos).

La utilización de este indicador supone un análisis que conecta con las técnicas de comunicación.

«En definitiva», concebidos como una ayuda a la hora de decidir, los principios orientadores, se dirigirían ante todo, a las asesorías jurídicas de los ministerios encargados de redactar los Proyectos de leyes. De la misma forma, podrían facilitar al Parlamento un instrumento de coherencia de la política penal nacional. Y —¿por qué no? de una política penal europea (9). Pero, precisamente, no se trata más que de un instrumento para aclarar las opciones del legislador, sin pretender sustituirlo.

El Parlamento debe, obviamente, conservar el poder de decisión. Incluso el poder de incriminar a pesar de que los indicadores sean desfavorables, o de no incriminar a pesar de que sean favorables. Con la única condición de que la opción sea clara y a la vez explícita y deliberada. Y este es el papel de los principios orientadores, nacionales o europeos, ofrecer esta transparencia, verdadero fundamento de toda democracia.

---

(9) Comp. «Le droit pénal et les libertés dans l'Europe des dix, inventaire des choix communs», XII Jornadas de Estudios del Instituto de Criminología de París, 14 y 15 de junio de 1984, pp. 598 y ss.

# SECCION LEGISLATIVA

## Legislacion (\*)

### **TRATADO DE EXTRADICION ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPUBLICA DE VENEZUELA, DE 4 DE ENERO DE 1989 («B.O.E.» 8 de diciembre de 1990)**

El Reino de España y la República de Venezuela, conscientes de los profundos y tradicionales vínculos históricos que unen a ambas Naciones y deseando traducirlos en instrumentos jurídicos de cooperación en todas las áreas de interés común y entre ellas la de cooperación judicial, han resuelto concluir un Tratado de Extradición en los siguientes términos:

#### ARTÍCULO 1

Las Partes Contratantes se obligan, según las reglas y condiciones establecidas en los artículos siguientes, a la entrega recíproca de las personas a quienes las autoridades judiciales de una de las Partes persiguieren por algún delito o buscasen para la ejecución de una pena o medida de seguridad impuesta judicialmente que consista en privación de libertad.

#### ARTÍCULO 2

1. Darán lugar a extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena o medida de seguridad privativas de libertad, cuya duración máxima no sea inferior a dos años, prescindiendo de las circunstancias modificativas y de la denominación del delito.

2. Si la extradición se solicitare para la ejecución de una sentencia, se requerirá además que la parte de la pena o medida de seguridad que aún falta cumplir no sea inferior a seis meses.

3. Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y no concurriesen en algunos de ellos los requisitos de los párrafos 1 y 2, la Parte requerida podrá conceder también la extradición de estos últimos.

4. La extradición procede respecto a los autores, cómplices y encubridores cualquiera que sea el grado de ejecución del delito.

---

(\*) Sección elaborada por la redacción de la Revista.

**ARTÍCULO 3**

También darán lugar a extradición, conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en Tratados multilaterales en los que ambos países sean Parte.

**ARTÍCULO 4**

1. En materia de delitos fiscales, contra la Hacienda Pública, de contrabando y relativos al control de cambios, la extradición se concederá con arreglo a las disposiciones de este Tratado, si los hechos reúnen los requisitos del artículo 2.

2. La extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en estas materias que la legislación de la Parte requirente.

**ARTÍCULO 5**

1. Para que proceda la extradición es necesario que el delito que la motiva haya sido cometido en el territorio del Estado requirente o que, cometido fuera de dicho territorio, tenga el Estado requirente jurisdicción para conocer de ese delito.

2. El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando, según su propia legislación, sea competente para juzgar a la persona cuya extradición se solicita por el delito en que se funda la petición. Si la extradición es denegada por este motivo el Estado requerido someterá el caso a las autoridades competentes y comunicará la decisión al Estado requirente, a petición de éste.

**ARTÍCULO 6**

1. No se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La sola alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará como un delito de tal carácter. A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos:

a) El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia.

b) Los delitos comprendidos en Tratados multilaterales que impongan a las Partes, en caso de no conceder la extradición, someter el asunto a sus propias autoridades judiciales, y

c) Los actos de terrorismo, entendiéndose por tales:

Los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos;

El rapto, la toma de rehenes o el secuestro arbitrario, y

La utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas.

2. Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tuviere fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la

finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o bien que la situación de aquella pueda ser agravada por estos motivos.

#### ARTÍCULO 7

La extradición por delitos estrictamente militares queda excluida del campo de aplicación del presente Tratado.

#### ARTÍCULO 8

1. Cuando el reclamado fuere nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo con su propia ley. La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición y siempre que no hubiere sido adquirida con el fraudulento propósito de impedir aquélla.

2. Si la Parte requerida no accediere a la extradición de un nacional por causa de su nacionalidad deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito podrán ser remitidos gratuitamente por la vía prevista en el artículo 15.

Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

#### ARTÍCULO 9

1. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado podrá ser interpretado como limitación del asilo, cuando éste proceda. En consecuencia, la Parte requerida también podrá rehusar la concesión de la extradición de un asilado de acuerdo con su propia ley.

2. En caso de no accederse a la extradición por este motivo, será de aplicación lo previsto en el párrafo 2 del artículo anterior.

#### ARTÍCULO 10

No se concederá la extradición:

a) Cuando la persona reclamada hubiera sido condenada o debiera ser juzgada por un Tribunal de excepción o «ad hoc» en la Parte requirente.

b) Cuando de acuerdo a la Ley de alguna de las Partes se hubiere extinguido la pena o la acción penal correspondiente al hecho por el cual se solicita la extradición, y

c) Cuando la persona reclamada hubiera sido juzgada en la Parte requerida por el hecho que motivó la solicitud de extradición.

**ARTÍCULO 11**

1. No se concederá la extradición cuando los hechos que la originen estuviesen castigados con la pena de muerte, con la pena privativa de libertad a perpetuidad, o con penas o medidas de seguridad que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes.

Sin embargo, la extradición puede ser concedida, si la Parte recurrente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad o de que no será sujeta al cumplimiento de penas atentatorias a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.

**ARTÍCULO 12**

Si el reclamado hubiere sido condenado en rebeldía o ausencia, no se concederá la extradición si la Parte requirente no da seguridades de que el juicio que ha dado lugar a la sentencia ha respetado los derechos mínimos de defensa garantizados a cualquier persona acusada de un delito.

**ARTÍCULO 13**

1. Para que la persona entregada pueda ser juzgada, condenada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, la Parte requirente deberá solicitar la correspondiente autorización a la Parte requerida. Esta podrá exigir a la Parte requirente la presentación de los documentos previstos en el artículo 15.

2. La autorización podrá concederse aún cuando no se cumpliera con las condiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 2.

3. No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada hubiera tenido la posibilidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado al cual fue entregada, permaneciere en él más de treinta días o regresare a él después de abandonarlo.

**ARTÍCULO 14**

Cuando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será perseguida o sentenciada sino en la medida en que los elementos constituyentes del delito que corresponda a la nueva calificación hubieran permitido la extradición.

**ARTÍCULO 15**

1. La solicitud de extradición se formulará por escrito y será transmitida por la vía diplomática. Cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra la

designación de una autoridad central competente para recibir y transmitir solicitudes de extradición.

2. A toda solicitud de extradición deberá acompañarse:

a) En el caso de que el reclamado ya hubiera sido condenado, copia o transcripción de la sentencia debidamente certificada, así como certificación de que la misma no se ha cumplido totalmente, con indicación del tiempo de la pena o medida de seguridad que faltare por cumplir y, en su caso, las seguridades a que se refiere el artículo 12;

b) En el caso de que la extradición se refiera a una persona que no ha sido condenada, copia o transcripción debidamente certificada del auto de procesamiento, del auto de detención o prisión o de cualquier resolución judicial análoga según la legislación de la Parte requirente que contenga los hechos que se imputan y lugar y fecha en que ocurrieron;

c) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, si fuera posible, su fotografía y sus huellas dactilares;

d) Copia o transcripción de los textos legales que tipifican y sancionan el delito, con expresión de la pena o medida de seguridad aplicable, de los que establecen la competencia de la Parte requirente para conocer del mismo, así como también de los referentes a la prescripción de la acción o de la pena o medida de seguridad, y

e) Las seguridades sobre la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere el artículo 11, cuando fueren necesarias.

#### ARTÍCULO 16

1. Si los datos o documentos enviados con la solicitud de extradición fueren insuficientes o defectuosos, la Parte requerida lo comunicará lo más pronto posible a la Parte requirente, la cual deberá subsanar, dentro del plazo que fije la parte requerida, las omisiones o deficiencias que se hubieren observado.

2. Si por circunstancias especiales la Parte requirente no pudiere cumplir dentro de ese plazo, podrá solicitar a la Parte requerida que sea prorrogado.

#### ARTÍCULO 17

Solicitada la extradición de una persona, si ésta consintiera por escrito en ser extraditada al Estado requirente, después de haber sido informada personalmente por la autoridad judicial competente de sus derechos, el Estado requerido podrá conceder su extradición, previo pronunciamiento judicial fundamentado, de acuerdo con su propia legislación.

#### ARTÍCULO 18

1. La Parte requerida comunicará a la Parte requirente, por la vía del artículo 15, su decisión respecto a la extradición.

2. Toda negativa, total o parcial, será motivada.

3. Si se concede la extradición, las Partes se pondrán de acuerdo para llevar a efecto la entrega del reclamado, que deberá producirse dentro del plazo establecido por las leyes del Estado requerido, o, en su defecto, en el plazo de treinta días.

4. Si la persona reclamada no fuere recibida dentro del plazo aplicable será puesta en libertad y la parte requirente no podrá reproducir la solicitud por el mismo hecho.

#### ARTÍCULO 19

1. Si la persona reclamada se encontrare sometida a procedimiento o condena penales en la Parte requerida, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas esas responsabilidades en dicha Parte, o efectuarse temporal o definitivamente, en las condiciones que se fijen, de acuerdo con la Parte requirente.

2. Cuando el traslado pusiere seriamente en peligro la vida o la salud de la persona reclamada, la entrega podrá ser postergada hasta que desaparezca tal circunstancia.

#### ARTÍCULO 20

Negada la extradición por razones que no sean meros defectos formales, la Parte requirente no podrá formular a la Parte requerida una nueva solicitud de extradición por el mismo hecho.

#### ARTÍCULO 21

1. El tránsito por el territorio de una de las Partes de una persona cuya extradición haya sido concedida se otorgará siempre que no se opongan motivos de orden público, previa presentación por la vía del artículo 15, de una solicitud, acompañada de una copia de la comunicación, mediante la cual se informa de la concesión de la extradición, juntamente con una copia de la solicitud original de extradición.

2. Las Partes podrán rehusar el tránsito por su territorio de sus propios nacionales.

3. Corresponderá a las autoridades del Estado de tránsito la custodia del reclamado. La Parte requirente reembolsará al Estado de tránsito los gastos que éste realice con tal motivo.

4. No será necesario solicitar la autorización de tránsito cuando se utilicen medios de transporte aéreo que no tengan previsto aterrizaje alguno en el territorio de la otra Parte.

#### ARTÍCULO 22

1. La reextradición a un tercer Estado no será otorgada sin el consentimiento de la parte que hubiere concedido la extradición, salvo en el caso previsto en el párrafo 3 del artículo 13.

2. A tal efecto deberá formularse una nueva solicitud de extradición con los requisitos establecidos en este Tratado.

#### ARTÍCULO 23

1. Si la extradición de una misma persona hubiera sido solicitada por varios Estados, la parte requerida determinará a cuál de esos Estados entregara el reclamado y notificará su decisión a la Parte requirente.

2. Para tomar la decisión se considerarán, entre otros, los factores siguientes:

- a) El Estado en cuyo territorio se cometió el delito.
- b) La gravedad de los delitos si los Estados solicitan la extradición por diferentes delitos.
- c) La posibilidad de reextradición entre los Estados requirentes.
- d) El orden en que fueron recibidas las solicitudes.

3. Siempre se dará preferencia a la solicitud presentada por un Estado con el cual exista Tratado de Extradición.

#### ARTÍCULO 24

1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada.

2. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de alguna de las resoluciones previstas en el párrafo 2 del artículo 15, y hará constar la intención de cursar seguidamente una solicitud de extradición. Mencionará, asimismo, el delito por el cual se solicitará, el tiempo y lugar de la comisión de éste y, en la medida de lo posible, la identificación de la persona reclamada.

3. La solicitud de detención preventiva se remitirá en forma postal, telegráfica o cualquier otra que deje constancia escrita, por la vía del artículo 15 o por cualquier otra vía permitida por la legislación de la Parte requerida.

4. La Parte requerida informará a la Parte requirente de las resoluciones adoptadas y, especialmente, con carácter urgente, de la fecha de la detención a partir de la cual se contará el plazo para presentar la solicitud de extradición, que será de cuarenta días.

5. La Parte requerida podrá decretar la libertad del reclamado, si en el plazo indicado no se hubiere recibido la solicitud de extradición.

6. Si la persona reclamada fuere puesta en libertad por cumplimiento del plazo previsto en el párrafo 4 de este artículo, la Parte requirente no podrá solicitar nuevamente su detención sin presentar la solicitud formal de extradición.

7. Cuando el procedimiento de extradición se inicie sin previa petición urgente de detención, ésta se ajustará a lo dispuesto en la ley de la Parte requerida.

#### ARTÍCULO 25

1. A petición de la Parte requirente, la Parte requerida asegurará y entregará, en la medida en que lo permita su legislación, los documentos, bienes y otros objetos:

a) Que pudieran servir de piezas probatorias, o  
b) Que, procediendo del delito, hayan sido encontrados en el momento de la detención en poder de la persona reclamada o fueren descubiertos con posterioridad.

2. La entrega de estos documentos, dinero u objetos se efectuará incluso en el caso de que la extradición ya concedida no pudiese tener lugar a consecuencia de la muerte o evasión de la persona reclamada.

3. La Parte requerida podrá conservarlos temporalmente o entregarlos bajo condición de su restitución, si ellos fueren necesarios para la sustanciación de un proceso penal en trámite.

4. En todo caso quedarán a salvo los derechos que la Parte requerida o terceros hubieran adquirido sobre los citados objetos. Si existieren tales derechos, los objetos serán restituidos lo antes posible y sin gastos a la Parte requerida.

#### ARTÍCULO 26

Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán a cargo de ésta, salvo los gastos de transporte internacional de la persona reclamada, que serán a cargo de la Parte requirente.

#### ARTÍCULO 27

1. Los Gobiernos de ambas Partes, a través de los órganos competentes se prestarán asistencia recíproca para facilitar el cumplimiento de este Tratado.

2. La Parte requirente podrá designar un representante oficial con legitimación para intervenir ante la autoridad judicial en el procedimiento de extradición. Dicho representante será citado en forma para ser oído antes de la resolución judicial sobre la extradición.

#### ARTÍCULO 28

Para los efectos de este Tratado los documentos presentados por las Partes se tendrán como auténticos.

#### ARTÍCULO 29

1. El presente Tratado entrará en vigor mediante el intercambio de comunicaciones anunciando el cumplimiento de los requisitos constitucionales de ambas Partes.

2. Entrará en vigor el último día del mes siguiente al de la fecha del citado intercambio.

3. Este Tratado tendrá una duración indefinida, pudiendo ser denunciado por nota diplomática. Dicha denuncia tendrá efectos el última día del sexto mes subsiguiente al de la fecha de la notificación.

## ARTÍCULO 30

1. Todas las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado se regirán por sus cláusulas, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito.

2. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado continuarán tramitándose conforme a las disposiciones del Tratado de Extradición firmado el 22 de enero de 1894.

## ARTÍCULO 31

Al entrar en vigor este Tratado terminará el Tratado de extradición de Delinquentes entre España y los Estados Unidos de Venezuela de 22 de enero de 1894, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior.

Hecho en la ciudad de Caracas el 4 de enero de 1989.

Se hacen dos ejemplares originales, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El presente Tratado entró en vigor el 30 de septiembre de 1990, último día del mes siguiente a la fecha de la última de las comunicaciones cruzadas entre las partes, notificándose recíprocamente el cumplimiento de los respectivos requisitos constitucionales, según se establece en su artículo 29.

**REAL DECRETO 1.576/1990, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión en el sistema de la Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo.**

La disposición adicional cuarta de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, previó un régimen de pensiones extraordinarias en favor de las personas que resulten incapacitadas y de los familiares de quienes fallezcan como consecuencia de actos de terrorismo. Esta misma previsión se contiene en el número cuatro del artículo 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, en la redacción dada por la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, añadiéndose que las afluídas pensiones no estarán sujetas a los límites de señalamiento inicial y revalorización establecidos en la Ley.

Comoquiera que en las citadas previsiones legales se establece que el otorgamiento de las referidas pensiones extraordinarias se hará en la cuantía y condiciones que reglamentariamente se determinen y en el sistema de previsión que corresponda, se hace necesario dictar las pertinentes normas de desarrollo que permitan poner en práctica el expresado mandato legal en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social.

A tal fin responde el presente Real Decreto, mediante el cual se fijan las condiciones y cuantías de las pensiones extraordinarias que puedan causarse en el Sistema de la Seguridad Social, en el que se ha tenido en cuenta el precedente de la regulación contenida en el Régimen de Clases Pasivas, si bien adaptándolo a las peculiaridades del Sistema de Seguridad Social.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de diciembre de 1990, dispongo:

#### ARTÍCULO 1. *Régimen jurídico*

Quienes estando afiliados al sistema de la Seguridad Social, se encuentren o no en situación de alta en algunos de sus Regímenes, y sean víctimas de un acto de terrorismo, tendrán derecho a causar las pensiones extraordinarias, previstas en el número cuatro del artículo 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de acuerdo con lo que se dispone en el presente Real Decreto.

#### ARTÍCULO 2. *Cuantía y condiciones de las pensiones*

1. Las pensiones referidas en el artículo anterior se causarán con arreglo a los términos establecidos en el Régimen General de la Seguridad social para las pensiones de invalidez y supervivencia derivadas de accidentes de trabajo.

2. La cuantía de las pensiones a que se refiere el artículo anterior, se determinará de acuerdo con las normas que regulan el método de cálculo de las pensiones de invalidez y supervivencia derivadas de accidentes de trabajo, con las siguientes reglas especiales:

*Primera.*—La base reguladora para el cálculo de la correspondiente pensión se determinará dividiendo por catorce el resultado de multiplicar por doce la última base mensual de cotización.

Cuando la persona víctima del acto terrorista no se encontrase en alta o en situación asimilada, en el momento de producirse aquél, se tomará como base mensual de cotización la base mínima de cotización del Régimen General correspondiente a trabajadores mayores de dieciocho años.

Si la persona víctima del acto terrorista tuviese la condición de pensionista de la Seguridad Social, se tomará como base reguladora la correspondiente a la pensión que viniera disfrutando, actualizando la misma conforme a la evolución experimentada por el Índice de Precios al Consumo desde el mes de determinación de la base reguladora hasta el segundo mes anterior al que se produjera la comisión de aquél.

*Segunda.*—El importe de la pensión será igual al 200 por 100 de la cuantía de aplicar el porcentaje que corresponda a la base reguladora, determinada de conformidad con lo previsto en la regla primera.

#### ARTÍCULO 3. *Límite de cuantía*

Las pensiones extraordinarias originadas por actos de terrorismo no estarán sujetas, en ningún caso, a los límites de señalamiento inicial y de revalorización de las pensiones previstos con carácter general.

#### ARTÍCULO 4. *Régimen de incompatibilidades*

1. Las pensiones extraordinarias a que se refiere el presente Real Decreto serán incompatibles con las ordinarias que pudieran corresponder a sus beneficiarios por los mismos hechos causantes. Asimismo aquellas pensiones serán incompatibles con cualesquiera otras pensiones extraordinarias que, en razón a la misma causa, pueda reconocer cualquier Régimen público de protección social básica.

Cuando el beneficiario de la pensión extraordinaria tuviese la condición de pensionista, aquélla será incompatible con la pensión ordinaria que sirvió de cálculo para determinar la base reguladora de la pensión extraordinaria.

2. No obstante lo previsto en el número anterior, las referidas pensiones extraordinarias serán compatibles con las pensiones ordinarias de igual naturaleza que, en razón de la pluriactividad del interesado, pudiera éste causar en otro régimen distinto del propio sistema de la Seguridad social, a expensas de lo que, en cada momento y en relación con estas últimas pensiones, resulte de la aplicación de las normas sobre limitación de señalamiento inicial y revalorización de las pensiones públicas.

3. En todos los casos mencionados de incompatibilidad, quien tuviera derecho a dos o más pensiones podrá optar entre causar derecho a las pensiones reguladas en el presente Real Decreto o a las que correspondan en el sistema de la Seguridad Social.

#### ARTÍCULO 5. *Gestión*

La gestión de las pensiones reguladas por el presente Real Decreto se llevará a cabo por la Entidad Gestora de la Seguridad Social que resulte competente, en razón al régimen de Seguridad Social en que se encontrase encuadrado el beneficiario o causante de la pensión.

#### ARTÍCULO 6. *Financiación*

1. Cuando el beneficiario de la pensión extraordinaria prevista en el presente Real Decreto no hubiera tenido derecho a la correspondiente pensión ordinaria del sistema de la Seguridad Social, el coste íntegro de la pensión extraordinaria será financiado con cargo a los Presupuestos del Estado.

2. Cuando el beneficiario de la pensión extraordinaria prevista en el presente Real Decreto hubiera tenido derecho a causar la correspondiente pensión ordinaria del sistema de la Seguridad Social, la diferencia entre el importe de la pensión extraordinaria y el de la pensión ordinaria que hubiera podido corresponder será financiada, asimismo, con cargo a los Presupuestos del Estado.

3. A los efectos previstos en los números anteriores, el capital coste correspondiente a la pensión extraordinaria o, en su caso, a la diferencia entre el importe de ésta y de la pensión ordinaria, será ingresado por el Ministerio de Economía y Hacienda en la Tesorería General de la Seguridad social.

En cualquier caso, una vez reconocida la pensión se iniciará el abono de ésta, aunque no se haya ingresado el correspondiente capital coste.

**DISPOSICIÓN ADICIONAL**

Cuando el beneficiario de la pensión extraordinaria de invalidez permanente, reconocida al amparo del presente Real Decreto, falleciera por causa distinta de las lesiones producidas por el acto terrorista, podrá causar pensiones de muerte y supervivencia en el régimen de la Seguridad Social correspondiente, aplicando el porcentaje de la pensión de que se trate sobre la base reguladora determinada a efectos de la pensión extraordinaria de invalidez permanente.

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA**

El presente Real Decreto será de aplicación a los supuestos derivados de actos de terrorismo, acaecidos a partir del 1 de enero de 1987, revisándose a tal efecto, de oficio o a instancia de parte, las pensiones ordinarias ya reconocidas derivadas de hechos causantes motivados por actos de terrorismo.

**DISPOSICIÓN FINAL**

1. Se faculta al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para dictar cuantas disposiciones de carácter general resulten necesarias para la aplicación y desarrollo de este Real Decreto.

2. El presente Real Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## CONTRIBUCION DEL MINISTERIO FISCAL A LA INVESTIGACION Y PERSECUCION DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

**Circular Núm. 1/1990, de 26 de septiembre**

**SUMARIO:** I. Necesidad de que el Ministerio Fiscal se inste la protección penal del medio ambiente. II. Los medios procesales disponibles por el Ministerio Fiscal. III. La normativa ambiental y los objetivos jurídicos fundamentales a proteger. A) Zonas húmedas: la desecación y la contaminación de las aguas como factores que contribuyen a su puesta en peligro. 1. La desecación de las aguas. 2. La contaminación de las aguas. B) Ríos y aguas marítimas. 1. Ríos. 2. Aguas marítimas. C) Vertederos. D) Explotaciones mineras. E) Contaminación atmosférica. F) Contaminación sonora. G) Incendios forestales. H) Furtivismo. IV. Conclusión.

### **I. Necesidad de que por el Ministerio Fiscal se inste la protección penal del medio ambiente**

El artículo 45 de la Constitución española establece lo siguiente:

1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Esta base constitucional para la protección penal del medio ambiente tuvo su materialización en el artículo 347 bis del Código penal, introducido por la Ley Orgánica de 25-6-1983, cuyo tipo básico, contenido en el primer inciso, expresa que «será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas, el que contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles».

Se trata de un precepto de amplios límites, pero que apenas ha sido aplicado, en contraste con las múltiples y crecientes agresiones ecológicas y el proceso de degradación de espacios y recursos naturales que padece nuestro país. El pleno rechazo social de estas conductas, que ya la conciencia popular juzga como hechos graves, precisa de la efectividad de la norma sancionadora, por lo que el Ministerio Fiscal, defensor de los intereses públicos y sociales, deberá mostrar una atención particular a la investigación y persecución de estos delitos y así lograr que la degradación ecológica se elimine o no se extienda más. No se trata, además, de una exigencia requerida y desenvuelta sólo en el ámbito de la legislación interna, sino que en el orden internacional el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su resolución 77 (28) de 28-10-1977, consideró ya la necesidad de proteger decididamente la salud de los seres humanos, animales y plantas, así como la belleza de los paisajes y entornos naturales; para ello deberá acudirse, como *última ratio*, a las sanciones penales, y se sugieren, como especiales medidas, la revisión del proceso penal para adaptarlo a las necesidades del Derecho ambiental y el establecimiento de Fiscalías y Secciones de los Tribunales especializados en materia medioambiental.

Aunque se trata de recomendaciones, algunos de los 23 países miembros del Consejo de Europa han desarrollado la resolución citada, introduciendo en su ordenamiento no sólo nuevas normas penales sino también singulares medidas preventivas y procesales para la mejor protección del medio ambiente. Es urgente que la normativa penal española despliegue la plenitud de sus efectos si no queremos la destrucción de nuestro suelo, la contaminación de nuestras aguas, la desaparición de la flora y fauna silvestres y de todos los ecosistemas naturales y bellos paisajes de que aún disfrutamos. En la legislación actualmente en vigor existen posibilidades que, adecuadamente aplicadas, pueden significar un importante impulso al sistema de protección ecológica penal; y a él no debe ser ajeno al Ministerio Fiscal, pues si, conforme el precepto constitucional referido, todos tienen el deber de conservar el medio ambiente, el Ministerio Fiscal como defensor singular de la legalidad, ha de contribuir directamente a su aplicación, y con mayor razón si consideramos que la norma constitucional protectora del medio ambiente se halla entre los principios rectores de la política sindical y económica, y que su reconocimiento, respeto y protección, informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de la Constitución). Precisamente por ello, el fin que persigue la presente circular no es el análisis exhaustivo de los elementos constitutivos de la formulación típica, sino que se circunscribe fundamentalmente a la exposición del material de carácter procesal y sustantivo en que los fiscales han de apoyarse para conseguir que en el futuro las normas protectoras de nuestro ambiente —extensas, heterogéneas y no solo penales— hallen expresión práctica y cumplan su función, evitando que figuren como una proyección ornamental de nuestro ordenamiento jurídico. Tarea la encomendada que no será siempre fácil, al estar comprometida no sólo la legislación general sino también la emanada de las Administraciones Autonómicas, tanto por la transferencia a estas de las materias relativas a sanidad y bienestar social, como porque las normas protectoras del medio ambiente son competencia de la Administración del Estado (art. 149, 23 de la Constitución) y de las Comunidades Autónomas (art. 148, 1, 9 de la Constitución). Unase a ello el hecho de que la integración de España de la Comunidad Europea, obliga al exacto cum-

plimiento de los reglamentos y directivas promulgadas sobre el mantenimiento del medio ambiente. De esta manera el artículo 347 bis no se configura como una norma simple, sino que se presenta como norma penal en blanco especialmente cualificada, dado que las disposiciones normativas de su contenido integrador son múltiples de compleja naturaleza y difíciles de precisar por la continuada y dispersa legislación existente sobre los bienes jurídicos allí protegidos. Todo ello unido a que, muchas veces, los límites entre la infracción penal y la administrativa no revisten la deseada claridad, la aplicación del precepto ofrecerá dificultades. No obstante, estamos completamente seguros de que la caracterizada y general profesionalidad de quienes integran el Ministerio Fiscal salvará todos los eventuales obstáculos hasta conseguir que las infracciones medioambientales hallen su ajustada y rápida sanción.

## II. Los medios procesales disponibles por el Ministerio Fiscal

La nueva posición del Ministerio Fiscal en la fase de investigación de conductas punibles legitimada por el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según se expuso con amplitud en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, puede contribuir a una más eficaz persecución y descubrimiento de los delitos contra el medio ambiente, hasta ahora de tan escasa aplicación práctica. Para ello el Ministerio Fiscal ha de asumir un planteamiento activo, inmerso en el entorno social y de defensa de los intereses públicos, lo que ha de implicar por su parte la adopción de iniciativas y estar dispuesto en todo momento a defender la legalidad en campos, como el medioambiental, no atendidos suficientemente por instancias públicas y privadas. El conocimiento de esa realidad puede llevar al restablecimiento de los valores que el artículo 347 bis protege. La conexión entre el hecho y la norma puede tener diversas fuentes.

Una, ciertamente difícil, es acudir en busca de la *notitia criminis* a través de las informaciones de posibles irregularidades hechas por los medios de comunicación.

Otra es la obtenida a través de la Policía judicial. No hace mucho se han creado Grupos de especialistas en medio ambiente dentro de la Guardia Civil; se han revitalizado las llamadas Patrullas Verdes de la Policía local de Madrid y se han introducido Secciones similares en la organización de la Policía local en distintas ciudades. Todos estos grupos de especialistas se hallan a las órdenes del Ministerio Fiscal (arts. 126 de la C.E. y 283 de la LECr.) para practicar cuantas diligencias de investigación sean necesarias.

Tampoco debe desecharse como forma de contacto con la realidad medioambiental, la posibilidad de recepción de denuncias a través de autoridades locales, grupos ecológicos, Universidades, etc.

Cualesquiera sea su origen, tan pronto como el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de un hecho que presente caracteres de delito, según establece el artículo 785 bis de la LECr, practicará él mismo u ordenará a la Policía judicial que practique, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y la responsabilidad de los partícipes amparado en el artículo 20 del R.D. 769/1987, que fue objeto de análisis en la Instrucción de esta Fiscalía 2/1988. Para ello

el Fiscal procederá a la apertura de las correspondientes diligencias de investigación penal en la forma expresada en la Circular 1/1989. Mas hay que reconocer que una vez iniciada la investigación, ésta encontrará dificultades derivadas de las características y peculiaridades de la materia medioambiental, diferentes a las que normalmente afronta el Ministerio Fiscal. Una especial estrategia deberá observarse sobre todo en aquellas Fiscalías en cuyo territorio existan problemas ecológicos graves o más acentuados (incendios forestales continuados, zonas con especies en vías de extinción, etc.) o con efectos irreversibles en la climatología, en la configuración geográfica del país o en su riqueza cultural. El modo de actuar deberá proyectarse en coordinación con la Policía judicial especializada en la materia, así como con los servicios técnicos de la Administración, y dependerá no solo de los informes de estos servicios, sino también de la propia legislación autonómica, de la existencia o no de una adecuada estructura administrativa que permita adoptar determinadas iniciativas, así como de los compromisos adquiridos con la Comunidad Económica Europea. Y no puede olvidarse como ya se puso de relieve en la Circular 1/1989, que todavía «la facultad de investigación que se concede al Ministerio Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad; en estos momentos el Ministerio Fiscal está en crisis de desarrollo, carece de dotaciones personales y materiales suficientes, tiene pendiente un despliegue en los órganos judiciales del territorio que le permita una mayor inmediatez en su actuación». Pero, como también se expresa en aquella misma Circular, «otra cosa debe ser cuando se trate de casos excepcionales en que entren en juego intereses públicos y sociales que al Ministerio Fiscal cumple promover, en cuyo caso la energía del Fiscal deben centrarse en una investigación lo más agotadora posible del asunto». Consideración ésta última de perfecta proyección a las materias que ahora nos ocupan.

Intervención directa del Ministerio Fiscal en estos delitos, desde luego, ¿pero en todos los casos de atentados contra el medio ambiente?. Para el artículo 347 bis sólo son constitutivos de delito los vertidos o emisiones que pongan en peligro *grave* la salud de las personas o perjudiquen *gravemente* las condiciones de la vida animal, bosques o espacios naturales. Y si se discutiera la existencia o no de la nota de gravedad para una conducta dada, al carecer el Código penal de una falta correlativa al artículo 347 bis, las únicas opciones serían el delito o la infracción administrativa. A sanciones penales y, en su caso, administrativas, se refiere el artículo 45.3 de la Constitución. Más, ¿cuál es el criterio para decidir si es de aplicar una sanción penal, lo que legitima la intervención del Ministerio Fiscal, o una sanción administrativa? La gravedad se erige en el elemento diferenciador entre sanciones administrativas y penales. En esta línea el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 77/1983, de 3 de octubre, ha sostenido que tanto el Poder judicial como la Administración sancionan el mismo tipo de ilícitos, siendo la gravedad el límite de sus respectivas competencias. La determinación de la gravedad corresponderá al órgano que inicie o siga la investigación. Si es la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, una vez comprobado que el hecho no reviste la suficiente gravedad para ser considerado delito, las actuaciones deberán remitirse a la autoridad administrativa. Idéntica obligación incumbe a la autoridad administrativa. Así se establece expresamente en las recientes leyes de Costas de 28-7-1988 (art. 94.3) y de Aguas, de 2-8-1985 (art. 112), al disponer que cuando a juicio de la Administración la infracción pudiera ser constitutiva

de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal.

De producirse una investigación paralela entre la Administración por una parte y por otra el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción, la Administración remitirá o el Poder judicial reclamará a su favor las acutaciones administrativas, en virtud del principio de superioridad jurisdiccional que recoge el artículo 117 de la Constitución. La Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales, ratifica este criterio al establecer (art. 40) que en los supuestos en que la Administración pasará el tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador, con base, en su caso, en los hechos que la jurisdicción competente haya considerado probados.

Lo condicionante es siempre la gravedad. Sin embargo los factores que conducen a la gravedad y a la estimación como delictiva de la conducta, son indeterminados y de difícil concreción, dados los diversos supuestos que pueden ser abarcados por el artículo 347 bis y la naturaleza de delitos no de resultado sino de peligro para los delitos ecológicos en general. Aún así el Ministerio Fiscal deberá ponderar, entre otros, el grado de contaminación producida por las emisiones o vertidos; el alto valor contaminante del producto; la mayor o menor dificultad en el posterior restablecimiento del equilibrio ecológico destruido; e incluso la actitud contumaz del infractor ante los requerimientos de las autoridades administrativas. En todo caso se manifiesta la necesidad de una coordinación entre los órganos a quienes se encomienda la investigación de las infracciones medioambientales con el fin de establecer normas orientadoras en orden a señalar los límites entre las conductas penalmente típicas y las infracciones administrativas.

### **III. La normativa ambiental y los objetos jurídicos fundamentales a proteger.**

El artículo 347 bis comprende conductas encaminadas a provocar o realizar emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas, capaces de poner en peligro la salud de las personas o de perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques o espacios naturales. Así, en un solo artículo, y conminados con igual pena, se recogen los diversos y complejos aspectos y sectores ambientales (suelo, agua, atmósfera, animales, plantas, etc.). En otros ordenamientos se tipifican los delitos ecológicos en preceptos autónomos dedicados a contaminaciones de aguas, vertidos de residuos peligrosos para el ambiente, puesta en peligro de espacios necesitados de protección, etc., y la pena no es siempre la misma.

En el análisis que sigue se hace una separación de los distintos medios y factores ambientales.

A) *Zonas húmedas: la desecación y la contaminación de las aguas como factores que contribuyen a su puesta en peligro*

Conforme al artículo 1 del Convenio firmado en Ramsar el 2-2-1971, que entró en vigor en España el 2-2-1982, son muy diversas las áreas abarcadas bajo la denominación de zonas húmedas, pues se incluyen en la expresión tanto las riberas de ríos, lagos, lagunas, turberas, charcos o planicies inundables, como las zonas costeras unidas a estuarios y deltas, marismas, marjales e incluso lugares de origen artificial como embalses y graveras.

La base legal para la protección de estos entornos es de una gran variedad y de distinta procedencia.

A nivel nacional pueden citarse a título enunciativo el artículo 3.1.a) de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y el artículo 25 de la Ley de 27 de marzo de 1989 sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre.

Dentro de los ámbitos autonómicos existe también muy diferente normativa. Así, el artículo 3 de la Ley 5/1988, de 24 de junio, reguladora de los Parajes Naturales de la Comunidad Valenciana o la Ley 91/1978 de 28 de diciembre sobre Régimen jurídico del Parque Nacional de Doñana.

También incide en esta materia una extensa normativa comunitaria, de la que, a título de ejemplo, se citan la Directiva 79/409/ECC, de 2 de abril de 1979, sobre la conservación de aves silvestres, la Decisión 82/461/ECC, de 24 de junio de 1982, sobre la conclusión de un Convenio sobre especies migratorias y animales salvajes, y la Decisión 82/72/ECC, de 3 de diciembre, sobre la conclusión de un Convenio sobre la conservación de la vida animal y *habitats* naturales en Europa. En principio las Directivas deben ser extrapoladas a la normativa nacional, como ha sucedido, por ejemplo, con la Directiva 79/49 recogida en nuestra Ley 4/1989 sobre la Conservación de Espacios Naturales. Las Decisiones, según el artículo 189 del Tratado de Roma, son de directo y obligado cumplimiento.

No es fácil sintetizar cuáles son los factores más importantes que ponen en peligro las zonas húmedas. Mas como los problemas más acuciantes para la conservación de estos parajes son la desecación y la contaminación de las aguas, a ellos nos referiremos.

1. La desecación de las aguas

Al margen del progresivo proceso de desecación que se produce a nivel mundial, en el caso de la Península Ibérica las desecaciones han eliminado en los tiempos más recientes el 50 % de la superficie de humedales. No hace muchos años que se derogó la Ley de 24-2-1918 (promulgada siendo Ministro de Fomento, Cambó) por la que el Estado subvencionaba la desecación y saneamiento de lagunas, marismas y terrenos pantanosos. Cualquiera de estas zonas era susceptible de transformación con fundamento en la insalubridad del lugar. Al amparo de aquella Ley se han producido graves actos contrarios al medio ambiente: la desecación de la laguna de La Janda de 10.000 hectáreas en Andalucía, región donde, según el catálogo de lagos de España publicado en 1941, existían 109 lagos de los que se conservan tan solo 9 en la actualidad; se realizaron importan-

tes actos de transformación en la Laguna de Antella, en Galicia, de aquella misma extensión; la desecación de los márgenes pantanosos de los ríos Cigüela, Záncara, Riansares y Guadiana, ha sido una de las causas del actual estado de deterioro que presentan las Tablas de Daimiel.

Un supuesto de desecación de problemático encaje en el artículo 347 bis es el llamado aterramiento o cubrimiento de la zona húmeda con tierra. Una simple desecación, mediante la retirada del agua, puede resolverse mediante una posterior inundación. Sin embargo con el aterramiento esta inundación no es posible al elevarse el nivel del terreno, lo que impide que el agua vuelva a ocupar el terreno que invadía inicialmente. Es el caso, por ejemplo, de La Albufera de Valencia, considerado universalmente como uno de los más peculiares ecosistemas de zona húmeda, en que los aterramientos han supuesto el cubrimiento del lago, y de las superficies colindantes con el mismo dedicados al cultivo del arroz, con tierra de cultivo para destinar las extensiones así aterradas al cultivo hortofrutícola. La disminución de esta masa acuática, espacio natural de singular valor, es evidente y progresiva, pues si La Albufera hace siglos tenía 20.000 hectáreas de superficie ahora se reduce a 2.837, la tercera parte que a comienzos del siglo XX. ¿Podrá actuarse penalmente ante estas profundas alteraciones y modificaciones de masas acuáticas debidas a la invasión de aterramientos desecadores? La Fiscalía de Valencia formuló consulta cuestionando si el acto de echar tierra al agua (actividad de aterramiento) es realizar vertidos y por lo tanto incardinable de la expresión «vertidos de cualquier clase» del artículo 347 bis. La Fiscalía General del Estado resolvió con fecha 12-1-1990 que estos aterramientos eran equiparables a los vertidos de cualquier clase que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal o de espacios naturales, pues indudablemente la disminución progresiva de la superficie de La Albufera afecta de modo notable no solo al espacio natural constituido por la misma, sino también a las variadas y singulares especies de la fauna acuática, al ser su *habitat* propio cada vez más reducido. Resulta accesorio para estos casos —que no tienen relación con el peligro para la salud de las personas— la naturaleza intrínseca de los vertidos, dado que con la expresión indeterminada de «cualquier clase», serán hábiles para formar la estructura delictiva los continuados aterramientos o vertidos de tierras en las costas interiores de lagos o lagunas que modifican, disminuyéndola, la superficie acuática. Y en mayor medida si, para el caso concreto consultado, el elemento normativo del tipo está también claro, ya que los vertidos de tierra son ilegales al hacerse con infracción de las normas administrativas protectoras de un lago que, como el de La Albufera, constituye un ecosistema necesitado de protección (Decreto 89/1986, de 8 de julio, de la consejería de Obras Públicas por el que se establece el régimen jurídico de La Albufera y Decreto 24/1987, de 16 de marzo de la misma Consejería de la Generalitat Valenciana, sobre infracciones urbanísticas).

## 2. La contaminación de las aguas

La contaminación de las aguas constituye un problema tan grave y complejo como el de la desecación de la superficie líquida. Las aportaciones de sustancias contaminantes a las zonas húmedas causa tantos detrimentos como la propia re-

ducción o desaparición de las mismas. Para determinar la intensidad de la contaminación es necesario efectuar los análisis correspondientes de los vertidos y cotejar los resultados de los mismos con los diferentes baremos y listados que fija la legislación vigente. A tal efecto existe un importante número de Directivas comunitarias sobre productos químicos, residuos, aguas y sobre política general de protección a la naturaleza, que tiene incidencia con el tema en examen. Es conveniente solicitar a los laboratorios que efectúen el análisis, un informe explicativo sobre las características de la contaminación, incidencia de la misma en el medio, nocividad, etc., que ayude a evaluar la gravedad de la contaminación a efectos de proceder o no por la vía penal. En muchos casos se tratará de vertidos cuyo carácter tóxico puede desaparecer con la construcción de las oportunas instalaciones depuradoras, pero que sin embargo las empresas o personas causantes carecen de ellas o no son las adecuadas. Es, además, importante solicitar informes a los organismos públicos competentes (Ayuntamientos, Confederaciones Hidrográficas, etc.) para conocer si se han extendido las licencias y permisos correspondientes (licencia de actividad, permiso de vertidos, etc.). La trascendencia de los mismos no puede negarse, pues en caso de carecer de tales autorizaciones el infractor incidiría en el subtipo agravado del artículo 347 bis, por considerarse una actividad clandestina.

Pero existe en materia de contaminación una complejidad añadida. Se trata de que, con frecuencia, vierten aguas residuales en las zonas húmedas, especialmente en los lagos, no solo empresas o particulares sino también municipios que carecen de las instalaciones depuradoras más elementales. Como la protección ambiental debe realizarse de forma generalizada y sin excepciones, es recomendable que las Fiscalías soliciten al organismo público competente, normalmente las Confederaciones Hidrográficas, un listado de todos los municipios que vierten en zonas húmedas sujetas a protección, sin instalaciones depuradoras o con instalaciones inadecuadas. Con su resultado podría interesarse del organismo en cuestión que inste la inmediata acomodación de aquéllas, a fin de que puedan solucionar el problema los municipios. En caso de no adoptarse ninguna medida y a la vista de la gravedad de las circunstancias concurrentes, la Fiscalía podría acudir a la vía penal, como último recurso, contra el municipio contaminador. Es evidente que en un principio existían notables diferencias entre la razón de existir de una empresa y un municipio, pues solo aquéllas estaban guiadas por un afán de lucro o beneficios económicos. Pero esta diferenciación poca aplicación tiene en la actualidad. Los modernos centros urbanos, complejos residenciales, núcleos turísticos y otros centros de población, se alzan y constituyen regidos por unos principios estrictamente económicos, muy distantes de los principios tradicionales. Por ello, y pudiendo ser sus vertidos tan perjudiciales como los de una empresa cualquiera, no debe descartarse la actuación penal contra las autoridades locales si se aprecian situaciones abusivas.

## B) *Ríos y aguas marítimas*

### 1. Ríos

La situación medioambiental de los ríos es singular. Por una parte, han servido durante siglos como medio de abastecimiento de agua para las poblaciones, es decir, han sido el medio del que se han obtenido tradicionalmente uno de los elementos esenciales para la supervivencia humana. Y por otra, han sido y son el sistema más cómodo y rápido para la evacuación de los desechos producidos por los núcleos humanos. Cuando los ríos son grandes y caudalosos y las poblaciones próximas de poca entidad, las vías fluviales pueden cumplir sin problema ambos cometidos con su propia capacidad de disolución de desechos y de oxigenación. Sin embargo, y en consonancia con nuestro clima, no es España país de grandes ríos, sino que, con excepciones, carecen de importante caudal. Si a ello añadimos el variado desarrollo industrial de los últimos tiempos y el progresivo asentamiento de nuevos núcleos de población, especialmente como consecuencia del turismo, es fácilmente explicable la pobre calidad de las aguas de nuestras vías fluviales, muchas de las cuales se han convertido en auténticas cloacas a cielo abierto. Es sintomático el hecho de que incluso los ríos de regiones no excesivamente industrializadas, como los de Castilla y León, presentan un estado de elevado deterioro. Según un reciente estudio del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de Castilla y León, la presión contaminante sobre la red hidrográfica de estos territorios equivale a la que producirían 5 millones de habitantes. Sin embargo, esta región, la más extensa de la Comunidad Europea, con 94.197 kilómetros cuadrados cuenta sólo con 2.600.000 habitantes. Según el citado estudio el 55 % de la contaminación de los ríos se debe a residuos de la población humana, el 30 % a la cabaña ganadera y el 15 % a la industria, aunque este desglose es diferente según las cuencas. En otras áreas de más elevada industrialización, como la de la Comunidad Valenciana, el índice de depuración y reutilización de las aguas residuales no supera en la actualidad el 10 %.

Las mismas medidas apuntadas para la contaminación de zonas húmedas son aquí aplicables a municipios, empresas y particulares. El problema, sin embargo, radica en los numerosos ríos y arroyos existentes en el territorio nacional y las limitaciones del Ministerio Fiscal a nivel de recursos técnicos, materiales y humanos, lo que conlleva la dificultad de aplicar un plan estratégico que pueda desembocar en casos extremos en la vía penal tras una previa y exhaustiva intervención de las autoridades administrativas competentes. En cualquier caso, una posible solución sería seleccionar uno o varios ríos de especiales características (recorrido breve, núcleos de población limitados, pocas industrias y de carácter altamente contaminante, etc.) en el que tras haber agotado la vía administrativa, se identificaran a través de las diligencias de investigación necesarias las industrias contaminantes y personas y municipios con una incidencia más negativa sobre el mismo.

### 2. Aguas marítimas

No solo es de destacar la falta de rigor urbanístico en muchas de las edificaciones que proliferan por las costas del territorio nacional. La especulación, con grandes beneficios para quienes las promueven, así como, en ocasiones, la ausen-

cia del debido control por los Ayuntamientos, a veces más prestos a aliviar las arcas municipales con los ingresos por licencias que a velar por la debida ordenación del territorio y del medio ambiente, hacen que los vertidos y residuos de pueblos y urbanizaciones que surgen sobre las costas y las playas, no estén en condiciones de cumplir con las mínimas exigencias de respeto al medio ambiente. Las aguas del mar continúan contaminándose por los vertidos y residuos procedentes de urbanizaciones populosas que incumplen la imprescindible tarea de conducir aquéllos a través de emisarios y conducciones que se internen largamente en el mar, y todo ello por la razón de que es más fácil y menos costoso que las canalizaciones arrojen tales vertidos a pocos metros de la costa. Y así el litoral español, antes azul transparente en su totalidad, presenta puntos negros en algunas partes por los altos niveles de contaminación de las aguas, especialmente en las zonas turísticas. Además al realizarse los vertidos sin depurar se acentúa el incremento de la contaminación en el mar. Las depuradoras de residuos o están ausentes en la mayoría de las zonas turísticas o las instalaciones de depuración no funcionan debidamente, todo ello por el enorme costo que implica su implantación, conservación y reparación y a la escasez de recursos destinados a tan imprescindible función.

Es de destacar la decidida vocación de las Comunidades Autónomas para paliar los daños al medio ambiente en general, y así han venido a crearse Comisiones Provinciales de Medio Ambiente como brazo de las Consejerías de Política Territorial, Sanidad y Obras Públicas y Urbanismo, aún cuando muchas de aquellas aún no hayan comenzado con el rigor debido sus actividades. Las Concejalías municipales de Medio Ambiente cuentan con más voluntad que medios para acometer las renovaciones indispensables a fin de poder modificar el deterioro constante y creciente producido por los vertidos de aguas residuales al mar. Las Comunidades de propietarios de muchas urbanizaciones se lamentan de la poca sensibilidad por el tema que demostraron las entidades promotoras y constructoras de aquéllas, pero no implantan nuevos sistemas de depuración y vertido por su gran costo, reenviando el problema al Ayuntamiento correspondiente a fin de que asuma tal responsabilidad.

Llegados a este punto no deben desconocerse determinadas normas de la Ley de Costas de 28-7-1988 sobre vertidos en el dominio público marítimo terrestre. La estricta observancia de las mismas impedirá la contaminación de las aguas marítimas próximas a las costas. Conforme al artículo 34 de aquella Ley corresponde al Estado dictar las normas generales, así como las específicas en los casos de vertidos en el dominio marítimo-terrestre, normas estas últimas que han de ser sometidas a informe de la Comunidad Autónoma y del Ayuntamiento con carácter previo a su aprobación. De los artículos 56 y 57, se desprende que todos los vertidos, tanto líquidos como sólidos, realizados en cualquier bien de dominio público marítimo-terrestre, requieren autorización de la Administración competente, que se verificará con sujeción a la legislación estatal y autonómica aplicable, ya que, en principio, está prohibido el vertido de residuos sólidos y escombros al mar y su ribera, y cuando se trate de vertidos contaminantes deberá el peticionario de la autorización justificar previamente la imposibilidad o dificultad de aplicar una solución alternativa para la eliminación o tratamiento de dichos vertidos, sin que puedan verterse sustancias que comporten peligro o perjuicio superior al admisible para la salud pública y el medio natural. Señalar, por últi-

mo (arts. 58, 59) que la autorización de vertido exige, entre otras condiciones, la determinación de las instalaciones de tratamiento, depuración y evacuación necesarias con sus características y elementos de control de su funcionamiento, así como la evaluación de los efectos sobre el medio ambiente y previsiones para reducir la contaminación, y en casos de almacenamiento o infiltración de sustancias contaminantes, la previa realización de un estudio hidroecológico que justifique la inocuidad.

Las normas referidas son fiel aplicación del Derecho comunitario que rige estas materias, concretado, en lo que a los aguas respecta, en la Directiva 76/464 del Consejo de la Comunidad sobre contaminación de las aguas, completada por la 86/280 y la Decisión del Consejo 77/585 y Protocolo sobre prevención de la contaminación en el Mar Mediterráneo, especialmente sobre la base de la Recomendación de la Comisión de 19-12-1975 sobre prevención de la contaminación marina de origen terrestre sobre el Mediterráneo.

Debemos indicar también que aparte el tipo penal que define el artículo 347 bis, la Ley de Costas prevé como infracción administrativa la ejecución de vertidos en el dominio público marítimo-terrestre sin el debido título o concesión administrativa (art. 90.b) comprendiéndose en aquel espacio las playas, terrenos ganados al mar y acantilados (arts. 3 y 4). Y que tienen la consideración de infracción grave (art. 91.2 letra f) cuantas acciones u omisiones impliquen un riesgo para la salud o seguridad de vidas humanas, siempre que no constituyan delito, y en todo caso el vertido no autorizado de aguas residuales.

Por otra parte, la integración de España en la Comunidad Europea exige el debido cumplimiento de los Reglamentos y Directivas en materia de mantenimiento de la sanidad ambiental y del medio. Las competencias asumidas en estos puntos por parte de las Comunidades Autónomas obligan a éstas a extremar la exigencia del cumplimiento más estricto de las normas sobre saneamiento y depuración de residuos. La política autonómica debe, cuanto antes, dar prioridad a tales obras de infraestructura. Y otro tanto depende de los Ayuntamientos, que bien podrían dedicar parte importante de sus ingresos por contribución urbana o licencias de obras a otros menesteres tan relacionados con aquella fuente de ingresos.

Ante estas perspectivas, es obvio que el Ministerio Fiscal se encontrará con frecuencia ante delitos contra el medio ambiente ocasionados por los indebidos vertidos al mar de aguas residuales. Este grave problema de que una gran parte del territorio se halla en tan lamentable estado —sin duda arrastrado de años atrás, pero también provocado en el presente— ha de ocupar de un modo especial su actividad, exigiendo las debidas responsabilidades aunque pretendan diluirse en lo complicado y costoso de los remedios, a no ser que se observara un comienzo decidido en las tareas de implantación, renovación y conservación de las instalaciones de saneamiento en las condiciones debidas.

### C) *Vertederos*

La laxitud demostrada por determinados municipios y la falta de escrúpulos de muchos particulares, ha desembocado en la existencia de vertederos incontrolados o clandestinos a lo largo de toda la geografía nacional, que incumplen las

normas más elementales en el orden medioambiental. Por ejemplo, una bella ciudad de alto interés histórico y turístico de Castilla-León, con una población que no llega a los 50.000 habitantes, cuenta con un censo aproximado de 20 vertederos distribuidos por los alrededores de la ciudad amurallada. En muchos casos las infracciones a que dan lugar estos vertederos no solo afectan a la salubridad pública en materia de contaminación de aguas por las filtraciones, o como foco de insectos y roedores, sino que constituyen también un verdadero atentado contra la seguridad pública al no observarse tampoco la normativa básica sobre prevención de incendios forestales, al estar situados en algunos casos junto a grandes masas arbóreas sin respetar la distancia que establece la legislación vigente (a 500 metros del arbolado, según el artículo 25, j, del Reglamento de Incendios forestales de 23-12-1968). No es necesario insistir en la peligrosidad que suponen.

En la investigación de estos hechos los miembros del Ministerio Fiscal deberán solicitar informes a las autoridades administrativas competentes, generalmente las Confederaciones Hidrográficas, sobre posibles filtraciones procedentes de los vertederos que pudieran afectar a corrientes de aguas subterráneas. Se valorará también la localización del vertedero para comprobar si existe una infracción del Reglamento de incendios forestales antes citado. Se podrá solicitar a los Ayuntamientos que informen sobre la existencia de licencia municipal, sobre si el vertedero se ajusta a las condiciones de la autorización, sobre si se acomoda al Reglamento de actividades molestas, insalubres y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 y a la Ley 42/1975 de 19 de noviembre de 1975, sobre recogida y tratamiento de los desechos y residuos sólidos urbanos, cuyo artículo 3 dispone que la eliminación de los residuos sólidos urbanos deberá llevarse a cabo evitando toda influencia perjudicial sobre el suelo, vegetación y fauna, la degradación del paisaje, las contaminaciones del paisaje y de las aguas, y en general todo lo que pueda atentar contra el ser humano y el medio ambiente que lo rodea. En todo caso, la gravedad de la infracción, presupuesto del delito, vendrá determinado por los resultados de estas investigaciones.

#### D) *Explotaciones mineras*

Existen innumerables explotaciones mineras en nuestro territorio, unas a cielo abierto y otras de localización subterránea, que dan lugar a múltiples problemas de contaminación.

En primer lugar, señalar que las explotaciones mineras pueden producir vertidos que precisan de la correspondiente autorización de vertidos, y que necesitan de la concesión de aguas públicas, con permiso para restituir las residuales. En ambos casos la ley concede a la Administración los instrumentos de control necesarios a través de los cuales se puede garantizar un cierto grado de inocuidad de los vertidos. Esta práctica se viene aplicando desde el Reglamento de Enturbiamiento de 16-11-1900, y en la actualidad la capacidad de control por la Administración está prevista en una gran variedad de normas, como el artículo 43 del Reglamento de Policía de Aguas de 14-11-1958 o el Reglamento de Pesca con base en el artículo 51 de la Ley. A consecuencia de ese control, una vez localizada la infracción y atendida su naturaleza y gravedad estará legitimado el Ministerio Fiscal para iniciar la investigación.

Las explotaciones mineras dan lugar también a contaminación atmosférica cuya normativa está representada por la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1978. En otro apartado se harán las consideraciones oportunas sobre la misma. Indicar ahora que en la mayoría de los casos el control de la contaminación de una industria minera queda sometido a los responsables del sector industrial en cada Comunidad Autónoma, herederos de las competencias que antes ostentaba el Ministerio de Industria y Energía. También las facultades de control o inspectoras corresponden a las autoridades municipales de la localidad en que radique la instalación minera según se deduce del artículo 35 del Reglamento de actividades molestas de 30 de noviembre de 1961. La materia es especialmente compleja si se consideran los numerosos mecanismos que proporciona la legislación sectorial de protección atmosférica, las definiciones de niveles de inmisión y de emisión, de zonas de atmósfera contaminada o en situaciones de emergencia, etc. Por ello en esta materia resulta altamente recomendable para el Ministerio Fiscal solicitar informes explicativos de la documentación técnica aportada por las empresas o por la Administración.

Pero decíamos que las explotaciones a cielo abierto constituyen también un factor importante de posible desestabilización medioambiental. Sobre todo las dedicadas a la extracción de componentes que van a servir luego como materiales de construcción influyen en la fisonomía y la belleza del paisaje. Problema importante es el de la restauración de los recursos geológicos obtenidos en tales explotaciones que la Ley de Minas de 21-7-1973 encuadra en la sección A, es decir explotaciones «de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringido, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura», esto es, canteras, zonas de extracción de áridos, etc. Se trata de explotaciones que abundan en el territorio nacional, incluso en los terrenos de poca riqueza minera siempre y cuando la composición del suelo permita utilizar la tierra extraída como material de construcción. Debido al auge que está adquiriendo la construcción, de modo particular en zonas turísticas, el número de canteras es considerable incidiendo sobre el medio ambiente no solo a nivel paisajístico sino que también constituyen actividad molesta, producen vertidos residuales y suponen un problema complementario al utilizarse explosivos que con frecuencia se almacenan en la misma explotación o en sus alrededores. Al margen de las medidas de seguridad que puedan adoptarse por las autoridades locales, se carece de una eficaz normativa sobre la restauración de los espacios afectados. Si es cierto que existe una legislación que impone el deber de restaurar promulgada con el fin de facilitar el cumplimiento de esa obligación, su aplicación a las explotaciones conocidas como canteras tiene importantes fisuras que la hacen inviable. La normativa en cuestión está representada por el R.D. de 15-10-1982, que establece los conocidos como Planes de Restauración, y la Ley 12/1981 para la Comunidad Autónoma de Cataluña que regula otro instrumento de idéntica factura: el Programa de Restauración. El problema reside en que las previsiones contenidas en esa legislación son muy complejas para responder a las características de las canteras (poca extensión de las mismas, limitada duración de la explotación, valor de los materiales extraídos, etc.). La solución propuesta para estos casos por la doctrina es la remisión a la Ley de Minas; en ésta, el artículo 17 prevé la posibilidad de que las Corporaciones locales autoricen la explotación

de recursos de la Sección A, sometiendo el ejercicio de esa competencia a la previa aprobación de las ordenanzas locales, a las que habrá de ajustarse la autorización y su ejercicio; ordenanzas que a su vez han de contener las condiciones técnicas señaladas en Decreto del Consejo de Ministros. Normas que establecerán los instrumentos adecuados para la restauración del espacio a la medida de las características de la cantera, debiendo las Corporaciones locales controlar su cumplimiento.

Así, del propio modo que la posible contaminación que se produzca en la atmósfera y en las aguas con causa en las explotaciones mineras, queda incluida en el artículo 347 bis, hay supuestos, como el del incumplimiento de la obligación de restauración en las explotaciones de poca entidad, que es difícil adaptarlas a las normas sancionadoras. El Ministerio Fiscal consciente de esta problemática tiene la obligación de gestionar el aseguramiento de la restauración mediante la fianza que para estos casos establecen la legislación catalana y la nacional, o bien, en tanto se promulgan unas normas adecuadas al caso, instar a las autoridades locales para que incluyan en las autorizaciones de explotación, a las que se refiere el artículo 17 de la Ley de Minas, la obligación de restaurar, controlándola posteriormente. Se trataría, pues, de interesar a las autoridades competentes que controlasen un aspecto de la actividad industrial minera, que está provocando desmanes paisajísticos por todo el país, una vez producido ese control, y de persistir la negativa a restaurar, sería ya posible una intervención del Ministerio Fiscal en base a la gravedad de la alteración producida en el paisaje.

No debe olvidarse aquí el contenido del Real Decreto Legislativo de 28-6-1986, sobre Evaluación del impacto ambiental y el Real Decreto de 30-9-1988, que lo desarrolla, en donde se establece que los proyectos públicos o privados consisten en la realización de obras, para comenzar a ejecutarse deberán incluir un estudio de impacto ambiental que deberá contener una evaluación de los efectos sobre la población, la flora, el suelo, el agua y el paisaje. Entre las actividades que precisan de este proyecto, aparte las consistentes en extracciones a cielo abierto de hulla, lignito y otros minerales, se hallan las refinerías de petróleo, centrales térmicas, plantas siderúrgicas, construcción de autopistas, autovías y puertos comerciales. El incumplimiento de la evaluación del impacto ambiental no sólo da lugar a la suspensión de los proyectos, sino que es fuente de «la responsabilidad a que hubiera lugar» (art. 9.1) con lo que no se excluye la responsabilidad penal.

#### E) *Contaminación atmosférica*

Tradicionalmente los problemas relativos a la contaminación del aire han tenido una proyección exclusivamente privatista plasmada en los artículos 590 y 1908 del Código civil. El transcurso del tiempo y el fuerte desarrollo industrial condujeron a una administrativización de la materia con la promulgación de la Ley de Protección del ambiente atmosférico de 22-12-1972 y el Decreto de 6-2-1975, que, desarrollando la Ley, establece los niveles de inmisión, la Red nacional de vigilancia y previsión de la contaminación atmosférica, el Régimen especial de zonas de atmósferas contaminadas, etc. y con la introducción del artículo 347 bis ha adquirido una empresa protección penal de la contaminación del aire. Sin embargo, ofrece una gran dificultad de integración penal de los variados supues-

tos de contaminación atmosférica. No se trata simplemente de que se hayan respetado o incumplido los límites establecidos en la legislación vigente, pues desde el punto de vista técnico ni por superar unos niveles de inmisión queda probada una responsabilidad, ni, por el contrario, su respeto garantiza la inocuidad de los materiales vertidos. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que en determinadas condiciones atmosféricas de poca difusividad, los vertidos gaseosos se concentran en zonas contaminadas produciendo efectos negativos para la salud. Podría también ocurrir que, por el efecto sinérgico, dos industrias viertan sustancias permitidas que al ponerse en contacto produzcan un efecto altamente negativo. En este campo, en el que además tiene cabida la responsabilidad penal por infracción de la legislación nuclear (Capítulo XIII de la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la Energía nuclear) es indispensable el uso de informes, análisis, ensayos y estudios que permitan cuantificar y establecer los daños producidos, que describan los mecanismos físicos, químicos o biológicos que han intervenido y que sean capaces de concretar finalmente la correspondiente relación causa-efecto, que a simple vista y aún con la limitada proyección que posee el experto en Derecho, es prácticamente imperceptible debido a su alto contenido técnico.

En la práctica será preciso contactar con los diferentes tipos de redes de vigilancia y control de contaminación (urbana, industrial, transfronteriza o de fondo) dependientes de los distintos organismos locales, autonómicos y nacionales. Una primera posibilidad de intervención podría estar basada exclusivamente en el control de los niveles de emisión de las diferentes entidades contaminadoras de la zona elegida. Siempre será más sencillo controlar los niveles de emisión que los de inmisión. El primero consiste en la medida de presencia de un contaminante fuerte (por ejemplo, el humo de una chimenea), mientras que el segundo es la medida de presencia de un contaminante en una zona atmosférica concreta, efectuado sin plantearse en principio cuál es su origen o vías de acceso a la misma. Es decir, el nivel de emisión se controla instalando simplemente el instrumento de medición en la boca o punto de expulsión de órgano contaminador. El nivel de inmisión, sin embargo, al referirse a la incidencia del elemento contaminante en una atmósfera concreta, es mucho más complejo técnicamente de precisar y difícilmente permite establecer la relación causa-efecto.

Respecto a la contaminación por radioactividad, no debe olvidar el Ministerio Fiscal la existencia de una parcela de gran importancia, la de los múltiples aparatos e instalaciones en establecimientos industriales y sanitarios, para cuyo uso y posesión son precisas específicas medidas precautorias y de seguridad. Como es sabido hacen falta también cualificaciones especiales para operar instalaciones y equipos capaces de emitir radiaciones ionizantes. En este campo, y dada la peligrosidad de los efectos que se pudieran producir por cualquier infracción, sería conveniente una intervención con finalidad claramente preventiva en coordinación con las competentes autoridades administrativas.

#### **F) Contaminación sonora**

En principio, y con fundamento en el contenido de la legislación vigente, existen pocas o ninguna posibilidad de recurrir a la vía penal para proteger el medio ambiente contra la contaminación sonora (Reglamento sobre perturbaciones para-

sitarias de 14 de julio de 1986; Norma técnica-reglamentaria MT-2 sobre protectores auditivos de 28 de julio de 1975; Acuerdo de 20 de marzo de 1958 sobre homologación de piezas de automóviles, Real Decreto 873/1987, de 29 de mayo, sobre Limitación de emisiones sonoras de aeronaves subsónicas, etc.). La razón es que apenas existe referencia alguna al orden penal en tema de infracciones. Es cierto que con el ingreso en el Mercado Común la legislación es más exigente, con nuevos baremos en el establecimiento de niveles sonoros a cuyo cumplimiento se condiciona la libre circulación comercial de los correspondientes ingenios mecánicos; y se ha tratado de establecer un sistema de homologación de ciertos productos (máquinas, motocicletas, cortadoras de césped, etc.). Sin embargo, si consideramos que el artículo 347 bis se está refiriendo a dos sistemas fundamentales, el del agua y el del aire, a través de los cuales pueden transmitirse agresiones de muy diversos tipos (químicas, radioactivas, etc. y evidentemente también sonoras) no debe descartarse en absoluto la aplicación del Derecho penal cuando así lo aconseje la gravedad de la infracción. Para ello habrá que estar también al tipo de intervención administrativa previa en esta materia, en base a la legislación citada y al Reglamento de actividades molestas de 30-11-1961, cuyo artículo 14 regula la instalación de motores y grupos electrógenos en comercios, edificios y locales públicos en general.

### G) *Incendios forestales*

La protección del medio ambiente en el sistema español no se limita al contenido estricto del artículo 347 bis. Junto a él existen otras figuras penales de notable incidencia en la protección ecológica, que deben ser tenidas en cuenta por el Ministerio Fiscal.

Algunas de estas figuras se hallan en el Código penal. Así como ocurre con los incendios forestales regulados en los artículos 553 bis a), 553 bis b) y 553 bis c), según la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1987, de 11 de diciembre. Aún cuando sigan incluidos entre los delitos contra la propiedad, las penas no están ya en función exclusiva del daño patrimonial causado, sino, sobre todo, del peligro para la vida o la integridad de las personas (art. 553 bis a), de los efectos erosivos en los suelos (artículo 553 bis b).2.), de la alteración de las condiciones de vida animal o vegetal (art. 553 bis b) 3) o del deterioro o destrucción de los recursos afectados (art. 553 bis, b).4.). Se valoran, por tanto, las perturbaciones ecológicas (erosión, reducción de la fertilidad, modificación del paisaje, alteración climática e hidrológica, disminución de la fauna) que presuponen un verdadero atentado a los recursos naturales que contribuyen a la belleza del ambiente, todos ellos de mucha mayor entidad que el simple incendio del arbolado. Así se reconoció ya en la Orden de 17 de junio de 1982, por la que se aprueba el plan básico de lucha contra los incendios forestales, en cuanto se refería no solo al problema social y económico que representan los incendios, sino también a la grave repercusión en la climatología, ecología y medio ambiente al destruirse extensas masas forestales.

Fuera del Código penal existen también otros supuestos que, como los incendios forestales, afectan al medio ambiente. Así ocurre con la Ley de Caza de 4-4-1970 o con la Ley de Pesca Fluvial de 20-2-1942.

La extrema gravedad de los incendios forestales es de dominio público. Durante 1989 han tenido lugar tantos miles de incendios forestales intencionados, que las llamas van convirtiéndose en espectáculo habitual del paisaje hispánico. Las regiones cantábrica y atlántica donde crecen frondosos bosques no sólo no se han liberado de ellos sino que las hectáreas calcinadas representan un porcentaje superior al del resto de España.

Desde hace varios años la Fiscalía General del Estado se ha ocupado con profunda preocupación de este grave problema que está convirtiendo inmensas zonas de nuestro territorio en vías próximas a la desertización. Y deseosos de colaborar en lo posible a la erradicación de los incendios forestales se ha propuesto la adopción de concretas medidas.

En la Memoria de 1986 se expresaba que era urgente una política forestal eficaz capaz de impedir el implacable aumento, en progresión casi geométrica, de bosques centenarios quemados. Para todos estos incendios deben acentuarse las medidas de prevención y de investigación, debiéndose establecer, además, una sanción penal más adecuada a los bienes jurídicos que los delitos de incendios forestales protegen. Las medidas de estricta prevención se harán efectivas a través de los respectivos Cuerpos de Guardería Forestal de las Comunidades Autónomas, que junto a la Guardia Civil realizarán una mayor labor de vigilancia en los lugares y épocas del año en que el incendio muestra una mayor actividad. La tarea no es fácil pero el grave hecho que se pretende evitar justifica sobradamente su puesta en práctica.

En la Memoria de 1987 se insistía en que son precisas inaplazables medidas para hacer efectiva y real la responsabilidad que alcanzará a los que incendian bosques voluntariamente con oscuros e inconfesables motivos o a quienes los provocan por descuidos insolidarios. Es específicamente al Ministerio de Agricultura a quien compete la adopción de medidas de defensa de la naturaleza en coordinación con Comunidades Autónomas, Diputaciones y Municipios y situados a escala nacional, se sugería que no resultaría anómala la creación en el seno del Parlamento de una Comisión dedicada al seguimiento de las acciones incendiarias, al estudio de su prevención y a la propuesta de soluciones eficaces.

En la Instrucción 1/1986, de 10 de julio, se decía que aunque la actividad propia del Ministerio Fiscal se desenvuelve en un plano distinto al de la función administrativa, que se encamina a la prevención directa de los incendios forestales o a la conservación de los parajes excepcionalmente pintorescos que contribuyen a la belleza de nuestro ambiente, ello no es obstáculo para que adopte determinadas medidas. De un lado, no debe permanecer indiferente ante el implacable avance de la deforestación, sino que ha de colaborar en la medida de sus posibilidades, con las autoridades que en los respectivos territorios autonómicos se hallen encargadas directamente de la política de defensa de los bosques, cooperación que se extenderá, si fuere necesario, a la observancia e interpretación de las medidas precautorias legalmente sancionadas (Ley de 5-12-1972 y Orden de 17 de junio de 1982, por los que se aprueban el plan básico de lucha contra los incendios forestales). Y de otra parte, el Ministerio Fiscal podrá interesar con los miembros de la Policía judicial más directamente relacionados con los montes, su vigilancia. Y se recomienda, por último, al Ministerio Fiscal que colabore incondicionalmente con las autoridades de la Administración forestal a fin de poder lograr entre todos el cese de los incendios forestales, productos del desamor, de la falta de

respecto a nuestros bosques y del deseo de unos pocos desalmados de situar a España dentro del desastre ecológico que supondría su desertización gradual.

Y muy recientemente hemos dictado una Instrucción, la número 4/1990, de 25 de junio, para hacernos eco, ante la época estival, de la gran tragedia ecológica que significan los incendios forestales, que cada año, lejos de disminuir, se agigantan de modo alarmante, convirtiendo en paisajes desérticos miles de hectáreas que constituían bellos parajes naturales. Como la conservación, defensa y fomento de las masas forestales debe ser obra de todos, la Fiscalía General del Estado contribuye una vez más, con la esperada cooperación de los restantes poderes públicos, a ese deber, interesando de todos los Fiscales que permanezcan en contacto directo con la realidad medioambiental, sus irregularidades y sus problemas, lo que es indispensable para la defensa del interés social, a lo que constitucionalmente se encuentra obligado. Si las medidas de prevención deben incrementarse a la vista de los resultados que cada año se producen no obstante los esfuerzos desplegados, cabe esperar del Ministerio Fiscal que cuando se trate de la investigación y castigo de las conductas atentatorias contra el medio ambiente, y en especial de los incendios forestales, extremen su reconocida competencia, y que colaboren con las autoridades de la Administración forestal.

Tan solo unos meses después de la última Instrucción dictada, la acción incendiaria continúa esquilmando los bosques, el fuego arrasa los montes españoles en magnitudes extraordinarias. En pocos días de este verano los incendios han alcanzado cotas alarmantes. En Galicia fueron arrasados más de 30.000 hectáreas de bosque. Más de 1.800 hectáreas del Parque Natural de la Caldera de Taburiente, en la isla de La Palma, han sido incendiadas, resultando afectada la singular superficie arbórea. En el Parque Natural de Monfragüe, en la provincia de Cáceres, peculiar ecosistema no sólo por sus valores estéticos sino por la rareza de los animales silvestres que tienen allí su *habitat*, otras 3.000 hectáreas de monte se han calcinado. El fuego se ha extendido también por los montes de Granada, Avila, Asturias, Valencia... Y no se trata solo de un desastre ecológico, sino también económico, con pérdida de miles de millones, a los que se unirán las inversiones para su restauración en el caso de que sea posible, pues la regeneración de algunas especies precisa de siglos.

Para salvaguardar un entorno, que es tanto de la generación presente como de las venideras, es imprescindible disponer de todos los instrumentos técnicos y de los medios personales que sean necesarios y así hacer frente definitivamente a un problema cuya gravedad es tal en estos momentos que ya es imposible que pueda exagerarse, y que de permanecer en los años que quedan de siglo se habrá producido la transición desde el bosque verde de los montes españoles a la negrura de los paisajes desérticos. En su esfera de intervención el Ministerio Fiscal está sensibilizado ante tal amenaza.

#### H) *El furtivismo*

El furtivismo, especialmente en materia de caza, es uno de los grandes peligros que acechan a numerosas especies de animales silvestres que hallan todavía en nuestro territorio uno de los pocos reductos de subsistencia en el continente europeo. Con el furtivismo, especialmente el selectivo y en cualquier época del año

—abundante desgraciadamente— se tiende además a la eliminación de las especies cinegéticamente de mayor valor, sobre todo a las que se hallan en peligro de extinción (lince, oso pardo, buitre leonado, buho real, quebrantahuesos, diversos tipos de águilas) y respecto de las cuales no solo está prohibida su caza, sino también su captura, venta y exportación (arts. 29, 31 y 33 de la Ley 4/1989 de 27 de marzo y Real Decreto 1.095/1989, de 8 de septiembre) y cuya infracción conlleva no solo responsabilidad civil y administrativa (la faltas del art. 38, 6 y 7 están sancionadas con multa de 10 a 50 millones de pesetas) sino también penal (el art. 42 de la Ley de Caza mantiene aún la pena alternativa de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas).

Pero también la caza incontrolada tiene otras importantes repercusiones negativas en el orden medioambiental. El ejercicio del derecho de caza puede ser, en efecto, una de las causas que contribuyan a la deforestación, pues se acude muchas veces a los incendios para reducir la masa arbórea y matorral, refugio de las especies buscadas, que de esta manera se concentran en superficies de menor extensión con lo que se captura es más fácil.

El furtivismo, y también la caza incontrolada, contribuyen a la disminución de las especies objeto del derecho de caza, lo que puede provocar consecuencias negativas en el sector laboral, aparte otras repercusiones económicas. Por vía de ejemplo, la actividad cinegética en Castilla La Mancha, en dónde existen, muy cuidados, muchos cotos privados de caza, ha permitido la creación de cerca de 5.000 puestos de trabajo fijos, en su mayoría para la vigilancia de las explotaciones, y al menos 650.000 jornales eventuales por año, según los datos facilitados por la Consejería de Agricultura. La importancia de la caza es mayor en zonas deprimidas de la región, dónde la contratación de jornaleros en épocas de descanso agrícola viene a mitigar en parte la alta tasa de desempleo que soporta Castilla La Mancha y genera además unos ingresos superiores a los 19.000 millones de pesetas. En Andalucía y Extremadura la situación es análoga a Castilla La Mancha.

El Ministerio Fiscal también en este campo deberá procurar la observancia por todos de la estricta legalidad. Lo que sucede es que es difícil en muchos casos, adoptar una decisión equitativa y uniforme. De un lado, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, señala que las infracciones administrativas muy graves que consistan en la captura de especies animales en peligro de extinción, se sancionarán con multa que puede llegar hasta los 50 millones de pesetas (arts. 38.6 y 29.1 y 2) y agrega después (art. 40) que cuando estas infracciones sean constitutivas de delito de sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de la multa administrativa, y, repetimos, la sanción penal puede consistir en una multa de 5.000 pesetas. Y, por otro lado, tampoco es fácil una solución justa, porque si en el artículo 42.f) de la Ley de Caza, es el valor cinegético de lo cazado y no la tasación de las piezas capturadas, el índice delictivo, aquél es de tan poca entidad, 2.500 pesetas, que constituye el mismo delito cazar en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, sin permiso, magníficos ejemplares de ciervo, jabalí o capra hispánica que un conejo, una liebre o unos zorzales, ya que en las diferentes Comunidades Autónomas el valor cinegético de los más comunes ejemplares de caza menor rebasan la cifra establecida en el artículo 42.f) de la Ley de Caza. Esto en cuanto a la penalidad, porque en tema de responsabilidad civil los valores cinegéticos asignados a las especies en nuestras Comunidades Autónomas no coinciden. Así el Gobierno regional asturiano aprobó en un

Decreto de 8 de marzo de 1990 un catálogo abierto de especies amenazadas de la fauna vertebrada regional en que se introduce también un aumento de las indemnizaciones y valoraciones, incrementándose la cuantía original a tres millones de pesetas por los osos, cuando en la Comunidad limítrofe de Castilla-León es sólo de millón y medio de pesetas (Ordenes de la Consejería de Agricultura de 6-9-1985 y 30-6-1988, art. 9).

#### **IV. Conclusión**

Es cierto que, en su aplicación práctica, las cuestiones aquí tratadas entrañarán dificultades, dadas las especiales características y la dispersión de la normativa medioambiental, así como el intenso trabajo que existe en la mayor parte de las Fiscalías. Pero al estar tan gravemente comprometido el medio ambiente, que puede conducir al agotamiento de los recursos acuáticos y espacios naturales, a la degradación del cada vez más contaminado ambiente atmosférico, a la desaparición de singulares especies de la flora y fauna silvestre y a la extinción de los bosques atlánticos y mediterráneos, obliga al Fiscal General del Estado a solicitar de los Fiscales la plenitud de su esfuerzo en mantener vivo el espíritu de iniciativa en la investigación y persecución de estos delitos, que está amparada en las facultades que la nueva legislación concede en la fase preprocesal e incluso en el proceso. Así el Ministerio Fiscal, siempre en vanguardia cuando se trata de la defensa de intereses sociales, eliminará el sentimiento de impunidad muy generalizado que late aún en las agresiones al medio ambiente, y contribuirá a la conservación y restauración de la realidad ambiental.

# 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

### **LA INCOMPATIBILIDAD DEL ARTICULO 61 DEL CODIGO PENAL CON LAS PENALIDADES COMPUESTAS DE PENAS FACULTATIVAS CORRELATIVAS**

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989.

Ponente Manuel García Miguel. RA 7546)

DAVID FELIP I SABORIT

Estudi General de Girona. Universitat Autònoma de Barcelona

#### I. INTRODUCCION

Los procesados, José Ramón T. P. y José Luis M. C., asaltaron una sucursal bancaria utilizando armas de fuego para intimidar a los empleados, dándose a la fuga una vez conseguido el botín. La Audiencia Provincial de Bilbao los condenó por un delito de robo con intimidación en las personas y uso de armas (art. 501.5 y 501 párr. últ. C.p.) y otro de tenencia ilícita de armas (art. 254 C.p.). El Tribunal apreció también la existencia de dos circunstancias agravantes genéricas (reincidencia y disfraz). Respecto al robo, el artículo 501.5 (tipo básico de robo contra las personas, pena de prisión menor) efectúa una remisión a la aplicación de la penalidad prevista para el delito de robo con fuerza a las cosas cuando, por la existencia de las circunstancias agravantes de esta última modalidad (art. 506), la pena correspondiente fuera mayor (art. 505, prisión menor en su grado máximo) (1). Al observar la Audiencia que concurrían las circunstan-

---

(1) Sanción a la que se llega igualmente a través de la modalidad de uso de armas prevista en el artículo 501, párrafo último, por lo que en este caso, la remisión a la regulación del robo con fuerza en las cosas, sólo tiene sentido si se admite la aplicación de la agravación del artículo 506. *vid. infra* nota 4.

cias 1.<sup>a</sup> (porte de armas) y 4.<sup>a</sup> (oficina bancaria), entendió que podía utilizar además la facultad de aumentar la pena en un grado recogida en el párrafo último del mencionado artículo 506. Por el delito de robo, los acusados fueron condenados a una pena privativa de libertad de ocho años (prisión mayor en grado mínimo).

Contra esta sentencia recurrieron el Fiscal y los procesados. El recurso presentado por el Ministerio Público afecta a la medición de la pena realizada y constituye el objeto principal del presente comentario. Si, se alega, la Audiencia ha hecho uso de la previsión del artículo 506 párrafo último y ha impuesto la pena superior en grado (prisión mayor), debería haber sido en su grado máximo al concurrir dos agravantes, tal como dispone el artículo 61.2 del Código penal.

A través de la sentencia de 3 de octubre de 1989, el Tribunal Supremo rechaza tal pretensión y considera ajustada a Derecho la determinación de la pena efectuada en la decisión impugnada, pese a su abierta contradicción con el literal del artículo 61. Entiende que en el Código penal español existen supuestos excepcionales liberados del método ordinario de determinación legal de la pena. Al reconocerse al Juez una discrecionalidad máxima o de primer grado para escoger el marco penal aplicable a un delito (como es el caso del artículo 506 párr. últ. cuando se opta por la pena superior en grado), la excepcionalidad debe hacerse extensible a la concreción del grado interno de la pena: «...la individualización judicial no viene sujeta a otros límites que los determinados por los inherentes a los respectivos grados mínimo y máximo señalados por la correspondiente pena por la individualización legal, y en definitiva, que no son aplicables las reglas contenidas en el artículo 61...».

La propia sentencia reconoce su adscripción a una moderna doctrina jurisprudencial (2) creada para solventar problemas similares planteados por las atenuaciones previstas en los artículos 65 y 66 del Código penal. La nueva línea entiende «...que el artículo 61 es de aplicación obligada cuando el aumento o disminución de la pena se haga en un solo grado impuesto como preceptivo, pero si se elige el aumento o la disminución en dos grados, como esto es absolutamente discrecional, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto sin vinculación alguna al artículo 61...».

En esta decisión se trata un interesante problema que afecta al proceso de determinación legal de la pena. Admitiendo que el supuesto de hecho estuviera bien calificado, el Tribunal debía elegir, en un primer momento, entre imponer la pena de prisión menor en grado máximo (mínimo obligatorio) o prisión mayor (pena superior en grado, máximo facultativo). Veamos los resultados que se obtendrían aplicando el artículo 61:

---

(2) Se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1989 (RA 3196) y de 8 de mayo de 1989 (RA 4140).

a) Si se opta por la primera sanción, al concurrir dos circunstancias agravantes, la pena aplicable es de 5 años 4 meses y 21 días a 6 años (grado máximo de la prisión menor en grado máximo).

b) Si se escoge la pena superior en grado, de 10 años y un día a 12 años (prisión mayor en grado máximo).

Existe un tramo intermedio vacío de 4 años de privación de libertad. Para evitarlo, tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo prefieren inaplicar los cuatro primeros apartados del artículo 61 y tener a su disposición la pena superior en grado en toda su extensión.

Se tratará de discernir:

a) Si el sistema general de circunstancias modificativas generales provoca situaciones absurdas.

b) Si es posible obviar el empleo forzoso del artículo 61 y ampliar el margen de individualización judicial en la delimitación del grado de pena sin vulnerar el principio de legalidad.

c) Qué características observaría este hipotético régimen excepcional que lo distinguirían del sistema de determinación ordinario.

d) Partiendo de los casos más habituales, a qué otros ámbitos podría ser admisible esta solución especial.

Este cúmulo de cuestiones han sido tratadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989, distanciándose de la doctrina hegemónica hasta 1988. Desde entonces habían empezado a aparecer algunas sentencias que alteraron la aplicación del artículo 61. Con la presente resolución se culmina parcialmente el proceso y se abren nuevos interrogantes.

La sentencia presenta otros puntos de interés que no se abarcarán en este comentario. La compatibilidad del delito de tenencia ilícita de armas con las agravantes de uso y porte de armas presentes en la regulación del robo (3); la debatida cuestión de la aplicación del párrafo último del artículo 506 a los robos con violencia o intimidación en las personas y el tema conexo de la utilización de la agravante de porte de armas (art. 506.1) en sustitución del uso de armas (art. 505 párr. últ.) para poder emplear el aumento facultativo de pena del artículo 506 (4); o, incluso, los problemas que suscita la determi-

---

(3) Jurisprudencia habitual del Tribunal Supremo; *vid.* DÍAZ MAROTO VILLAREJO, J.: *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, pp. 181-185. Algunos autores discrepan en mayor o menor medida de la posición del Tribunal Supremo. VIVES ANTÓN, T. S. en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONEL: *Derecho pena, Parte Especial*, Valencia, 1988, p. 793, *acepta la posibilidad de un concurso de leyes cuando la tenencia esté directa o estrechamente ligada a la comisión del robo. Refiriéndose a delitos contra las personas*, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, Parte Especial* (puesta al día por A. Serrano), Madrid, 1988, p. 911 y QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español, Parte Especial*, vol. I, Barcelona, 1987, p. 502, aprecian que el uso del arma debería consumir su tenencia ilícita al verificarse el peligro abstrato en la realización del delito más grave.

(4) La jurisprudencia se manifiesta afirmativamente en ambas cuestiones. Ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1987 (RA 9886)

nación de la pena superior en grado a una pena no impuesta en toda su extensión (5).

## II. LA DETERMINACION DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL

### 1. Generalidades

Como ya es sabido, el sistema de fijación de la pena en el Código penal español, es un sistema de penas relativamente determinadas que se estructura en torno a dos fases sucesivas, la determinación legal y la judicial (6).

Como punto de partida se dispone de la conminación penal genérica para un comportamiento delictivo, prevista en los tipos de la Parte Especial. Usualmente, corresponde al autor del delito consumado. Normalmente, establece una pena expresa, aunque en ocasiones, se toma como punto de referencia la sanción establecida en otros artículos, por lo que la complejidad del proceso puede aumentar. Esta pena abarca un período temporal más o menos amplio, denominado marco penal abstracto (7), que suele coincidir exactamente con alguna de las penas contenidas en las escalas graduales del artículo 73 del Código penal. En caso de tratarse de un delito imperfectamente ejecutado, actos preparatorios punibles o alguna forma de participación, el marco penal abstracto se construye a partir de la correspondiente combinación entre el marco penal abstracto previsto para el autor del delito consumado y los artículos 49 y siguientes

---

o la del 14 de abril de 1989 (RA 3196). En sentido contrario, se pronuncia mayoritariamente la doctrina. *Vid.* por todos, RUIZ ANTÓN: *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, en «Comentarios a la legislación penal», vol. II, Madrid 1985, p. 1068 y ss. Adopta una interesante posición intermedia VIVES ANTÓN: *Parte Especial*, *ob. cit.*, p. 794.

(5) Tanto jurisprudencia como doctrina coinciden en entender que se aplican las normas previstas en el artículo 56, siendo, por tanto, la pena superior en grado la compuesta por los tres grados siguientes al grado máximo de la parcialmente impuesta. Por contra, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1989, pp. 399-380, interpreta que la pena superior se compone solamente por el grado interno de pena inmediatamente superior.

(6) Y en las penas privativas de libertad, la determinación penitenciaria.

(7) Discutida es la incidencia en la formación del marco penal abstracto inicial del conjunto de elementos no esenciales previstos directamente en al Parte Especial que gradúan o modifican las penas (por ejemplo, arts. 506 o 516 del Código penal). Se debate sobre si inciden en la creación de subtipos cualificados o privilegiados sobre los que debe de iniciarse el proceso de determinación (postura mayoritaria), o si deben de tratarse al igual que las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, posibilitando la mutua compensación (cfr. ALONSO ALAMO, M.: «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho penal», en *CPC*, 1983, pp. 5 y ss.). Para una exposición general de posturas, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pp. 72 y ss.

del Código penal. Se culmina así la determinación cualitativa de la pena.

En nuestro Código el legislador no se conforma con restringir hasta este punto los márgenes judiciales. Sobre la base del marco penal abstracto, se procederá a la concreción legal o punto máximo de determinación expresa de los límites de la pena según el concurso de las diversas circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad penal, regulado en el artículo 61. Este procedimiento se denomina *determinación cuantitativa de la pena o señalamiento del grado o grados internos de pena* que correspondan. Se habrá obtenido el marco penal concreto con el que finaliza la fase de determinación legal de la pena.

Existen sin embargo casos excepcionales en los que la apreciación de circunstancias modificativas afecta, no a la determinación de la extensión interna de la pena, como es usual, sino que comportan la imposición de un marco penal distinto. Se trata de las denominadas *atenuantes privilegiadas*: artículo 61.5, 65 y 66 del Código penal. Tras la aplicación de estos artículos, operación que supone la utilización del arbitrio judicial dentro de la fase de determinación legal (8), la jurisprudencia consideraba que se debía continuar con el proceso ordinario de determinación del marco penal concreto mediante la utilización del resto de preceptos del artículo 61.

Finalizada la determinación legal de la pena, se inicia la fase de determinación o individualización judicial. A partir de este instante, el Juez puede, dentro del marco penal concreto, establecer exactamente la pena siguiendo las orientaciones legales al respecto, los fines del Derecho penal y los límites de la potestad punitiva en un Estado social y democrático de Derecho (9).

Importa señalar que:

a) En la fase de determinación legal (salvo las excepciones que se verán más adelante), las normas son absolutamente tajantes respecto al marco penal que se obtiene antes de la determinación judicial, es el resultado obligado y único de las previsiones del legislador. Así, por ejemplo, el marco penal concreto correspondiente al cómplice de un delito de homicidio consumado sin la presencia de circunstancias modificativas, es necesariamente prisión mayor en grado mínimo o medio. Cualquier otra solución contraría abiertamente los artículos 407, 53 y 61.4 del Código penal. La actividad del Juez se limita a los presupuestos que fundamentan la existencia de un delito y su incardinación en el marco penal correspondiente.

(8) Fenómeno que ya se observa en fases anteriores en determinación, como por ejemplo, en la tentativa o en los denominados preceptos especiales moderadores de la penalidad. Cfr. LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*; Valencia, 1988, pp. 27 y ss. *Vid. infra* la enumeración de IV.5.

(9) MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1990, pp. 825 y ss.

b) En la fase de determinación judicial no existe un resultado que se pueda obtener aritméticamente de forma inequívoca a través de una simple subsunción, sino que es preciso una actividad valorativa respecto a la magnitud de la pena. Cuando el responsable de un homicidio consumado sin presencia de circunstancias atenuantes o agravantes es condenado a la pena de 12 años y un día de reclusión menor, esta sanción no está expresada directamente por ningún imperativo legal, sino que es fruto de la ponderación de la gravedad del hecho, la personalidad del delincuente y el mal producido (art. 61.4 y 61.7), sobre la base de los márgenes férreamente establecidos en el momento de determinación legal.

Las dificultades de la determinación de la pena se ven notablemente acrecentadas cuando las dos fases de determinación se interpenetran. Ya se ha indicado que, en ocasiones, durante el proceso de determinación legal se presenta un momento de discrecionalidad judicial para volver nuevamente a la fase legal. Este es el caso, entre otros, de las atenuantes privilegiadas o del párrafo último del artículo 506 (posibilidad de optar entre dos marcos penales distintos —momento de arbitrio judicial— antes de proceder a la determinación cuantitativa de la pena a través de las circunstancias genéricas —vuelta a la determinación legal tasada—).

La situación se hace aún más anómala ya que, por la distinta naturaleza de las dos fases, el control de las decisiones, en uno u otro campo, se presenta diferenciado.

Está absolutamente aceptado que cualquier divergencia o error sobre la determinación aritmética de la pena en la fase de determinación legal constituye una infracción de ley susceptible de recurso y consiguiente casación (10).

Por el contrario, en la fase de determinación judicial, las opiniones respecto al margen de maniobra judicial no son unánimes. El Tribunal Supremo entiende que, en los casos de discrecionalidad o arbitrio judicial, cabe distinguir entre:

a) *Discrecionalidad máxima o de primer grado*, no susceptible de control casacional. El Tribunal *a quo* puede establecer la pena que crea más conveniente con la única cortapisa de los límites mínimos y máximos, legalmente señalados y sin posibilidad de casación. La jurisprudencia considera que los artículos 65 y 66 son claros exponentes de esta discrecionalidad máxima. La misma opinión mantiene el artículo 61, tanto en los casos en que no se ofrece ninguna directiva

---

(10) El Tribunal Supremo ha llegado a apreciar, correctamente, que un error de un solo día en la determinación legal, es motivo de casación. *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril (RA 2907) y 17 de mayo de 1988 (RA 3678). A título de curiosidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1986 (RA 2102), efectúa una división errónea de la pena de prisión menor en grado máximo que es idéntica a la primera de las anteriores sentencias.

expresa (aps. 1 y 2), como en aquéllos en que está concretado algún criterio (aps. 3, 4, 5 y 7) (11).

b) *Discrecionalidad mínima o de segundo grado* «en la que la operación intelectual sobre la fijación de la pena está vinculada a ciertos condicionamientos fijados normativamente, consistiendo la discrecionalidad en hacer o no hacer uso de los mismos, pero una vez los Tribunales la utilizan o ejercen, quedan obligados por los mismos» (12). Esta ponderación puede ser errónea y, por tanto, objeto de revisión casacional aunque se mantenga dentro de los márgenes legales. Suele ponerse como ejemplo paradigmático la posible atenuación de la pena para el delito de tenencia ilícita de armas, prevista en el artículo 256 o la modalidad de destierro del artículo 67 (13).

En realidad la distinción entre dos tipos de discrecionalidad no es tan amplio como parece. De la misma forma que determina la existencia o no de una atenuante muy cualificada, el Tribunal Supremo entra a discernir, por ejemplo, si concurren los condicionamientos de la atenuación del artículo 256 en caso que se haya hecho uso de éste, más no la decisión en sí de utilizarlo o su empleo adecuado, elementos que continúan siendo vistos como plenamente discrecionales (14).

La doctrina es mucho más restrictiva respecto al concepto de discrecionalidad en la individualización de la pena. En todo caso se trataría de una discrecionalidad jurídicamente vinculada, un acto de aplicación del Derecho, de las normas y principios que expresa o implícitamente rigen el proceso de individualización y, por tanto, controlable casacionalmente (15).

Será difícil vencer las reticencias jurisprudenciales ante el temor a una avalancha de recursos contra la determinación efectuada en

---

(11) Cfr. en la jurisprudencia reciente: artículos 65 y 66 (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990, RA 482), y las recogidas *infra* en III; artículo 61.1 (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1989, RA 2485); artículo 61.2 (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1988, RA 9376); artículo 61.3 (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1988, RA 301); artículo 61.4 (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989, RA 2702), artículo 61.5 (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1988, RA 2702), y artículo 61.7 (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1988, RA 1515). Referencia a sentencias anteriores en SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «La revisión casacional de la individualización judicial de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 6, 1987, p. 138 nota 2 y ss.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1986 (RA 1939) citada por GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.: «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 143. En términos parecidos, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1988 (RA 402).

(13) *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988 (RA 2039) y de 26 de noviembre de 1989 (RA 9321), respectivamente.

(14) Así, claramente en la sentencia del Tribunal Supremo de ) de octubre de 1987 (RA 7552).

(15) *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ: «La revisión...», *ob. cit.*, pp. 138-141.

cada condena (16). Sin embargo, ya se observan los primeros progresos en la exigencia de motivar en las sentencias la individualización efectuada (17).

El problema planteado por la sentencia que se omenta, si bien está vinculado a la discrecionalidad judicial (buena parte de la argumentación del Supremo pivota sobre ella), es previo a ésta. Para evitar espacios vacíos intermedios en las penas aplicables, se adelanta la fase de individualización judicial, suprimiendo la determinación legal cuantitativa.

## 2. Excepciones admitidas en la determinación cuantitativa de la pena

Cuando las penas son divisible, la determinación de los grados internos de pena se efectúa en base a las normas del artículo 61. Sin embargo, están previstas algunas excepciones comunmente reconocidas:

a) En los casos de concurrencia de dos o más atenuantes o de una muy cualificada (art. 61.5), los Tribunales pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de circunstancias.

b) En el delito continuado y delito masa (art. 60 bis) tampoco rige el mérito usual de determinación cuantitativa.

c) El artículo 340 bis c establece la inaplicación del artículo 61 para los delitos contra la seguridad del tráfico (18). Los Tribunales procederán «según su prudente arbitrio» a determinar el grado de pena.

d) El artículo 344.3 párrafo último indica que, en los casos sumamente graves de alteración o simulación de sustancias medicinales, los Tribunales podrán imponer las penas inmediatamente superiores a las ordinariamente señaladas en el grado que estimen conveniente, atendiendo a las circunstancias del culpable y del hecho.

e) El artículo 565 sustrae de la observancia del artículo 61 a los delitos culposos de la modalidad de imprudencia temeraria (las demás

---

(16) CÓRDOBA RODA, J.: «Consideraciones sobre la jurisprudencia penal», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1947, p. 125, señalaba que la inclinación de ampliar más allá de la ley el arbitrio judicial, responde en parte a la tendencia de evitar la casación de sentencias.

(17) Cfr., sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1989 (RA 665), 20 de junio de 1989 (RA 5181) y 11 de noviembre de 1989 (RA 9321), y ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 18, 1990, p. 133. Sin embargo, se suelen corroborar las decisiones siempre que se mantengan dentro de los márgenes de determinación legal. Como ejemplo sangrante de la ausencia de motivación *vid.*, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 (RA 9737).

(18) VIVES ANTÓN, T. S.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 74, no considera afectado por este artículo al reciente delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 340 bis d).

formas de imprudencia, al constituir faltas, tampoco siguen las normas del art. 61).

f) Tampoco tiene efectos para la pena de multa (art. 63), ni para las faltas (art. 601, que les exime de cualquier disposición comprendida entre los arts. 49 y 66).

De todas formas, no parece que la voluntad del legislador sea que no se tengan en cuenta en absoluto la existencia de circunstancias modificativas, sino que no produzcan los efectos penológicos previstos en el artículo 61.

### 3. Excepciones discutidas en la determinación cuantitativa de la pena

Fuera de estas excepciones el artículo 61 es de aplicación general y obligatoria. Esta ha sido la posición dominante en la jurisprudencia española en los últimos años. Sin embargo la doctrina ha señalado la existencia de otros casos en los que el Juez, posiblemente, está liberado de tal prescripción.

En la Parte Especial ha sido objeto de polémica la concreción de la pena en la receptación. En el artículo 546 bis e C.p., se indica que la personalidad del delincuente y las circunstancias del hecho son el criterio de graduación de las penas previstas para las distintas modalidades del delito de recepción. ¿Significa ello que no se utilizará el sistema ordinario del artículo 61? Las interpretaciones al respecto han sido dispares. Algunos autores se inclinan por entender que, simplemente se está exceptuando la aplicación del artículo 61.4 (ausencia de atenuantes y agravantes) en los delitos de receptación, mientras que se mantienen vigentes el resto de apartados (19). Por contra, la mayoría de la doctrina afirma que en este ámbito no son operantes las normas del artículo 61 (20). La jurisprudencia ha asumido posturas diversas, si bien en los últimos años opta por entender que los parámetros del artículo 546 bis e deben de ser utilizados como criterios de individualización una vez aplicado el artículo 61 y que, en el caso del apartado 4 de este artículo, las previsiones especiales para el delito de receptación no son más que una concreta especialización de los criterios generales de graduación. En consecuencia, se rechaza que el artículo 546 bis o sea ley especial respecto a la totalidad del artículo 61 (21).

(19) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, pp. 340-341; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 252.

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal español*, tomo III (puesto al día por C. García Valdés), Madrid, 1978, pp. 423-424; RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte Especial*, vol. II, *ob. cit.*, p. 703.

(21) Ultimamente, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1987 (RA 7567), 10 de mayo de 1988 (RA 3527), 11 de abril de 1989 (RA 6733) y de 2 de

Sin embargo el caballo de batalla fundamental en esta controversia ha sido, principalmente, el artículo 66 y, en menor medida, el artículo 65.

Según el artículo 66 C.p. en caso de concurrir una eximente incompleta, debe de aplicarse la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley. Las desavenencias aparecen en el momento de determinar el grado de pena interno, una vez efectuada la rebaja. Se trata de establecer si juega plenamente el sistema de atenuantes y agravantes genéricas según los cánones habituales o si el Juez goza de mayor discrecionalidad. La discusión orbita sobre la ambigua referencia al respecto del propio artículo 66. Puede entenderse que el Juez determinará cualitativamente la pena según las características de la eximente y que utilizará, posteriormente, las circunstancias genéricas para la determinación cuantitativa, como en cualquier otro caso ordinario. Pero también es posible interpretar que se está facultando al juzgador para indicar grado que considere más conveniente dentro de la clase de pena, en base a la naturaleza de la eximente, librándose del artículo 61. En otras palabras, se trata de discernir si en el artículo 66 se está haciendo referencia al grado de escala o al grado interno de pena, cuando se afirma que «la impondrá en el grado que estime conveniente».

Veamos los argumentos esgrimidos, desde posiciones encontradas, por CÓRDOBA RODA y GIMBERNAT ORDEIG.

CÓRDOBA opina que el artículo 61 no está derogado por el artículo 66, ya que del contenido de éste no se extrae ningún régimen especial. La expresión «grado» de su última parte, debe interpretarse como pena y, en consecuencia, el Tribunal continúa vinculado por las normas del artículo 61 una vez efectuada la degradación de la pena (22). Sus argumentos son los siguientes:

A. Si la presencia de una eximente incompleta motiva la rebaja de la pena en uno o dos grados, parece lógico que las características concretas de la eximente incompleta concurrente, determinen la magnitud de la atenuación. Sería absurdo utilizar la naturaleza de la eximente únicamente para graduar la pena una vez determinado el grado de escala (23).

---

octubre de 1989 (RA 7537). Sin embargo, el Tribunal Supremo había mantenido posiciones distintas anteriormente. Durante los años sesenta (*vid.*, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1965. RA 5395), se inclinó por la solución opuesta sobre la base argumental que de otra forma el artículo 546 bis e sería una norma absolutamente superflua. A partir de 1970, mantiene la jurisprudencia actual (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1970, RA 1612).

(22) CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas*, Oviedo, 1966, pp. 25-34. Del mismo autor, *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona, 1972, pp. 299-301.

(23) CÓRDOBA: *Las eximentes...*, *ob. cit.*, pp. 32-33. La argumentación se inspira también en el origen histórico del artículo 66. Con una reducción prácticamente idéntica a la actual, el artículo 73 del Código de 1848 indicaba que, en caso de concurrencia de una eximente incompleta, debía imponerse la pena inmediatamente inferior en grado

B. Si la mayoría de circunstancias modificativas son compatibles con la atenuación privilegiada del artículo 66 existen motivos para imposibilitar su funcionamiento ordinario. Por otra parte, cuando el legislador ha querido derogar las normas del artículo 61, lo ha hecho expresamente.

Comparten en la actualidad este criterio, o al menos su resultado práctico, LLORCA y QUINTERO (24).

Frente a esta interpretación, GIMBERNAT sostiene, por el contrario, que «grado» significa en esta ocasión *grado de pena* (grado-extensión) y que, en consecuencia, no es de aplicación preceptiva el artículo 61 una vez realizada la correspondiente atenuación (25).

Evidentemente, afirma, la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, está absolutamente vinculada a la existencia de una eximente incompleta y de su magnitud. Pero para ello, no es preciso una mención expresa puesto que la propia rebaja y su alcance dependen directamente de ello. Si el legislador se manifiesta sobre de los efectos de la eximente incompleta sobre la graduación, no es para repetir lo que ya es obvio, sino hacer hincapié, precisamente, en aquéllo que no sucedería sin la indicación específica: el número y entidad de requisitos que faltaren y concurrieren, inciden en la determinación del grado-extensión y no simplemente (que también) en la del grado-escala. Esta fundamentación básica encuentra otros puntos de apoyo:

A. Gramaticalmente la segunda parte del artículo 66 no sería más que una inútil reiteración de lo expresado en la primera parte del mismo precepto, o sea, que la atenuación en uno o dos grados depende de la eximente incompleta.

B. Históricamente sólo puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la palabra grado significaba grado-extensión en el Código de 1848. La modificación legislativa posterior (*vid.* nota 23) en la que crea el problema interpretativo a solventar, pero no supone «*per se*» un cambio de orientación normativa.

C. Sistemáticamente expresiones idénticas o parecidas se utilizan para hacer referencia a la elección de grados internos de pena. Así

---

como solución única. Por tanto, el número y entidad de requisitos presentes y ausentes estaban llamados a regular el grado concreto de pena. Sin embargo el Código de 1870 (art. 87) introdujo la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados. CÓRDOBA aduce que, si la intención del legislador fue ampliar la potencia atenuatoria de las eximentes incompletas, no tenía sentido continuar limitando el efecto de su mayor o menor magnitud a la determinación del grado dentro de la clase de pena.

(24) *Vid.*, LLORCA ORTEGA, J.: *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 67 y 68, considera correcta la interpretación de CÓRDOBA, si bien entiende que, desde un punto de vista histórico y gramatical, «grado» significa «grado de pena». QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1989, p. 602.

(25) GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Tres problemas de reglas de aplicación de penas», en BARBERO SANTOS y otros: *La pena de muerte, seis respuestas*, Madrid, 1978, pp. 225-236. Concretamente señala la inaplicación del artículo 61.1 y 61.2. Tras la reforma de 1983, el elenco se ampliaría con el apartado 4.

menciona al actual artículo 61.5 y los artículos 61.4, 61.6, 516 y 530 modificados o suprimidos por la reforma de 1983.

D. Lógicamente quien puede lo más (determinar un grado de escala u otro) ha de poder también lo menos (elegir el grado interno de pena).

ANTÓN ONEGA, CEREZO MIR, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, CUELLO CALÓN, GALLEGO DÍAZ, GARCÍA ARÁN, GONZÁLEZ CUSSAC, C. MIR PUIG Y RODRÍGUEZ DEVESA (26) coinciden con esta posición.

Mientras tanto, la jurisprudencia española se ha decantado claramente por la primera interpretación desde mediados del presente siglo (27). Hasta 1988 se ha manifestado contundentemente en favor de la aplicación del artículo 61, una vez efectuada la degradación prevista en el artículo 66 (28), fundándose, además en los argumentos ya indicados por la doctrina, en el posible agravio comparativo que supondría no apreciar las circunstancias genéricas que en cada caso concreto pudieran concurrir (29). Circunstancialmente habían aparecido algunas sentencias en sentido contrario, sin llegar a constituir ni siquiera una línea minoritaria (30).

Algo parecido sucede con la atenuante de minoría de edad, regulada en el artículo 65. Si bien la facultad es idéntica (rebaja de la

(26) Cfr. ANTÓN ONEGA, J.: *Derecho penal*, Madrid, 1986, p. 601; CEREZO MIR, J.: «El tratamiento de los semiimputables», *ADPCP*, 1973, p. 28, n. 58; COBO DEL ROSAL, I. M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1987, p. 657; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal, Parte General (revisado por Camargo Hernández)*, Barcelona, 1980, p. 764; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general...*, ob. cit., p. 228; GALLEGO DÍAZ, M.: *El sistema de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985, pp. 403-406; MIR PUIG, C.: *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Barcelona, 1986, p. 828; MIR PUIG, S.: *Parte General*, ob. cit., p. 828; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte Especial* (puesta al día por A. Serrano), Madrid, 1990, p. 950; GARCÍA ARÁN: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 131, aunque algo confuso. Respecto al posicionamiento de juristas anteriores, tanto en este sentido o en la línea de CÓRDOBA V. GIMBERNAT: «Tres problemas... ob. cit., pp. 227-228.

(27) CÓRDOBA: *Las eximentes...*, ob. cit., p. 29-30, indica que el punto de arranque puede situarse en el año 1955 y cita concretamente la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1956 (RA 3393). Anteriormente, era dominante la doctrina que mantenía al margen el artículo 61, señalando, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1945 (RA 209), 9 de julio de 1946 (RA 907) y de 5 de febrero e 1948 (RA 206). Quizá la última resolución en este sentido sea la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1953 (RA 859).

(28) Entre muchas, cfr. durante la década de los ochenta, sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1980 (RA 3075), 19 de diciembre de 1981 (RA 5092), 27 de marzo de 1985 (RA 2038) y de 18 de noviembre de 1987 (RA 8539). Es especialmente significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 (RA 4562), que casa la sentencia de la Audiencia por no haber aplicado el artículo 61.1 una vez atenuada la pena de dos grados.

(29) Respecto a éste último razonamiento, RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte General*, ob. cit., p. 951, intenta desarmar la objeción, al advertir que la concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes debe de ser criterio orientador del arbitrio judicial en estos casos, mas no vinculante.

(30) *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1973 (A 2423) y de 15 de octubre de 1981 (A 3661).

pena en uno o dos grados), la ausencia de mención alguna a un sistema especial de determinación del grado de pena elimina buena parte de los asideros interpretativos utilizados por los partidarios de excluir la aplicación del artículo 61.

La doctrina, no tan profusamente como en el caso anterior, se ha pronunciado también en dos direcciones opuestas:

a) Quienes defienden el mantenimiento de la vigencia del artículo 61 no ven mención alguna en el artículo 65 para plantar siquiera una quiebra del sistema general de determinación de la pena (31).

b) Quienes defienden un mayor margen de maniobra judicial en la determinación del grado de pena en los casos de minoría de edad penal, se agrupan en torno a la contradicción que constituye el hecho de conceder libertad en aquéllo más amplio (grado de escala) y constreñirla inmediatamente en lo más concreto (grado de pena). Además, se admite una mayor discrecionalidad para los artículos 61.5 y 66, sería un absoluto contrasentido restringirlo para otra atenuante privilegiada que tiene previsto un régimen dosimétrico penal idéntico (32).

Cohherentemente con lo mantenido para el artículo 66, la jurisprudencia se ha manifestado claramente por la aplicación del artículo 61 (33).

Como se ha podido comprobar, hasta ahora se planteaba el tema desde la óptica particular de algunos preceptos concretos (esencialmente el art. 66), pero no se cuestionaba como fórmula general.

### III. LAS NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Este es el estado de cosas a inicios de 1988: los cuatro primeros apartados del artículo 61 mantienen su vigencia general, salvo en los casos especiales en que la propia Ley penal la excluye expresamente. Sin embargo, desde entonces han comenzado a aparecer una serie de sentencias que en mayor o menor medida matizan la aplicación del artículo 61 en los casos en los que se reconoce previamente al Juez la facultad discrecional de alterar el marco penal abstracto. Movimiento que se inicia con un intento de reformulación de la interpretación del artículo 66 y que va abriendo progresivamente nuevas

---

(31) CASABO RUIZ, J. R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 293. Este autor indica que la desaparición a partir de 1944 de la expresión «en el grado que corresponda» del texto del artículo 65, no fue nunca interpretado como una derogación del artículo 61.

(32) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte General*, *ob. cit.*, p. 950; GALLEGO DÍAZ: *El sistema...*, pp. 401-402; GONZÁLEZ CUSSAC: *Teoría General*, pp. 226-227.

(33) Ultimamente, *vid.*, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1981 (RA 5101), 27 de enero de 1983 (RA 61), 13 de julio de 1983 (RA 4161), 27 de marzo de 1985 (RA 2038), 7 de mayo de 1987 (RA 302) y de 14 de diciembre de 1987 (RA 9769). Excepcionalmente, se habían mantenido de forma más o menos confusa, posturas distintas en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1974 (RA 9769) y de 27 de enero de 1983 (RA 61).

posibilidades, hasta desembocar en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989.

### 1. Primera manifestación: la postura radical

Da principio a esta interesante evolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 (RA 40, Pte. Manzanares Samaniego). A efectos indenfinitivos, la doctrina contenida en ella puede denominarse *radical*, frente a la *tradicional*, habitualmente empleada por el Tribunal Supremo, y la *ecléctica*, de aparición posterior.

La mencionada sentencia consideró que «las reglas del artículo 61 del Código penal no juegan ya dentro de la pena rebajada en uno o dos grados a tenor del artículo 66 de dicho texto legal». Tal afirmación se fundamentaba en dos clases de argumentaciones, en buena parte formuladas ya por GIMBERNAT:

a) *Exclusivas al artículo 66*. Tanto histórica como gramaticalmente, existen razones para entender que la concreción del marco penal debe realizarse «atendiendo al número y entidad de los requisitos (de la eximente) que faltaren o concurrieren», sin verse sujeto a los estrictos criterios del artículo 61.

b) *Comunes a otros casos*. El reconocimiento de un amplio arbitrio judicial para determinar el marco penal se hace difícil de compaginar con las detalladas normas del artículo 61. Parece contradictorio admitir mayor margen de libertad para determinar la clase de pena que para concretar su grado interno. Por otra parte, el resultado de aplicar el régimen ordinario de determinación de la pena a estos casos produce vacíos o saltos inadmisibles (34).

En un primer momento, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1988 constituyó un islote entre la jurisprudencia dominante, que volvió a reafirmarse en sus posiciones (35). Sin embargo, dos decisiones del mismo año presentan rasgos característicos

---

(34) Puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: En un caso de un delito de homicidio (Rm), la concurrencia de una eximente incompleta (art. 66 del Código penal) obliga a imponer la pena de prisión mayor o, facultativamente, la de prisión menor. Si se aprecia la existencia de un atenuante (art. 61.1 del Código penal), debería imponerse, o bien prisión mayor en grado mínimo (de 6 años y un día a 8 años), o bien prisión menor en grado mínimo (de 6 meses y un día a 2 años y cuatro meses). Entre una y otra hay un salto mínimo de 3 años y cuatro meses. La opción que se propone es poder recorrer la pena en toda su extensión.

(35) Respecto al artículo 66, expresamente durante 1988: sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo (Pte. Días Palos, RA 4133), 24 de junio (Pte. Vivas Marzal, RA 5310), 27 de junio (Pte. Moner Muñoz, RA 5371) y de 27 de septiembre (Pte. Moner Muñoz, RA 7062: en esta ocasión, cuando la pena había sido rebajada en dos grados). Parece diferir la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988 (Pte. Vivas Marzal, RA 4706). Claramente en contra, auto de 29 de octubre de 1988 (RA 8806), del que era ponente el propio Manzanares.

comunes, prelude de la evolución que se experimenta posteriormente.

La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988 (Pte. Montero Fernández Cid, RA 5055). La Audiencia de Alicante había condenado al recurrente por un robo con intimidación con uso de armas contra oficina bancaria, sin apreciar ninguna circunstancia modificativa. La pena a aplicar era prisión menor en grado máximo o prisión mayor (art. 501.5 en relación con los arts. 505 y 506). El Tribunal «*a quo*» había escogido el marco de inferior gravedad (prisión menor en grado máximo), si bien no lo impuso en su grado mínimo o medio, tal como sería preceptivo según el artículo 61.4 al no concurrir circunstancias agravantes genéricas, sino en su grado máximo. El Tribunal Supremo consideró admisible la elección efectuada «ya que la pena a imponer podría haber sido incluso la de prisión mayor». Se inacardina en la tendencia anteriormente expresada de evitar penas discontinuas por influjo del artículo 61, si bien no entra a discernir la naturaleza y límites de esta peculiaridad.

La segunda es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1988 (Pte. Barbero Santos, RA 8331). El Tribunal Supremo entendió en esta ocasión que en un caso de edad inferior a los 18 años, el juzgado está habilitado, no sólo para imponer la pena inferior en uno o dos grados, sino que, además, puede recorrer estas penas en toda su extensión ya que «lógicamente, quien está facultado para lo más —descender la pena en uno o dos grados— está facultado para hacer lo menos, elegir el grado de dentro de ambos grados» (36).

Si bien la solución de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 se circunscribía al especial ámbito del artículo 66, los argumentos genéricos exportables a otros artículos presentes en ella son utilizados en las nuevas decisiones. Aunque no se manifieste expresamente un seguimiento de la misma doctrina, el rompimiento con la situación anterior es evidente.

Las sentencias de 23 de febrero y 17 de octubre completan un sistema cerrado que ofrece las mismas soluciones para el conjunto de atenuantes privilegiadas (arts. 61.5, 65 y 66). Lo novedoso de esta última es que la nueva forma de determinación se utiliza para el artículo 65, precepto que, como ya hemos visto, ofrece menos resquicios interpretativos que el artículo 66. Los criterios utilizados para los eximentes incompletas trascienden a la minoría de 18 años, sin precisar de los localismos interpretativos sobre la palabra «grado», utilizados para justificar la misma solución para el artículo 66. Se plantea la

---

(36) Se trató de la desestimación de un recurso contra una condena de arresto mayor en grado máximo por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas por valor superior a 30.000 ptas., concurriendo la minoría de 18 años y reincidencia. El Tribunal Supremo reconoce que con los criterios dosiométricos tradicionales, la pena estaba también perfectamente justificada, pero, no era preciso recurrir preceptivamente a ellos.

ruptura con el sistema ordinario de circunstancias modificativas en el campo de los artículos 65 y 66, por el hecho de que se goze previamente de discrecionalidad para determinar el marco penal abstracto. Aplicando la idea extensivamente, se puede cuestionar la utilización del sistema general de atenuantes y agravantes en otros casos en los que se reconozca una especial discrecionalidad en la determinación cualitativa de la pena, cosa que ya se intuía en la sentencia de 20 de junio del mismo año.

## 2. Postura ecléctica

Dejando abierto el interrogante sobre la consolidación de una corriente radical, ésta ha influido decisivamente en el nacimiento de una nueva línea, la postura ecléctica. La primera manifestación de la misma se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1989 (Pte. Moyna Ménguez, RA 3196), y que es seguida claramente por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo (Pte. Ruiz Vadillo, Actualidad Penal, ref. 542) y la ya conocida de 3 de octubre de 1989 (Pte. García Miguel, RA 7546).

Para solventar los problemas planteados en un caso eximente incompleta con ausencia de circunstancias modificativas, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1989 establece los fundamentos de la autodenominada postura ecléctica. Al igual que en la radical, la andadura se inicia a partir del artículo 66. A pesar de considerar correcta la línea jurisprudencial tradicional por lo que respecta a la interpretación de la palabra grado en el artículo 66 (elemento argumental que le separa de la sentencia de 23 de febrero de 1988), reconoce que la aplicación milimétrica del artículo 61 a estos casos, produce los efectos absurdos denunciados anteriormente. Para evitarlos establece un régimen dual.

a) cuando se opta por la reducción mínima obligada (pena inferior en grado), ésta debe determinarse en base al sistema de circunstancias modificativas ordinarias.

b) Cuando se opta por una rebaja discrecional (pena inferior en dos grados), el juzgador queda desvinculado del artículo 61 del Código penal para evitar la elisión de tramos de pena (37).

El siguiente paso lo da la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1989, que proclama la inaplicabilidad del artículo 61.4

---

(37) El resultado de la aplicación de este criterio al ejemplo de la nota 34. es el siguiente: En caso que se escogiera la pena inferior en un grado, debería circunscribirse a la de prisión mayor en grado mínimo (de 6 años y un día a 8 años), por efecto de la circunstancias atenuantes (art. 61.1 del Código penal); si, por el contrario, el castigo impuesta fuera el inferior en dos grados, la pena sería la de prisión menor en toda su extensión (de 6 meses y un día a 6 años), al no ser operativo en este caso el artículo 61. Desaparece, aunque de forma distinta, la cesura entre las dos penas.

cuando se hace uso de la rebaja facultativa del artículo 65 del Código penal. Si la finalidad del legislador al permitir la atenuación hasta dos grados —y no limitarse solamente a la pena inferior— fue facilitar una mejor adaptación de la pena a la menor imputabilidad del sujeto en base a las necesidades preventivas y a la gravedad de la culpabilidad, sería un contrasentido entorpecer esa individualización con la aplicación del artículo 61.4, en caso de hacer uso de la atenuación facultativa. Por otro lado, reconoce que tales conclusiones deben sustentarse exclusivamente sobre una interpretación teleológica del artículo 65, puesto que, gramaticalmente, parece inevitable la vigencia general del artículo 61.

Finalmente, aparece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989, con la que la postura ecléctica extiende su aplicación al artículo 506, párrafo último. Cuando se concede a los Tribunales la discrecionalidad máxima en la fijación del marco penal, no es de aplicación el sistema de determinación ordinario del Código penal y, en especial, las reglas del artículo 61 (38).

En este punto reside la importancia de la sentencia. Cimentadas las bases de la doctrina ecléctica, el Tribunal Supremo admite con esta decisión que los efectos distorsionantes de la aplicación automática del sistema de determinación de la pena en base a la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas no se producen únicamente en el caso de atenuantes privilegiadas. Las soluciones esgrimidas para estos casos son también aplicables cuando se presenten problemas similares, en esta ocasión el artículo 506, párrafo último. La doctrina ecléctica no se limita, pues, a una salida particular para la debatida cuestión del artículo 66, solución que, por razones de proximidad sistemática y tradición doctrinal, podría propagarse restringidamente al artículo 65. Argumentalmente, no se aportan nuevos criterios, pero se efectúa el traslado definitivo de la cuestión desde los estrechos horizontes de los artículos 65 y 66 al conjunto del Código.

El criterio ecléctico permite mantener el armazón del artículo 61 en los casos en que se atenúe la pena sólo en un grado. Con ello se evita, por un lado, una de raíz con la tendencia tradicional y se amortiguan, por otro, sus efectos prácticos, ya que, en la mayoría de las ocasiones (o al menos en las que se llega a casación), se suele reducir la pena en su solo grado. Esta característica relativamente conservadora (en el sentido de limitadora del radical cambio que suponía la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988), se ve mati-

---

(38) El Tribunal Supremo ya había aceptado en alguna ocasión evita el efecto acumulativo de una doble agravación: primero facultativa, en base al artículo 506, párrafo último, y, posteriormente, imperativa por la presencia de agravantes genéricas. Estas podían ser agotadas para apoyar el aumento facultativo, presentándose, en el momento de determinar el grado de pena, un delito sin circunstancias atenuantes o agravantes (art. 61.4). Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988 (Pte. Díaz Palos, RA 2110).

zado por otros rasgos de criterio. Obsérvese que desde un primer momento, se fundamenta la inaplicación (aunque sólo sea parcial) del artículo 61 básicamente en razones extrínsecas al artículo 66. Así el salto cualitativo que se experimente con las sentencias posteriores queda facilitado notablemente.

### 3. Recapitulación y perspectivas

Resumiendo lo dicho hasta ahora, se distinguen tres líneas interpretativas:

1. Postura tradicional: las normas del artículo 61 son de aplicación general, una vez establecida la clase de pena, salvo las excepciones que expresamente se establecen en el Código penal.

2. Postura radical: las normas del artículo 61 no son aplicables cuando su conexión con la facultad de atenuar o agravar la sanción produzcan saltos o tramos intermedios exentos. La determinación legal de la pena finaliza en el momento en que se opta por un marco penal u otro. Posteriormente el Juez puede recorrer la pena en toda su extensión. Hasta el momento solución restringida al artículo 66 y, posiblemente, al 65.

3. Postura ecléctica: cuando el sistema ordinario de circunstancias modificativas produce los efectos anteriormente descritos, el artículo 61 continuará vigente en el marco obligatorio, mientras que en el facultativo la discrecionalidad será plena. Esta solución se amplía a otros casos de penas correlativas opcionales como el artículo 506 párrafo último.

A pesar de que no existe todavía un panorama temporal suficiente para una evaluación definitiva, se puede afirmar que:

a) La postura tradicional continúa siendo mayoritaria, al menos has fines de 1989 (39).

b) La doctrina ecléctica ha sido acogida por algunas sentencias (40), aunque se ha intentado presentar en simbiosis con la línea tradicio-

---

(39) *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1989 (Pte. Montero Fde.-Cid, RA 29), 17 de marzo de 1989 (Pte. Moner Muñoz, RA 2686), 8 de mayo de 1989 (Pte. Moner Muñoz, RA 4140), 27 de junio de 1989 (Pte. Cotta y Márquez de Prado, RA 6001) y de 20 de marzo de 1990 (Pte. Moner Muñoz, RA2567), si bien solventan problemas dentro de la pena inferior en un grado (atenuación forzosa), por lo que no diferirían de una solución ecléctica. La distinción no es a menudo sencilla pues ambas posiciones producen el mismo efecto cuando la rebaja no es facultativa (aplicación forzosa de las normas del artículo 61), en cuyo caso es necesario un pronunciamiento doctrinal expreso de la sentencia para efectuar su alineamiento. Así, de algunas sentencias, tan sólo se puede extraer su rechazo a la interpretación más radical, pero no un decantamiento hacia la tradicional o la ecléctica: sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1989 (Pte. Carrero Ramos, TA 8408).

(40) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989 (Pte. Bacigalupo Zapater, RA 9792), respecto al artículo 65.

nal, como una mera precisión del régimen general del artículo 61.1 (41). En realidad, a pesar de la multitud de ocasiones en que coinciden en los resultados, la jurisprudencia mayoritaria había rechazado la inaplicación del artículo 61 en cualquier caso. Las dos posturas están en abierta contradicción.

c) La interpretación radical parece no haber cuajado, si bien su incidencia sobre la ecléctica es evidente. Hasta el momento, se ha mantenido dentro de los márgenes de las atenuantes privilegiadas y operando en la inaplicación del artículo 61.4, en caso de escogerse la pena inferior en dos grados, por lo que sus resultados prácticos no han diferido de la ecléctica (42).

#### IV. VALORACION

Veamos si son correctas las conclusiones extraídas de la sentencia de 3 de octubre de 1989 y de las precedentes:

a) El sistema «aritmético» de individualización de la pena produce vacíos no deseables cuando se permite previamente optar entre distintos marcos penales. La interpretación literal de las normas del Código penal crean situaciones absurdas.

b) La correcta interpretación de las facultades discrecionales en la determinación del marco penal abstracto, permite obviar las normas del artículo 61 y los efectos pretendidamente nocivos a él asociados sin precisar del apoyo directo de menciones legales (caso del artículo 66).

c) Entre las posibles soluciones al problema, se opta por mantener el sistema ordinario para el marco penal obligatorio y la plena discrecionalidad para el facultativo.

#### 1. La aplicación indiscriminada del sistema ordinario de circunstancias modificativas tiene efectos negativos

El sistema de individualización «por salto» es doblemente objetable:

##### *A) Es un método extraño en nuestro Código*

Nunca se ha considerado un marco penal idóneo previo a cualquier fase de mayor concreción una pena discontinua. Siempre se uti-

(41) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1989 (Pte. Puerta Luis, RA 8665), respecto al artículo 66.

(42) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1990 (Pte. Manzanares Samaniego, RA 949).

liza una pena continua: una pena en toda su extensión, una parcialmente impuesta o dos penas correlativas de una misma escala. Las sanciones integrantes de las penalidades compuestas son penas de distintas naturaleza y lo mismo sucede con las alternativas. Exactamente lo mismo ocurre con la concreción del marco penal. El artículo 61 deja para individualización judicial una pena reducida en uno, dos o tres grados internos, pero siempre consecutivos.

Es evidente que la existencia de zonas intermedias no disponibles es fenómeno anómalo en el Código penal español. Utilizando la expresión de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 «el Derecho —también el penal, y más exactamente el que atañe a la individualización punitiva— tiene, como la Física, horror al vacío».

Podría alegarse en contra que se están mezclando distintas fases del proceso de determinación legal y que la presencia de vacíos es ficticia. Cuando se establecen dos marcos penales optativos, se valora, inicialmente, el factor que justifica esta dualidad (por ejemplo la menor motivabilidad del sujeto) y, posteriormente, se analiza la presencia de las circunstancias genéricas que permitirán restringir aún más la pena aplicable. Existiría siempre un marco penal único sobre el que se procederá a la determinación cuantitativa de la pena.

Sin embargo, la realidad es completamente distinta. En los casos en que se goza de marcos facultativos, el Juez tiene muy en cuenta los efectos de la posterior aplicación de los elementos modificativos. No realiza una decisión inicial sobre la pena-extensión y, posteriormente, entra en la determinación cualitativa, sino que su primera decisión está completamente condicionada por las sanciones concretas de que va a disponer. Calcula cuál va a ser la pena realmente aplicable (por ejemplo, prisión mayor en grado mínimo o prisión menor en grado mínimo) y, sobre estas dos opciones, escoge la más adecuada a la menor imputabilidad del sujeto. Otra salida para el Juez sería no apreciar la concurrencia de la atenuante para gozar de una mayor discrecionalidad (43). Sea como sea, el juego de las circunstancias modificativas y la existencia de zonas intermedias indisponibles, en el paso previo de elección del marco penal.

---

(43) Según QUINTERO OLIVARES, G.: «Determinación de la pena y política criminal», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 4, 1978, pp. 55 y 67, la obsesión por limitar el arbitrio judicial y sus negativas consecuencias, tiene, a menudo, como efecto forzado, el que los Jueces adapten los hechos probados de tal manera que no se vean obligados a aplicar las circunstancias en cuestión, evitando así los efectos punitivos desmesurados. Técnica que había sido reconocida por la Fiscalía del Tribunal Supremo en el ámbito del rebo. *Vid.*, CÓRDOBA: «Consideraciones...», *ob. cit.*, p. 121.

**B) Produce sanciones desajustadas respecto al delito a que hacen referencia**

Entre el delito y la pena se presenta siempre una relación de correspondencia en base a la gravedad y peligrosidad del hecho realizado y la culpabilidad del sujeto. Proporcionalidad que, en caso de romperse, produce penas inadecuadas para la prevención de delitos (44). Si los puntos de referencia de la pena se presentan completos y compactos, es inconcebible que la valoración en forma de sanción se formule fraccionadamente.

La postura tradicional no sólo mantiene la vigencia nominal del artículo 61, sino que provoca que las circunstancias modificativas genéricas tengan un efecto distinto al habitual.

Cuando no se determina exactamente el marco penal correspondiente a ciertos delitos cuyo contenido de injusto o culpabilidad es distinto al ordinario (por ejemplo, arts. 52, 65 a 66), es porque se considera más idóneo que sea el Juez quien acondicione la pena a la situación en particular. Las cuatro primeras reglas del artículo 61 están destinadas a continuar el proceso y concretar el proceso aún más la acomodación efectuada. Pues bien, en lugar de ello, las circunstancias modificativas pueden ubicar la pena fuera del marco real de la valoración realizada o producir una concreción interna opuesta a la prevista inicialmente. Veámoslo con un ejemplo:

La determinación de la pena correspondiente a un delito realizado por un menor de 18 años presenta como puntos extremos la rebaja de la pena en un grado (mínimo) o en dos grados (máximo). Sin embargo se convendrá en la existencia de situaciones intermedias en las que la inmadurez del menor y las circunstancias del hecho no se ajustan a ninguno de los puntos extremos. En estos casos la valoración correcta puede centrarse, por ejemplo, en la pena comprendida entre el grado medio de la inferior en un grado y al máximo de la inferior en dos grados. La concurrencia de dos agravantes (art. 61.2, pena en grado máximo) provocaría los siguientes efectos distorsionantes cuando se aplicara a los dos marcos penales disponibles:

a) Pena inferior en un grado en su grado máximo, grado de pena externo a la individualización efectuada previamente en base al artículo 65. El resultado coincide con el que se hubiese obtenido si la minoría de 18 años hubiese merecido la atenuación más leve (extremo mínimo).

b) Pena inferior en dos grados en su grado máximo. Si bien cae dentro del marco inicial, la pena impuesta se corresponde al grado medio de la valoración efectivamente realizada, y no al grado máxi-

---

(44) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 23 y ss.; MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 98 y ss.; pp. 158 y ss.

mo, como sería preceptivo. El resultado coincide con el que se hubiera obtenido si la minoría de 18 años hubiera merecido mayor atenuación (extremo máximo).

Las penas que se obtienen son desproporcionadas a la gravedad y peligrosidad del hecho, no se corresponden a la culpabilidad del sujeto y provocan efectos idénticos en casos desiguales.

El sistema tradicional fuerza a obtener soluciones absurdas para respetarlo o infringir otros elementos legales del proceso de determinación. Comporta una confusión de los criterios de fijación de la pena en aras de un malentendido positivismo. Conjugando esta idea con la de absoluta discrecionalidad en la determinación judicial, se ofrece una visión absolutamente reduccionista del Derecho penal, limitando la pena al resultado de un teóricamente ciego proceso de subsunción (45).

## 2. El marco del actual Código penal es posible mantener la inaplicación del artículo 61 sin vulnerar el principio de legalidad

Los argumentos ofrecidos hasta ahora son ciertamente útiles para completar la interpretación del artículo 66. Sin embargo, queda por demostrar si bastan por sí solos para avalar la inaplicación del artículo 61 cuando exista la posibilidad de optar entre dos marcos penales correlativos y no haya mención específica alguna sobre una alteración del régimen general.

El principio de legalidad puede ser un obstáculo insalvable. El sistema de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas de apreciación penalógica obligatoria puede producir efectos distorsionantes (aunque no tan acusadamente) en su aplicación a marcos penales únicos y, a pesar de ello, no es posible obviar su empleo. El legislador se ha mostrado favorable a la utilización del sistema de determinación cualitativa del artículo 61 y, cuando no lo ha creído conveniente, se ha manifestado al respecto (46). Por tanto no quedaría más remedio que señalar el defecto y abogar para que, «*de lege ferenda*», se

(45) Interpretaciones «mecanicistas», en palabras de COBOS-VIVES: *Parte General*, *ob. cit.*, p. 657, respecto al artículo 66.

(46) *Vid., supra*, II.2. Con este método, tanto en el Proyecto de Código penal de 1980 (PCP) como en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983 (PANCP), el problema pierde casi toda su relevancia. En ambos se continuó manteniendo un sistema general de circunstancias que incidían directamente en la aplicación de la mitad superior o inferior de la pena. En el PCP, la atenuación para la tentativa, menor de 18 años y la eximente incompletas se reducía únicamente a la pena inferior y, además, se reconocía expresamente que el Juez determinaría la extensión de la pena que creyese pertinente. La posibilidad de optar entre dos marcos penales distintos se vio restringido a la tentativa inidónea. La PANCP aceptó de nuevo la atenuación en uno o dos grados para tentativa y eximentes incompletas y elevó la edad penal a los 18 años, pero manteniendo la mención de la libre determinación de la extensión interna.

sigan otros derroteros en los que ciertas circunstancias sean de preceptiva observación en la determinación de la pena, pero sin efectos forzosos o, al menos, no matizables (47).

Sin embargo, como ya se ha visto, la toma en consideración tal como se ha venido entendiendo tradicionalmente de los elementos accidentales altera la valoración efectuada en base a los criterios que justifican la existencia de diversos marcos penales optativos. Se impone la elección entre la supervivencia de una de las dos normas. La antinomia se solventa aceptando alguna de las siguientes soluciones:

a) La aplicación del artículo 61 debe alterarse cuando sus efectos sean abiertamente contradictorios con la finalidad perseguida por los preceptos que prevén marcos penales opcionales (48). El Código penal ya ha establecido la jerarquía al otorgar a estos últimos un mayor poder atenuante o agravante que a las circunstancias modificativas ordinarias y al situarlos en un punto previo preferente en la fase de determinación legal.

b) El problema es anterior al artículo 61, y proviene de la obligación de optar de forma excluyente entre una pena-extensión u otra. No es preciso la derogación del sistema general de circunstancias modificativas. Si se admiten elecciones que abarquen parte de los dos marcos penales optativos (las valoraciones intermedias), la aplicación del artículo 61 en su interior es perfectamente admisible.

La segunda de las soluciones propuestas presenta ciertos problemas con los artículos que prevén la alteración facultativa de las penas. Se hace referencia a un marco penal u otro. Nunca a una pena comprendida entre ambos por lo que se rompería con los esquemas habituales de determinación de la pena. Sin embargo, como se verá posteriormente, la interpretación ecléctica, pese a partir de la idea de la no aplicación del artículo 61 en algunos casos (solución a), ofrece soluciones prácticas idénticas a las resultantes de la postura b.

Parece posible admitir un régimen excepcional sin quebrar el principio de legalidad a través de la interpretación teleológica de los pre-

---

(48) Así, respecto al PANCP de 1983, BACIGALUPO ZAPATER: «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal», en *RFDUC*, núm. 6, 1983, pp. 57-58, se pronuncia en favor de la supresión de catálogos genéricos. LUZÓN PEÑA: «Aplicación y sustitución de la pena», en *REDUC*, núm. 6, 1983, p. 415, considera, sin embargo, que, dada la poca evolución teórica de los criterios de medición de la pena en España, es preferible mantener en parte el sistema actual, especialmente en lo referente a atenuantes.

(48) Así, la sentencia de 4 de mayo de 1989: «Cuando concurren tales exigencias de mayor atenuación que la obligatoria, la aplicación de la regla cuarta del artículo 61 del Código penal, conduciría a resultados que están abiertamente en contra de la finalidad del artículo 65 del Código penal. En efecto, no sería adecuado a los principios de una individualización de la pena basada en la gravedad de la culpabilidad y en las exigencias de prevención especial, que el Tribunal no pudiera fijar la pena atenuada en el grado máximo (se refiere al grado máximo de la pena inferior en dos grados).

ceptos que contengan la posibilidad de elegir distintas penas. Es momento, pues de analizar si son admisibles las soluciones ofrecidas últimamente por la jurisprudencia y si alguna de ellas es preferible a la otra.

### **3. El método postulado por la línea ecléctica es el más adecuado al actual Código penal**

La aplicación de la postura radical en el actual Código penal tiene efectos desaconsejables si se efectúa de forma global a todos los casos de marcos penales opcionales mientras continúe funcionando el sistema del artículo 61 para los delitos que tienen asignados marcos penales únicos obligatorios.

Los resultados contrarios a la finalidad que se persigue al otorgar al Juez dos grados de escala para determinar la pena se concentran fundamentalmente en los espacios vacíos intermedios. Si se pregona la libre disposición de ambas penas en toda su extensión podría faltar, en ocasiones, la razón que permite exceptuar la utilización del artículo 61 y se posibilitarían agravios comparativos.

Un ejemplo: el legislador ha previsto que la pena correspondiente a la tentativa es la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. En un caso de tentativa de homicidio con la presencia de una atenuante, el Juez podría imponer cualquiera de los grados inferiores en toda su extensión (por ejemplo, prisión mayor en grado medio). Si se hubiese tratado de un homicidio frustrado (que merece en nuestro Ordenamiento como mínimo el mismo desvalor que la tentativa) con la concurrencia de la misma atenuante, la pena aplicable hubiese sido prisión mayor en su grado mínimo, necesariamente, ya que, al tratarse de un marco penal único, continúa vigente el artículo 61.1. En el caso inverso de marcos opcionales agravatorios, serían posibles penas menores para comportamientos más graves.

A<sup>1</sup> tratarse de un régimen excepcional, debe aplicarse solamente en casos de absoluta incompatibilidad con los motivos que justifican la rebaja o el aumento. Utilizarlo fuera de los tramos de pena intermedios se aproximaría a la analogía contra reo en ciertas ocasiones, y atentaría al principio de igualdad y proporcionalidad en otras. Si a todo ello se le une la ausencia de control ocasional de la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena, se llega a la conclusión de que los problemas creados serían mayores que los solventados. Además dejaría sin sentido las menciones expresas del Código penal a la libertad de fijar el grado interno de pena.

Hay que volver a señalar que, hasta ahora (exceptuando la sentencia de 20 de junio de 1988, de discutible adscripción a esta línea), la postura radical se ha limitado a las eximentes incompletas, donde, por las razones históricas y sistematicas ya vistas, su posición está

perfectamente fundada. Más problemas presenta su aplicación al artículo 65, por carecer de mención al respecto, por lo que parece preferible la postura ecléctica. No han aparecido hasta ahora síntomas de extensión a otros ámbitos.

El sistema ecléctico ofrece como ventaja que en ningún caso puede imponerse una pena superior o inferior a las que se obtienen a través de la técnica tradicional (49), mientras que se consigue una mejor adaptación de la pena al injusto del hecho, la culpabilidad del sujeto y los fines político-criminales que se persiguen con la imposición de la pena. Se dispone de mayor tiempo real de pena y, sin embargo, no se superan los límites mínimos y máximos.

Por otra parte, las menciones expresas que obvian el sistema de circunstancias modificativas previstas en el Código penal, continúan manteniendo su sentido:

a) Cuando se trate de marcos penales únicos por se ajenos a la problemática.

b) Cuando se trate de penas facultativas, porque supone la inaplicación del artículo 61 en todo caso (cosa que no sucede cuando no se indicado directamente) y no simplemente en los tramos intermedios exentos.

Sin embargo es criticable la fundamentación que se hace de la postura ecléctica sobre la idea de la discrecionalidad máxima, en el sentido de que es absurdo coartar en la elección del grado interno de pena a quien ha escogido libremente el marco penal previo. En realidad la idea es justamente la inversa. El Juez no puede escoger entre varias posibilidades sino que está forzado a escoger la pena correcta (50). Precisamente esta ausencia de total libertad, de arbitrio en el sentido negativo de la palabra, permite inaplicar aquellos preceptos que obstaculizan la correcta individualización prevista por el legislador cuando otorga a los Tribunales un margen de maniobra mucho más amplio que el habitual.

Por otra parte, salvo en lo referente a evitar penas discontinuas, deben respetarse todas las previsiones del artículo 61 en el proceso de determinación de la pena. La concurrencia o no de circunstancias modificativas, su mutua compensación, los criterios del apartado 4, etc., han de ser tenidos en cuenta en la individualización judicial de la pena.

---

(49) Respecto al ejemplo anterior, con la nueva doctrina el autor de la tentativa de homicidio podría castigarse con la pena de prisión mayor en grado mínimo o prisión menor en toda su extensión. Si se hubiese calculado la pena conforme al criterio tradicional, se obtendrían las penas de prisión mayor o menor, ambas en su grado mínimo. En ambos casos, la pena resultante para el homicidio frustrado sería prisión mayor en grado mínimo. Se respeta en ambos casos la distinta valoración de las diferentes formas de imperfecta ejecución.

(50) SILVA SÁNCHEZ: «La revisión...», *ob. cit.*, p. 140.

Caben algunas cautelas frente a esta nueva jurisprudencia:

— Si no establece un serio control casacional del arbitrio judicial, se desembocará en un aumento de la discrecionalidad sin contrapartida alguna, en cuyo caso, quizá es preferible el tratamiento ordinario. Con la vigencia plena del sistema general de circunstancias, se ofrece al menos la posibilidad de examinar las decisiones que sitúan la pena en los tramos intermedios (51) por incumplir las normas de determinación legal.

— Es de esperar que no se trate simplemente de soluciones «*ad hoc*», para evitar la casación de sentencias cuyas penas no adolecían de manifiesta desproporción, aunque incurrieran en defectos técnicos en la determinación de la pena.

#### 4. Reformulación del criterio

La postura ecléctica merece una precisión. No es plenamente correcto afirmar (como se hace en la sentencia de 3 de octubre de 1989) que «el artículo 61 es de aplicación obligada cuando el aumento o disminución se haga en un solo grado, impuesto como preceptivo, pero que si se elige el aumento o la disminución en dos grados, como esto es absolutamente discrecional, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto sin vinculación alguna al artículo 61».

Si lo que realmente se persigue es evitar una individualización segmentada, el artículo 61 debe utilizarse para determinar los límites máximo y mínimo aplicables en cada caso concreto. Veámoslo en el caso de rebaja de la pena en uno o dos grados:

a) Cuando existe una atenuante (art. 61.1.) (52), se utiliza este precepto en el marco penal obligatorio para evitar que se le imponga al reo una pena superior al grado mínimo. Al afirmarse que el Tribunal goza de plena libertad para escoger el grado más idóneo en la pena inferior en dos grados (facultativa), se está pensando, en realidad, la desaparición del tramo existente entre el grado mínimo de la pena inferior en grado y el grado mínimo de la pena inferior en dos grados, cosa que se consigue en este caso concreto concediendo libertad al juzgador en el tramo inferior.

b) Cuando existe un agravante (art. 61.2) (53) no tendría ningún sentido exigir la aplicación del artículo 61 en la pena inferior en gra-

---

(51) Ante tal peligro, la PANCP de 1983 estableció la obligación de razonar la determinación judicial efectuada allí donde se reconocía especial juego al arbitrio judicial: tentativa (art. 58), dos o más atenuantes o una muy cualificada (art. 63.4), y eximentes incompletas (art. 67).

(52) El mismo razonamiento es válido para un caso de ausencia de circunstancias modificativas (art. 61.4).

(53) También para el caso de dos o más agravantes.

do y la plena discrecionalidad para la inferior en dos grados, pues, como ya se habrá comprendido, se obtendría justamente un efecto contrario al perseguido: la pena aplicable sería, o bien la inferior en grado en su grado medio o máximo, o bien la inferior en dos grados en toda su extensión. Continuaría existiendo un «agujero negro» entre los dos segmentos de la sanción. La solución lógica en este caso es admitir la plena discrecionalidad en la pena inferior en grado y exigir la aplicación del artículo 61 en la inferior en dos grados (por tanto, obligatoriamente en su grado medio o máximo).

Logicamente el criterio debe aplicarse a la inversa cuando la pena opcional responda a una agravación de la pena originaria, como es el caso del artículo 506, párrafo último.

## 5. Campo de aplicación

Hasta el momento, la línea jurisprudencial se ha manifestado, a partir del artículo 66 (54), en los artículos 65 y 506, párrafo último. Sin embargo la sentencia de 3 de octubre de 1989 —y en ello reside su importancia— es un buen exponente de las posibilidades de expansión del criterio. Pueden plantearse problemas similares en alguno de los siguientes casos:

- Error de prohibición (art. 6 bis a).
- Tentativa, delito imposible, proposición y provocación (art. 52).
- Medidas para «terroristas arrepentidos» (art. 57 bis 2).
- Delito continuado (art. 69 bis).
- Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la nación y forma de Gobierno (art. 148 bis).
- Manifestaciones ilícitas (arts. 167 y 170).
- Sedición (art. 224).
- Tipos agravados de atentado (art. 235).
- Tenencia ilícita de armas y depósito de armas o municiones (art. 256).
- Tenencia de explosivos (art. 264).
- Apología (art. 268).
- Tenencia de moneda falsa (art. 287).
- Tenencia de material para la falsificación (art. 315).
- Falsificación no monetaria (art. 318).
- Alteración o simulación de sustancias medicinales (art. 334.3) (55).
- Propagación maliciosa de enfermedades (art. 348 bis).

(54) Respecto a las eximentes incompletas existen razones suficientes (*vid. supra*, 11.3) para entender que se trata de un caso de exclusión expresa de las cuatro primeras normas del artículo 61, y que es admisible la interpretación radical.

(55) El propio Código establece la libertad del Juez para fijar el grado interno

- Lesiones (art. 420.2).
- Estragos (art. 554).
- Agravación genérica para delitos patrimoniales (art. 563 bis a).

El listado es completamente heterogéneo, mezclándose elementos que inciden sobre la propia esencia del delito y en la formación del marco penal genérico (tentativa, actos preparatorios) con elementos accidentales, que solamente influyen en la cantidad de injusto o culpabilidad (elementos agravantes o atenuantes de la Parte Especial) (56), y que, simplemente gozan de mayor efecto que las circunstancias genéricas. Sin embargo parece que el régimen del artículo 61 distorsiona el funcionamiento de estas normas.

Por otra parte, las reflexiones efectuadas sobre el artículo 61 son también válidas para el artículo 57 bis a del Código penal, que obliga a imponer en su grado máximo las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

Se puede formular una conclusión final a partir de las posiciones jurisprudenciales analizadas. En ocasiones el legislador renuncia a un solo marco penal y prefiere dejar a disposición del Tribunal varias penas correlativas para una más correcta determinación de la pena. En estos casos, el juzgador puede emplear, para efectuar la adecuada individualización, la pena comprendida entre los dos límites extremos que ofrece la aplicación del artículo 61, incluyendo los grados intermedios. La presencia o ausencia de las diversas circunstancias modificativas y los principios de valoración del artículo 61 serán tenidos en cuenta como criterios de concreción judicial. Para que pueda ser entendido como un avance en la mejor determinación de las penas, la técnica debe de ir acompañada de un mayor control casacional sobre los principios que rigen la discrecionalidad judicial (57).

---

de pena en caso de optar por la pena superior en grado. En este caso, las previsiones del artículo 61 no serían de obligado cumplimiento cuando, pese a tratarse de un caso de suma gravedad, no se considere necesaria la imposición de la pena superior en grado.

(56) Donde, además, sería preciso analizar en cada uno de estos artículos si se trata de auténticas reglas de aumento de la indeterminación legal de la pena o de subtipos privilegiados o agravados.

(57) Finalizada la elaboración de este comentario, ha aparecido un interesante trabajo que no ha podido ser tomado en cuenta en el texto. ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, M.: «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código penal. Crítica a una reiterada decisión jurisprudencial», en *La Ley*, 16 de octubre de 1990, pp. 1-4. Centrándose en la problemática concreta del artículo 66, los autores se inclinan por la posición que aquí se ha venido denominando radical.

# Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN MAYO-JUNIO DE 1990 Y CON APLICACION  
EN MATERIA PENAL**

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA**  
Universidad Autónoma. Madrid

## **I. Constitución**

### **ARTÍCULO 14**

#### *Principio de igualdad*

La alegada infracción del derecho constitucional a la igualdad también carece de toda consistencia, puesto que, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, el hecho de que los Jueces y Tribunales, al apreciar y valorar las pruebas practicadas, otorguen mayor validez a unas que a otras no supone infracción del derecho a la igualdad entre las partes, pues ello es consustancial a la libre apreciación de la prueba y no guarda relación alguna con el principio de igualdad.

(Sentencia núm. 79/1990, de 26 de abril. R.A. 82/88. «B.O.E.» de 30 de mayo de 1990. Ponente: Jesús Legunina Villa).

### **ARTÍCULO 21**

#### *Derecho de manifestación*

De la exégesis del artículo 21 de la Constitución queda suficientemente claro que dos son los límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública: Que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho.

El primero de los enunciados requisitos es de inexcusable cumplimiento en todo tipo de manifestación, pues el único derecho que la Constitución protege es el de reunión «pacífica y sin armas», constituyendo al propio tiempo, y junto con la infracción del orden público, el único motivo por el que la autoridad

gubernativa puede prohibir la realización de una manifestación en un lugar de tránsito público, puesto que el número segundo del artículo 21 tan sólo condiciona el ejercicio de dicho derecho a la circunstancia de que pueda inferirse la presunción de alteración del orden público «con peligro para personas o bienes». Por esta razón, toda manifestación en la que pudieran ejercerse, tanto violencias «físicas» (cfr. STDEH de 21 de junio de 1988, asunto «Plattform Ärzte für das Leben»), como incluso «morales con alcance intimidatorio para terceros» (STC 2/1982), excede de los límites del ejercicio del derecho de reunión pacífica y carece de protección constitucional haciéndose acreedora de las sanciones previstas en nuestro ordenamiento.

La obligación de comunicar, previamente, a la Autoridad gubernativa la realización de la manifestación es, por el contrario, tan sólo exigible con respecto a las reuniones «en lugares de tránsito público» (art. 21.2). En la actualidad dicha comunicación se rige por los artículos 8.º y siguientes de la Ley 9/1983, de 15 de junio, reguladora del derecho de reunión, de cuyo régimen interesa destacar: En primer lugar, que no se trata de interesar solicitud de autorización alguna (art. 3.º, Ley 9/1983), pues el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa (arts. 9.1 y 10.1 CE), sin que pueda conceputarse como un derecho de configuración legal —sino tan sólo de efectuar una declaración de ciencia o de conocimiento a fin de que la Autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de los derechos y bienes de la titularidad de terceros, estando legitimada, en orden a asumir tales objetivos, a modificar las condiciones del ejercicio del derecho de reunión e incluso, a prohibirlas, previa la realización siempre del oportuno juicio de proporcionalidad y en esta última solución extrema siempre que concurra el único motivo que la Constitución contempla para sacrificar el ejercicio de este derecho fundamental: La existencia de razones fundadas de alteración de orden público, con peligro para personas o bienes; y en segundo lugar, que dicha actuación administrativa no es reconducible a ningún género de manifestación de autotutela, pues la imposición de condiciones gravosas o la prohibición del ejercicio de este derecho fundamental es inmediatamente revisable (art. 11 de la Ley 9/1983), por una Autoridad independiente o imparcial, como lo son los órganos del Poder Judicial, a quienes la Constitución (art. 53.2), en materia de protección de derechos fundamentales, más que la última les ha otorgado «la primera palabra».

(Sentencia núm. 59/1990, de 29 de marzo. R.A. 1639/87. «B.O.E.» de 4 de mayo de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

#### ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos.*

De forma reiterada hemos señalado que el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos forma parte, con carácter general, del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 C.E. (SSTC 110/1985, 139/1985 y 81/1986, entre otras): y, si bien corresponde a los órganos judiciales determinar el alcance

de las normas que establecen los requisitos o presupuestos procesales de los medios de impugnación, aquéllos no pueden adoptar un criterio interpretativo formalista que lleva a considerar la inadmisión como una sanción a la parte que haya incurrido en un error de procedimiento o de planteamiento del recurso. Por el contrario, los Tribunales deben atender a un criterio teleológico; es decir a una razonable ponderación del medio en que consiste el requisito y el fin que con él se persigue, evitando la preponderancia de lo que es sólo el instrumento con mengua de la finalidad última de la función jurisdiccional. En concreto, hemos destacado también la relevancia que ostenta el recurso de casación en nuestro Derecho, en el que, no sólo tiene por objeto la finalidad tradicional de unificación en la aplicación de las normas, sino que constituye el medio que permite al justiciable someter a revisión el fallo en que fue condenado al «Tribunal Superior», al que se refiere el artículo 14.5 de, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual, según establece el artículo 10.2 C.E., han de ser entendidas las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en ella.

En consecuencia, si bien corresponde al Tribunal Supremo decidir sobre el cumplimiento o incumplimiento de las exigencias materiales y formales establecidas para la admisión de dicho recurso, satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva tanto una resolución de fondo, como una decisión de inadmisión adoptada en aplicación razonada de las causas previstas por la Ley, éstas han de entenderse, sin embargo, en el sentido más favorable a la plena sustentación y decisión del recurso, pudiendo revisarse en sede constitucional la aplicación efectuada para evitar, en su caso, la imposición de obstáculos y formalismos enervantes contrarios al indicado derecho fundamental (SSTC 60/1985, 140/1985, 102/1986 y 20/1989, entre otras muchas). Así, la referencia indiferenciada del artículo 884.4.º L.E.Cr a la inobservancia de los requisitos que la Ley exige para la preparación e interposición del recurso de casación no puede entenderse como una remisión genérica a cualquier defecto de forma que exima al Tribunal de interpretar la norma del modo más ajustado a su sentido conforme a la Constitución.

(Sentencia núm. 69/1990, de abril. R.A. 1341/87. «B.O.E.» de 7 de mayo de 1990. Ponente; Francisco Tomás y Valiente).

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales.*

Como este Tribunal Constitucional ha afirmado en reiteradas ocasiones, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no comporta necesariamente que el Juez deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado ni es exigible, desde la perspectiva constitucional, una promenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, sino que basta, con el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar de un lado, el fundamento de la decisión adoptada y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previsto en el ordenamiento jurídico (entre otras. SSTC 56/1987 y 36/1989).

(Sentencia núm 70/1990, de 5 de abril. Recurso de amparo 1761/87. «B.O.E.» de 7 de mayo de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

## ARTÍCULO 24.2

*Derecho a no declarar contra sí mismo*

Ver sentencia núm. 76/1990, de 26 de abril, sobre «*falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a la exhibición*» —Ley General Tributaria— Artículo 83.3 f) Ley General Tributaria.

*Presunción de inocencia*

Es preciso recordar, una vez más, que las declaraciones de los perjudicados, víctimas o sujetos pasivos de las infracciones criminales pueden constituir válida prueba de cargo. Es evidente, por tanto, que por la prueba practicada los órganos judiciales han podido fundar el pronunciamiento condenatorio ahora impugnado, sin que corresponda a este Tribunal Constitucional revisar en vía de amparo la valoración que de dichas pruebas hicieron aquéllos, pues esa es función que, conforme al artículo 117.3 de la Constitución, sólo a ellos corresponde.

(Sentencia núm. 79/1990, de 26 de abril. R.A. 82/88. «B.O.E.» de 30 de mayo de 1990. Ponente. Jesús Leguina Villa).

La presunción de inocencia, según constante y reiterada doctrina constitucional, exige que la condena penal venga fundada en pruebas, practicadas en el juicio oral con las debidas garantías procesales, que contengan elementos inculpatorios respecto a la participación del acusado en los hechos delictivos enjuiciados, pudiendo también integrarse en la convicción judicial de culpabilidad los actos de investigación policiales y sumariales, y, en concreto, además de los supuestos de prueba preconstituida, las declaraciones testificales prestadas ante la Policía y el Juez Instructor con las formalidades establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal, siempre que sean reproducidas en el juicio oral, no a través de simples fórmulas rituales, sino en efectivas condiciones de inmediación, que hagan posible el debate sobre su garantía y verosimilitud —por todas, STC 107/1989.

De conformidad con dicha doctrina, en el supuesto de ser ciertas las afirmaciones fácticas que se contienen en la demanda y correspondiente escrito de alegaciones, sería obligatorio reconocer, en principio, que la pretensión de amparo ejercitada viene dotada de sólida fundamentación y procedería, en su consecuencia, entrar en el análisis de las condiciones y garantías en que se realizaron las pruebas practicadas en las diligencias policiales y sumariales así como el grado de contradicción con que se reprodujeron en el juicio oral, al objeto de determinar si, en virtud de todo ello, el Tribunal dispuso, en el juicio oral, de elementos probatorios suficientes incluida la retractación del testigo que prestó declaración en el mismo y su verosimilitud en relación con sus anteriores declaraciones, —para formar válidamente su juicio de culpabilidad—.

Pero resulta que los hechos en que se apoyan los escritos del demandante de amparo son radicalmente inexactos, puesto que en el acta del juicio oral, docu-

mento fehaciente cuya veracidad no ha sido puesta en duda, consta que en el mismo, en presencia del acusado y su defensor, dos agentes de Policía, ratificando las diligencias del atestado, testimonian, en perfecta congruencia con las iniciales declaraciones de los dos testigos, haber procedido a la detención del acusado, después de observar que intercambiaba con dichos testigos algo, que resultó ser, según dictamen de la Sección de Ordenación Farmacéutica del Ministerio de Sanidad y Consumo, una partida de 5,25 gramos de «Cannabis Satiba» en su denominación de «haschis», la cual ocuparon así como 1.000 pesetas, importe de la mitad del precio de la mercancía, que no llegaron a pagar en su totalidad por la inmediata intervención de dichos policías.

(Sentencia núm. 84/1990, de 4 de mayo. R.A. 603/88. «B.O.E.» de 30 de mayo de 1990. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Sabido es que en nuestro proceso penal rige el sistema de la libre valoración de la prueba, así consagrado por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que autoriza al Juez o Tribunal a formar su íntima convicción (apreciación «en conciencia»), sin otro límite que el de las normas pertinentes, siguiendo sus mandatos, así como con el empleo de las reglas de la lógica y de la experiencia. Otro era el método (prueba tasada o legal) propio de épocas ya superadas.

Este principio de libre valoración de la prueba ha sido reconocido y complementado por la doctrina de este Tribunal Constitucional, al socaire sobre todo de la interpretación y aplicación de la presunción de inocencia, integrada en el artículo 24.2 de la C.E., como derecho fundamental, en relación con el artículo 741 de la L.E. Crim. Pueden considerarse como requisitos esenciales de aquella doctrina que: a) la prueba que haya de apreciarse ha de ser la practicada en el juicio oral (principio de acusadoras y no a la defensa, por corresponder al acusado el beneficio para desvirtuar esa presunción. Correspondiente al T.C. revisar y establecer, caso de recurso, si ese derecho fundamental ha sido respetado en la aplicación de la Ley penal.

Hace uso el Tribunal sentenciador, pues, de una apreciación probatoria y de una valoración que pudiera calificarse de mixta, es decir, directa o indirecta, aquí de presunción judicial. Por un lado toma en cuenta la declaración del acusado y su versión de los hechos (declarada admisible por este Tribunal en STC 229/1988 y otras concordantes), y de otro realiza la conexión de ese dato con otros para llegar a la conclusión de la autoría y el reproche de culpabilidad (presunción judicial), conforme también a la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 174/1985, 175/1985 y 229/1988, entre otras), según la cual el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: Los indicios han de estar plenamente aprobados —no puede tratarse de meras sospechas— y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del artículo 120.3 de la C.E., según el cual las Sentencias deberán ser siempre motivadas, y del artículo 24.1 de la misma, pues, de otro modo,

ni la subsunción estaría fundada en derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

(Sentencia núm. 94/1990, de 23 de mayo. R.A. 475/88. «B.O.E.» de 20 de junio de 1990. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

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 (SSTC 31/1981, 80/1986, 82/1988, 254/1988, 44/1989 y 3/1990, entre otras muchas). Tal naturaleza de prueba a cargo la ostentan, en principio, como ha quedado dicho, los medios de prueba utilizados en el juicio oral, pero no sólo ellos, sino también los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, así como las diligencias sumariales y policiales practicadas con las garantías que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que sean reproducidas en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 64/1986, 80/1986 y 82/1988).

(Sentencia núm. 98/1990, de 24 de mayo. R.A. 474/88, «B.O.E.» de 20 de junio de 1990. Ponente: Antonio Truyol Serra).

Ver Sentencias núms. 76/1990, de 26 de abril, sobre *Presunción de certeza* Artículo 145.3. Ley General Tributaria.

#### ARTÍCULO 120.3

##### *Motivación de las sentencias*

No puede sostenerse, como se hace en la demanda de amparo, que la Sentencia dictada por el Juez de Instrucción carezca de motivación y que, por ello, al no justificar la condena que impone al demandante de amparo, vulnere su derecho a la presunción de inocencia. Ya ha quedado dicho como en la referida sentencia expresamente se hace constar la ponderación de los distintos elementos de prueba y su valoración. A ello hay que añadir, como precisa el Ministerio Fiscal, que en la misma se realiza la labor de subsunción de los hechos declarados probados en el precepto aplicable del Código Penal, se razona la falta de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y las responsabilidades civiles derivadas del hecho enjuiciado, así como sobre la imposición de costas, siendo el fallo congruente con el hecho punible perseguido y con la acusación formulada. Se trata, en consecuencia, de una sentencia correctamen-

te motivada expresa de la condena sólo es constitucionalmente exigible cuando ésta se produzca con fundamento en pruebas indiciarias (SSTC 174/1985 y 175/1985), lo que no es el caso.

En lo concerniente a la Sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso de apelación, nada impide, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que la motivación de la condena se haga por remisión, aceptando los fundamentos jurídicos de la de instancia, integrándolos en su propia resolución, puesto que el órgano de la apelación puede valorar en su conjunto las pruebas practicadas ante el órgano *a quo* y examinar las alegaciones vertidas por las partes ante el mismo.

(Sentencia núm. 98/1990, de 24 de mayo. R.A. 474/88. «B.O.E.» de 20 de junio de 1990. Ponente: Antonio Truyol Serra).

Ver Sentencia núm. 94/1990, de 23 de mayo sobre *Presunción de inocencia. Prueba indiciaria* — Artículo 24.2 C.E.

## II. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

### ARTÍCULO 44.1.b)

#### *Prohibición de entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso*

Conviene dar respuesta a la objeción de carácter formal aducida por el Ministerio Fiscal, que, de prosperar, provocaría la inadmisión del presente recurso de amparo. Consiste dicha alegación en la afirmación de que este Tribunal puede, planteándose la denominada «autocuestión de inconstitucionalidad», examinar la adecuación del artículo 246 del Código Penal con la Constitución, pero, si no lo hace, difícilmente podría entrar a conocer de la fundamentación de este recurso por vedarlo el artículo 44.1,b) de la LOTC y 117.3 de la Constitución, toda vez que «hay que respetar los hechos, correspondiendo la subsunción de los mismos en la norma a la competencia exclusiva de los órganos penales del Poder Judicial».

Dicha objeción, sin embargo, no puede ser acogido. Lo que el artículo 44.1,b), prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de los «hechos que dieron lugar al proceso» cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial, lo sea «con independencia de tales hechos» o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustentan una pretensión ordinaria (penal o civil o administrativa), que pudier estar en conexión con una pretensión de amparo, nacido como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen de los hechos que fundamenta esta última pretensión constitucional.

Pero, en el caso que nos ocupa, no se aprecia esta «independencia fáctica», sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el *ius puniendi* del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son

los mismos; para el más alto órgano jurisdiccional ordinario la referida ocupación de la vía pública es constitutiva del delito de desórdenes públicos del artículo 246 C.P., en tanto que para el recurrente dicha conducta no es más que el libre ejercicio del derecho de manifestación del artículo 21.1 de la Constitución.

Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución [art. 161.1,b)] y por la Ley Orgánica (arts. 41, 43 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente probados por el Tribunal de instancia, puesto que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una segunda instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983 y 107/1983. 17/1984...).

(Sentencia núm. 59/1990, de 29 de marzo. R.A. 1639 1639/87. «B.O.E.» de 4 de mayo de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sandra).

### III. Ley de Enjuiciamiento Criminal

#### ARTÍCULO 384

##### *Auto de procesamiento*

El Auto de procesamiento, desde la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, aparece como una peculiar institución del ordenamiento procesal español, incardinada en el que ha venido siendo el procedimiento común para el enjuiciamiento de los delitos, cuya naturaleza ha sido caracterizada por la doctrina como resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica como objeto de una imputación formalizada, esta resolución formal de imputación, aunque en algún supuesto puede resultar, por consideraciones ajenas al proceso, dañoso y perjudicial para el crédito y prestigio social del procesado, representa una garantía para el formalmente así inculcado —incluso después de la reforma del artículo 118 de la L.E.Cr producida por la Ley 4/1987, de 4 de diciembre—, ya que permite un conocimiento previo de la imputación en fase de instrucción sumarial, posibilita la primera declaración indagatoria (art. 386 L.E.Crim.), y hace surgir la obligación judicial de proveer de Abogado de oficio si el procesado estuviera desasistido de dirección letrada (art. 118.4.º L.E.Crim.), además de conferir al procesado la plenitud de la condición de parte con las consecuencias a ello inherentes.

El procesamiento, pues, constituye sólo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación de los órganos judiciales, habida cuenta de que tanto el propio instructor como la Audiencia Provincial pueden dejar sin efecto el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción.

En consecuencia a lo anterior, cabe afirmar en principio y como regla general, que el procesamiento no puede por su propia naturaleza y por su carácter meramente provisional vulnerar por sí mismo derecho constitucional alguno. Por ello,

también como regla general, el Auto de procesamiento no es susceptible de recurso de amparo constitucional, toda vez que si el procesamiento, en cuanto a la imputación formal y provisional que es, ha de ser posteriormente objeto, caso de que persista, del correspondiente debate contradictorio y de ulterior decisión y control judicial, la impugnación del procesamiento en vía de amparo constitucional supone, tanto desconocer el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional que sólo procede cuando el interesado no haya visto satisfecha en el fondo su pretensión de tutela de un derecho fundamental o libertad pública en la vía judicial previa, como tratar de impedir o retrasar el verdadero debate contradictorio dentro del propio proceso penal.

Ahora bien, el Auto de procesamiento en cuanto medida atributiva de un determinado *status* e imputación suficiente para justificar la adopción de medidas cautelares de importancia dentro del proceso penal, y que constituye además un presupuesto necesario para la apertura del juicio oral, en el caso de que se dictara arbitrariamente sin un mínimo de fundamento en «algún indicio racional de criminalidad» podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución (por todas, STC 66/1989). Por ello, sólo en estos supuestos excepcionales corresponde al Tribunal Constitucional revisar la adecuación de la resolución a las exigencias que derivan del artículo 24.1 de la Constitución. Esto es, que el Auto de procesamiento incorpore explícita motivación y, teniendo en cuenta la propia literalidad del artículo 384 L.E.Crim., se pareciese: a) la presencia de unos hechos o datos básicos; b) que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta, y c) resulte calificada como criminal o delictiva. Todo ello en el bien entendido de que este Tribunal ha de limitarse a verificar o constatar la presencia de tales elementos en la resolución, sin entrar a valorar el mayor o menor acierto del órgano judicial al estimar el peso de los indicios presentes o su relevancia como señal o muestra de una posible actividad delictiva (fundamento jurídico 2.º STC 66/1989, antes citada), pues corresponde a los órganos judiciales apreciar si existe dicho indicio necesario para decretar el procesamiento (AATC 324/1982, 146/1984 y 340/1985, entre otros).

(Sentencia núm. 70/1990, de 5 de abril. Recurso de amparo 1761/87. «B.O.E.» de 7 de mayo de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

## ARTÍCULO 651

### *Formulación de acusación por parte defensora*

Si bien el hoy recurrente no formuló querrela ni, en consecuencia, se constituyó en parte acusadora en el inicio de las actuaciones penales, sí ejercitó posteriormente la acusación particular en primera instancia en uno de los momentos procesales idóneos para ello, cual es el de la formulación del escrito de conclusiones provisionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la L. O. 10/1980, de 11 de noviembre, que era el procedimiento seguido. El examen de las actuaciones pone de manifiesto además que, no obstante haber manifestado el recurrente —al tiempo del ofrecimiento de acciones por el Juzgado de Distrito en el juicio de faltas— que reclamaba por las lesiones sufridas, el Juzgado de Instrucción

no le dio traslado del nuevo procedimiento oral a los efectos previstos en los artículos 5 y 6 de la L. O. 10/1980 —ofrecimiento del procedimiento al perjudicado y traslado de la causa para formulación del escrito de acusación respectivamente— por lo que el hoy recurrente se constituyó en parte acusadora en el primer momento en que el Juzgado le dio traslado del procedimiento. Si a ello se añade que el Juzgado admitió sin oposición alguna el escrito de conclusiones provisionales presentado por la representación del hoy recurrente, en el que, aparte de articular la defensa que estimó pertinente respecto de la acusación formulada en su contra por el Ministerio Fiscal, formuló acusación contra el otro encausado, y que la acusación realizada aparece reflejada en la Sentencia de instancia, ha de concluirse que el hoy recurrente sí ejerció la acción penal constituyéndose —incluso formalmente— en parte acusadora. Es evidente, en consecuencia, que la negativa de la Audiencia Provincial a pronunciarse sobre una de las pretensiones formuladas por el hoy solicitante de amparo al interponer el recurso de apelación —esto es, la impugnación de la absolución en primera instancia del otro encausado—, bien por error, bien por un excesivo formalismo no explicitado, ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a obtener la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que el presente recurso de amparo debe ser estimado.

(Sentencia núm. 79/1990, de 26 de abril. R.A. 82/88. «B.O.E.» de 30 de mayo de 1990. Ponente: Jesús Leguín a Villa).

Aunque la Sentencia trata de un supuesto regulado en la Ley Orgánica 10/1980 (ya derogado), la cuestión es trasladable al procedimiento abreviado, lo que constituye la razón de su estudio en este último procedimiento.

## ARTÍCULOS 726 y 728

### *Práctica de pruebas en juicio oral*

El Ministerio Fiscal había propuesto en el pertinente escrito de conclusiones la «documental contraída a la lectura de las actuaciones» y la declaración del acusado. Sólo ésta se hace constar en el acta, incumpléndose tanto por el Secretario como por el Tribunal sus deberes de documentación. Ciertamente que el Tribunal sentenciador pudo —y debió tener en cuenta— ese aporte documental para dictar Sentencia, cumpliéndose (hay que pensarlo así) el principio de inmediación, como ordena el artículo 726 de la L.E.Crim. («el Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción...»), y cierto también que según el artículo 728 de la misma Ley, «no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas», pero esto no constituye un obstáculo para que en el acta se haga constar la que se practique, ya que de no hacerse así el Tribunal no podrá tenerlas en cuenta, tal como si hubieran puesto de manifiesto al acusado y fuera requerido éste para su conformidad o

contradicción, a salvo, claro está, de tratarse de verdadera prueba preconstituida (arts. 657, 3.º, y 718 de la L.E.Crim. y STC 150/1987).

(Sentencia núm. 94/1990, de 23 de mayo. R.Á. 475/88. «B.O.E.» de 20 de junio de 1990. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

#### ARTÍCULO 741

##### *Libre apreciación de la prueba*

Ver Sentencias núms. 79, 84 y 98/1990 sobre presunción de inocencia, artículo 24.2 C.E.

#### ARTÍCULO 884.4

##### *Recurso de casación. Inadmisión*

El criterio de inadmisión en los términos expuesto tampoco se acomoda a las exigencias interpretativas de los requisitos procesales del recurso de casación penal impuestas por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, se basa, en primer lugar, en la sustantivación, como categoría específica, de un recurso de casación por infracción de norma constitucional en orden a la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición que representa un obstáculo adicional en innecesario para el efectivo acceso al recurso. Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su STC 185/1988, antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Jurisprudencia constitucional y la de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS de 25 de abril y 10 de junio de 1983, 21 y 26 de mayo de 1984 y 2 de abril de 1985, entre otras muchas), teniendo en cuenta la naturaleza de la Norma constitucional, como Ley suprema y básica, y la especial fuerza vinculante directa de los derechos fundamentales, no supeditada a intermediación legal alguna, según resulta del artículo 53.1 C.E., habían podido ya incorporar al ámbito de la casación penal la vulneración de tales derechos mediante la aplicación del cauce previsto en los núms. 1.º y 2.º del artículo 849 L.E.Cr., y no existe razón alguna por la que dicha vía devenga incompatible por el hecho de que el citado artículo 5.4 LOPJ consigne expresamente la infracción de precepto constitucional como fundamento del recurso de casación de todos los datos en que según la ley proceda, como la prueba de que la propia Sala del Tribunal Supremo la haya seguido considerando idónea después de la entrada en vigor de dicha Ley, aduciendo precisamente la necesidad de que la normativa existente sea interpretada en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial (SS de 4 de noviembre de 1986 y de 10 y 13 de octubre de 1987).

En segundo término, la finalidad de claridad necesaria en el planteamiento en la pretensión casacional, basada en infracción de normas constitucionales, cuya alegación no puede convertirse en efecto perjudicial para el acceso al recurso

(STC 57/1986), se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso.

Finalmente, es cierto que la lesión del derecho a la presunción de inocencia se produce cuando no existe prueba inculpatoria alguna o cuando la efectuada con este signo lo fue con violación de derechos y libertades fundamentales, como reiteradamente viene declarando este Tribunal y así se recoge en el artículo 11.1. de la LOPJ, incurriendo también el escrito del recurrente en este segundo motivo en falta de rigor y precisión técnica al aducirse en el mismo apartado error en la apreciación de la prueba que en puridad de principios, no se identifica con la lesión del indicado derecho fundamental que se reconoce en el artículo 24.2 C.E. Ello no obstante, tampoco es óbice para la determinación del verdadero alcance del motivo casacional que, conforme a la argumentación del escrito, puede entenderse que gira en torno a la infracción del derecho a la presunción de inocencia. Y, siendo esto así, la aplicación por parte del Tribunal Supremo de la causa 4.ª del artículo 884 de la L.E.Cr. adolece de un excesivo rigor formalista, sobre todo si se tiene en cuenta que la propia Sala, conforme al criterio expresado por este Tribunal en la STC 56/1982, ensanchó el cauce previsto en el párrafo 2.º del artículo 849 L.E.Cr. (SS de 26 de abril, 1 de junio, 7 de octubre, 27 de diciembre de 1982, 17 de enero y 17 de febrero de 1984, entre otras) para acoger la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia, considerando, por una parte, que la posibilidad de una decisión judicial condenatoria adoptada sin apoyo en prueba alguna admisible en Derecho es, sin duda, el mayor error que en la apreciación de la prueba cabe imaginar, y, por otra, que, desde el punto de vista técnico procesal la mencionada vía era la que permitía revisar las actuaciones del juicio o los hechos declarados probados.

(Sentencia núm 69/1990, de 5 de abril. R.A. 1341/87. «B.O.E.» de 7 de mayo de 1990. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

#### IV. Código Penal

##### ARTÍCULO 246

##### *Desórdenes públicos*

Ciertamente el anterior razonamiento del Tribunal Supremo, en cuanto se limita a *subsumir las conductas enjuiciadas en el artículo 246 del C.P.*, encierra una cuestión de mera legalidad ordinaria, acerca de la cual este Tribunal no está llamado a conoer. Pero no es menos cierto que este precepto penal, que fue introducido por la Ley de 15 de noviembre de 1971 como una modalidad de delito de terrorismo encuadrado dentro de los «delitos contra la seguridad interior del Estado» (en el antiguo título segundo del capítulo IX hasta la Ley 82/1978), al encerrar un tipo abierto que precisa de una valoración jurídica, ha de ser interpretado de conformidad con la Constitución, pues los conceptos de «paz pública» y de «orden público» no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho.

En este sentido, hemos tenido ocasión de declarar que dicho concepto de or-

den público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 (STC 43/1986) y que «el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el artículo 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social», por lo que «el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado» (STC 101/1985).

Constatado el cumplimiento de los requisitos específicos que, para el lícito ejercicio del derecho de reunión pacífica en vía pública, exige el artículo 21 de la Constitución, tan sólo nos resta examinar si existen otros límites constitucionales que condicionan el libre ejercicio de dicho derecho y si tales límites fueron cumplidos o no por los manifestantes.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo, dichas limitaciones estriban en el concepto de «paz pública», que ha de verse infringida mediante acciones que «propendan a intranquilizar a las gentes... o a perturbar o impedir el funcionamiento normal de los servicios públicos (fundamento jurídico 1.º), las cuales se concretan, en nuestro caso, en un obstáculo al libre ejercicio del derecho a la libre circulación por parte de los usuarios de la carretera nacional objeto de la ocupación (fundamento jurídico 3.º).

De los referidos bienes o intereses jurídicos hay que descartar, en el presente caso, que los recurrentes hayan alterado la «paz pública», pues, si se declara probado, tal como ya se ha adelantado, que los recurrentes se dirigieron «en pacífica manifestación» al lugar de comisión del delito y, una vez allí, no hubo necesidad de intervención alguna de las fuerzas de la Guardia Civil, difícilmente puede colegirse que la conducta de los manifestantes fuera contraria a la «paz pública».

Por lo tanto, el único bien constitucional protegible, que podrían haber infringido los manifestantes es el derecho a la libre circulación por el territorio nacional de los conductores que hubieron de soportar el transcurso de la manifestación. Este derecho subjetivo tiene también una dimensión constitucional al estar proclamado como derecho fundamental por el artículo 19.1.º y podría, por tanto, erigirse en un límite al derecho de manifestación, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho de reunión pacífica puede ser objeto de medidas restrictivas siempre que sean «necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos y libertades ajenos», de entre los que hay que estimar incluido el derecho «a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio nacional» (art. 19 C.E.). Pero lo que también resulta obligado dilucidar es si la exclusiva protección de dicho derecho es un límite suficiente para negar el libre ejercicio del derecho de reunión pacífica y, si aquella restricción alcanzó en la práctica el grado de intensidad suficiente para permitir el sacrificio del derecho contemplado en el artículo 21 de la Constitución.

La contestación a la enunciada pregunta ha de merecer forzosamente una respuesta negativa, porque ni la exclusiva invocación del derecho a la libertad de circulación puede legitimar la negación del derecho de manifestación, ni la limitación de aquél derecho revistió una entidad suficiente para justificar el sacrificio del derecho fundamental de reunión pacífica.

En efecto, como único límite a la prohibición de dicho derecho establece el artículo 21.2 de la Constitución las «razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». Naturalmente toda reunión en «lugar de tránsito» ha de provocar una restricción al derecho de libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación, pero esta restricción, conforme a lo preceptuado por el artículo 21.2 no legitima *por sí sola* a la Autoridad a prohibir la reunión pacífica, sino que se hace preciso que dicha reunión en el lugar de tránsito público altere el orden público y ponga en peligro la integridad de las personas o de los bienes.

Aun admitiendo que la alteración al orden público se produce cuando injustificadamente se limita al derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que, tal y como ya se ha indicado, hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia «física» o, al menos, «moral» con alcance intimidatorio para terceros.

Pero en el caso que nos ocupa, ninguna de las referidas situaciones de peligro se sucedieron en la conducta de los manifestantes. Antes al contrario, la sentencia de instancia afirmó que la ocupación de la carretera se efectuó «sin peligro en ningún caso para personas o bienes» (segundo «considerando»), lo que no pudo suceder de otra manera, pues, tal y como también declara probada la referida resolución judicial la ocupación de la carretera no fue total y absoluta, «sin que se haya acreditado que los jornaleros se hubieran opuesto a alguien que instara el paso, dejando en cualquier caso expedita la vía a quienes arguyeron razones de urgencia para hacerlo».

Por consiguiente, si no se ha probado que se impidiese el paso a quien lo solicitara, tampoco se ha podido probar la restricción del derecho a la circulación de los conductores, quienes, si permanecieron pasivos, fue, posiblemente, porque voluntariamente asumieron las molestias ocasionadas por los manifestantes, con lo que tampoco cabe hablar siquiera de infracción del «orden público, máxime, cuando los recurrentes ejercitaban un derecho fundamental que también integra el concepto de «orden público».

Al haberse probado, de un lado, que la conducta de los manifestantes fue pacífica, sin que se hubiera alterado el orden público con peligro para personas y bienes y, de otro, no haberse acreditado que los manifestantes no hubieran anunciado a la autoridad gubernativa la realización de la manifestación, resulta obligado concluir en que los recurrentes ejercitaron su derecho fundamental de manifestación con cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 21 de la Constitución.

La Sentencia impugnada, al desconocer el comportamiento pacífico de los manifestantes, la escasa limitación del derecho de los conductores ante la brevedad de la ocupación y su carácter parcial, así como la acreditada posibilidad de dejar el paso libre a quienes lo solicitaron y la existencia de vías de tránsito alternativo: al ignorar, en suma, todas estas circunstancias en orden a actuar el *ius puniendi* del Estado, resulta ser manifiestamente desproporcionada, puesto que no ha efectuado un adecuado juicio de ponderación entre el libre ejercicio del derecho de manifestación y sus límites constitucionales, exigidos por el artículo 21 de la Cons-

titución, por lo que hemos de declarar vulnerado el derecho fundamental de «reunión pacífica y de manifestación» del artículo 21 de la Constitución.

(Sentencia núm. 59/1990, de 29 de marzo. R.A. 1639/87. «B.O.E.» de 4 de mayo de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

## V. Otras leyes

### LEY GENERAL TRIBUTARIA

#### ARTÍCULO 145.3

##### *Presunción de certeza*

Conviene para ello recordar sucintamente que la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1.ª, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos: 2.ª, sólo puede entenderse como prueba la práctica en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad: 3.ª de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.ª la valoración conjunta de la prueba practicada en una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

A la luz de esta doctrina constitucional, no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia. Tal interpretación del artículo 145.3 de la LGT sería inconstitucional, como así lo afirman con toda razón los Senadores recurrentes. Mas no es ésta la única exégesis posible del citado precepto, ya que el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una *noticia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor de probatorio como prueba documental que el Juez penal libremente aprecie, con respecto a todos los derechos reconocidos por el artículo 24 de la Constitución y profusamente interpretados por la doctrina de este Tribunal, que tanto ha insistido en la exigencia, entre otros, del principio acusatorio, el principio de contradicción y los de publicidad, libre defensa del acusado y libre apreciación judicial de la prueba.

(Sentencia núm. 76/1990, de 26 de abril. R.I. 695/85 y C.I. 889 y 1960/88. «B.O.E.» de 30 de mayo de 1990. Ponente: Jesús Leguina Villa).

## ARTÍCULO 83.3 f)

*Falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición*

No existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el artículo 31.1. de la Constitución consagra; lo que impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido.

Pero, además de que hasta ahora se ha dicho, y como recuerda el Abogado del Estado, la Sala parte en su razonamiento de una equívoca comprensión de lo que supone la aportación de documentos contables en el artículo 83.3 f), de la LGT. Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la «declaración» comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica (*verbi gratia* el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas), cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. Se impone mecánicamente y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo, como es, en este caso, el de gestión tributaria. Desde esta perspectiva, tiene razón el Abogado del Estado cuando resalta que el citado artículo 83.3, f), no es, en realidad, más que una garantía del cumplimiento de los deberes formales de los sujetos pasivos que se enuncian en el artículo 35.2 de la propia LGT: llevar y conservar los libros de contabilidad, registro y demás documentos que en cada caso se establezca, facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones, y proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible. Y a esta conclusión no cabría oponer como un obstáculo insalvable el tenor del artículo 83.3, f), de la LGT, pues el sustantivo «pruebas» no es utilizado por dicho precepto en un sentido estricto o técnico-jurídico, sino más bien como concepto equivalente, redundante y sinónimo de la expresión «documentos contables» que la propia norma emplea.

(Sentencia núm. 76/1990, de 26 de abril. R.I. 695/85 y C.I. 889 y 1960/88. «B.O.E.» de 30 de mayo de 1990. Ponente: Jesús Leguina Villa).

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Por JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.  
Abogado del Estado

## **ARTICULO 8.1.º ENAJENACION MENTAL. ESQUIZOFRENIA**

(STS de 8 de junio de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

SEGUNDO. Aunque es difícil dar un concepto preciso de la esquizofrenia, porque no es propiamente una enfermedad, sino un conjunto de enfermedades por la variedad de síntomas que presenta, es lo cierto que se trata de una verdadera psicosis endógena, sin duda la más frecuente, que se caracteriza por producir un trastorno fundamental con escisión en la estructura de la personalidad, de modo que, si bien el sujeto puede conservar su inteligencia, memoria, afectos, sentimientos, gustos, aficiones, etc., comportándose con aparente normalidad en ocasiones, sin embargo, no puede hacer uso de estas facultades porque hay otras funciones psíquicas que no reconoce como suyas porque las atribuye a fenómenos extraños a su persona, que le impulsan a actuar en un determinado sentido, originándose así una disociación en las vivencias internas que constituye la verdadera esencia de la psicosis esquizofrénica, si bien las diversas manifestaciones que se *presenta originan las distintas clases de esta enfermedad, como son la esquizofrenia paranoide, caracterizada por las alucinaciones o ideas delirantes, la esquizofrenia hefebrénica, en la que los síntomas cambian con alteraciones del humor, tendencia a la soledad, irritabilidad o extravagancias, la esquizofrenia catatónica, con alteraciones de los impulsos y motilidad, rigideces o posturas fijas, la esquizofrenia simple o heboidofrenia, que presenta apatía progresiva, disminución de la espontaneidad y de la afectividad, falta de interés, etc., pudiendo aparecer esta psicosis de forma lenta y continuada, si bien es lo más frecuente que la primera vez se presente por sorpresa en forma de brote agudo (brote esquizofrénico) que puede desaparecer y volver a repetirse, porque, en realidad, aunque remitan los síntomas, la enfermedad es difícil que llegue a curarse, ocasionando la repetición de tales fases agudas un estado residual cada vez más intenso hasta llegar, a veces, a verdaderas demencias.*

**ARTICULO 10.6.ª PREDEMITACION. CONCEPTO.  
COMPONENTE TEMPORAL**

(STS de 30 de abril de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

La agravante de premeditación constituye una intensificación del dolo a la que se llega por la persistencia en la idea criminal durante algún tiempo, lo que, según opinión mayoritaria, se traduce también en la concurrencia de una reprochabilidad mayor, puesto que el sujeto, lejos de aprovechar ese lapso para reconsiderar y abandonar su propósito delictivo, se refuerza en éste, madurándolo y asumiéndolo definitivamente; a este respecto, la jurisprudencia, que ha llegado a apreciar ese componente por el transcurso de una hora, hace hincapié en que lo decisivo es la persistencia misma de la resolución, por lo que bastaría con el tiempo necesario para acreditar dicho extremo; y la exigencia de la frialdad de ánimo no deja de ser discutible, pero se desprende, en cierta manera, del mencionado requisito fundamental, y en cuanto a que la premeditación sea conocida, se trata de algo incluido superflua y gratuitamente en el texto penal (art. 10.6 CP), puesto que ninguna agravante, atenuante o eximente puede ser apreciada en tanto no consten acreditados sus presupuestos fácticos (Cfr. TS Ss 31 Nov. 1971, 21 Dic. 1981 y 19 Jun. 1984).

Procede estimar la agravante de premeditación cuando, como ocurre en el caso, transcurren unas 5 horas desde que nace el propósito criminal de a del incidente ocurrido a las 21,30 h. y se materializa el mismo disparando a las 2,30 h. de la madrugada siguiente contra quienes el procesado considera sus enemigos, no sin que en el intermedio el recurrente fuera a su casa, cargara la escopeta y se dirigiera hacia la vivienda de sus víctimas.

**ARTICULO 10.8. ABUSO DE SUPERIORIDAD. VIOLACION**

(STS de 5 de julio de 1990. Pte. Sr. Vivas Marzal)

TERCERO: La circunstancia 8.ª artículo 10 CP —abuso de superioridad— se halla emparentada estrechamente con la agravante de alevosía, hasta el punto de dedicársele la denominación de alevosía en tono menor o de segundo grado, representando, la doctrina, gráficamente, a una y otra circunstancia de agravación, como dos círculos concéntricos. En la circunstancia 8.ª es dable distinguir entre un abuso de superioridad físico y otro de naturaleza instrumental, siendo preciso que, en ambos casos, el agente se prevalga de las mayores facilidades comisivas que le depare su mejor robustez, su superior vigor o el número de sus secuaces, o los medios de que ha dispuesto para debilitar la defensa de la víctima. Sin embargo, en la violación conseguida o pretendida a viva fuerza, aunque no se excluya la aplicación de esa agravante en los casos de actuación de varios agresores en tropel, tratándose de hombre y mujer, *unus et una*, el mayor vigor y la superior envergadura y peso del varón respecto a la mujer son consustanciales a esa modalidad delictiva e inherentes a ella, integrando el tipo y no pudiendo constituir circunstancia modificativa, lo que es predicable también en la hipótesis de los números 2 y 3 del citado artículo 429, en las que el legislador, la total

o parcial indefensión de la víctima ya la ha tenido en cuenta al construir las figuras delictivas, formando parte de la tipificación legal, y no pudiendo constituir, por tanto, circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de índole agravatoria. Procediendo, en armonía con lo expuesto, la repulsión del motivo tercero de los articulados por la acusación particular, sustentado en el artículo 849.1 LECrim., por inaplicación de la circunstancia 8.ª artículo 10 CP, no sin antes resaltar para que no lo olvide el recurrente que el Tribunal sentenciador en instancia aplicó el artículo 429.1 CP, y no el número 2 del mismo precepto.

#### ARTICULOS 14 Y 16. COMPLICIDAD. AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE

(STS de 7 de junio de 1990. Pte. Sr. Vivas Marzal)

SEGUNDO: El artículo 344 CP no se ha vulnerado en este caso, pues el comportamiento punible consistió en la adquisición y tenencia de casi 5 kilos de cocaína, en Bélgica, con el fin de su introducción clandestina en España y ulterior distribución entre otras personas y, siendo éste el comportamiento fundamental, declarado probado en la sentencia recurrida, cuyas declaraciones fácticas son intangibles, es evidente, tanto la adecuada subsunción de esa conducta en una de las hipótesis contempladas —tenencia con fines de ulterior tráfico— en el artículo 344 CP, como la posibilidad de participación, en distintos planos o grados, de otras personas distintas a las que maquinaron y desarrollaron la operación.

TERCERO: La complicidad, como forma de participación delictual, se regula y define en el artículo 16 CP, donde se dice que «son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Así pues, la complicidad requiere la concurrencia de algunos de los requisitos comunes a todas las formas de participación, con excepción, acaso, de la inducción y del encubrimiento, siendo tales requisitos, el concierto previo o por adhesión, denominando *pactum scaeleris* o *societas scaeleris*, la conciencia de la ilicitud del acto pactado o *conscientia scaeleris*, el denominado *animus adjuvandi* y, finalmente, la aportación de esfuerzo propio para la consecución de un empeño o empresa común. Y esto sentado, la complicidad se distingue de la autoría material y directa en que el cómplice no toma parte directa en la perpetración del hecho punible, ni efectúa actos estelares, primordiales o nucleares, limitándose a cooperar, a esa empresa común, con actos meramente secundarios o periféricos. Del auxilio necesario se diferencia por que los actos de cooperación necesaria son indispensables e imprescindibles —véanse las cuatro teorías que se exponen en la sentencia recurrida—, mientras que la colaboración o contribución del cómplice radica en actos, si no meramente ornamentales, al menos de índole auxiliar, secundario o accesorio, de tal modo que el hecho punible, sin ellos, se hubiera sometido del mismo o semejante modo. Por último, del encubrimiento queda la complicidad, queda nitidamente separada pues ésta requiere la perpetración de actos anteriores o coetáneos, mientras que el encubrimiento entraña una participación *a posteriori* o *post delictum*, siendo prestado el concurso del encubridor con posterioridad a la consumación de la figura punible de que se trata.

CUARTO: En este caso, la complicidad, afirmada por la sentencia de instan-

cia, de Carmen Eufemia M. R., se polariza o concreta en dos grupos de actos, de un lado, en facilitar el uso del teléfono de su domicilio para que el «cerebro» o *leader* de la operación pudiera estar al tanto, conectando con sus secuaces, del estado y progreso de la misma, cesión del uso de teléfono completada con la también cesión del teléfono de un establecimiento regentado por los hijos de Carmen Eufemia M. R., la cual tenía perfecto conocimiento, desde el principio, de la finalidad y destino de las llamadas; y, de otro, en la ocultación o desaparición de uno de los depósitos de gasolina sustituidos por otros, apropiados para el desenvolvimiento de la operación proyectada. Pues bien, descartado ese segundo *modus operandi*, puesto que se trata de un acto de autoencubrimiento impune, máxime siendo, la acusada, concubina o amante de uno de los acusados todavía no juzgados, resta la cesión de los teléfonos, o mejor dicho, de su uso, lo cual es conducta constitutiva de complicidad pues, a sabiendas de la ilicitud de la conducta de sus co-reos, la acusada cooperó a un empeño criminal común, con actos simultáneos de carácter auxiliar o secundario y no *sine qua non*.

#### ARTICULOS 202 A 204, y 403. EXACCIONES ILEGALES. CONCEPTO. REQUISITOS. CONCURSOS DE NORMAS

(STS de 27 de junio de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

PRIMERO: El delito de exacciones ilegales, de vieja raigambre que se remonta a la concusión, con cuyo nombre aún se le conoce en Derecho comparado, ofrecía un concepto amplio en el que se incluía cualquier cantidad exigida por el funcionario al particular, que éste no viniese obligado a pagar con arreglo a las Leyes, concepto que se mantuvo en nuestros Códigos hasta el de 1870 y que ha llegado hasta nuestros días, con el breve paréntesis del Código de 1928 que, con su profuso casuismo, añadió dos supuestos particulares referidos a concejales y recaudadores de contribuciones. Finalmente, la reforma de 1944 aludió al reintegro por el funcionario del indebido cobro para dejar claro que tal restitución no afecta a la responsabilidad penal, práctica en contrario que se había sostenido con anterioridad. También es de tener en cuenta que mentada reforma introdujo como uno de los verbos del tipo de cohecho activo el solicitar, que la jurisprudencia ha venido a interpretar como equivalente a exigir, acción típica del delito que examinamos.

De lo dicho se desprende el parentesco de la exacción ilegal bien con la estafa, bien con el cohecho, de los que se diferencia en que el funcionario no tiene derecho para la percepción de cantidad alguna, de suerte que la antijuricidad en el delito de examen está en el *quantum* o exceso sobre lo que el funcionario puede legalmente recibir por razón de su cargo.

SEGUNDO: Tal reducción del concepto de la antigua concusión, se manifiesta en cada uno de sus *elementos estructurales*:

a) El *sujeto activo* no es cualquier funcionario, sino tan sólo aquel que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc. De nuevo viene aquí a jugar el exceso en la percepción, pues si se exige a los contribuyentes impuestos no autori-

zados se está en el supuesto de los artículos 202 a 204 CP. Es sintomático respecto a lo que hemos dicho la remisión a la estafa que hace, entre los mencionados, el artículo 203, para el caso de que el impuesto indebido y cobrado por el funcionario no entre en las Cajas del Tesoro público. Se trata del mismo reenvío que el artículo 403 hace a los delitos de apropiación indebida y estafa como segunda forma de exacción ilegal, desplazada en la tipicidad por dichos delitos con la única adición de la pena de inhabilitación especial.

b) *La acción* ya hemos dicho que se condensa en el verbo exigir los mayores derechos lo que puede hacerse directa o indirectamente, esto es, por sí o a través de otra persona (empleado, subalterno, etc.). En este segundo caso se siguen las reglas de la participación de *extraneus* en los *delicta propria*. En cuanto al concurso con el *cohecho* o la *estafa*, por regla general el cohecho absorberá por consunción a la exacción ilegal. Lo mismo sucederá en el caso de estafa, la que operará también por absorción, ya no sólo por virtud del artículo 68, sino por el propio reenvío del artículo 403, el que, sin embargo, completa la penalidad. La excepción se dará cuando se trate de una o varias estafas constitutivas de faltas en que ya no tiene virtualidad el artículo 403 que sólo se refiere a delitos. Finalmente, la consumación se logra con la exigencia de los derechos indebidos aunque no lleguen a cobrarse.

c) En fin, la *culpabilidad* se entiende comúnmente que sólo es posible en su forma dolosa, seguramente por la conjunción que el legislador hace de este delito y de los fraudes de los funcionarios en la rúbrica del Cap. XI Tit. VII Libro 2.º CP. De hecho no se da en el tipo que describe la exacción ilegal (art. 402) ningún elemento subjetivo del injusto, explícito o implícito, que impida la comisión culposa. Y no ha faltado alguna sentencia de esta Sala que así lo ha entendido (S 28 Sep. 1965).

TERCERO: La doctrina jurisprudencial se centra, de conformidad con lo dicho, en la exigencia de mayores derechos, es decir, que el funcionario ha de estar facultado para percibir derechos en forma de arancel, participación, etc. (SS 12 Mar. 1935, 5 May. 1959, 5 Nov. 1960), si bien algunas SS (24 Jun. 1909 y 3 Jun. 1957) ha extendido el tipo a la percepción de emolumentos no debidos en absoluto. La buena doctrina ha sido definitivamente asentada por las recientes SS 14 Abr. y 17 Dic. 1986 que en estos últimos casos entiende que el comportamiento del agente incide con más propiedad en las figuras de estafa o cohecho. Y por supuesto, los casos contemplados por dichas resoluciones se refieren a percepción de cantidades superiores a las que tenía derecho a demandar el funcionario.

## ARTICULO 237. DESOBEDIENCIA GRAVE. PROHIBICION ENTRADA EN TERRITORIO NACIONAL

(STS de 11 de julio de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

El hecho está perfectamente concretado en el relato fáctico de la sentencia de instancia: el procesado tenía prohibida la entrada en territorio nacional por cinco años, según orden de expulsión de 23 de marzo de 1983, notificada al mismo el 4 de julio de igual año.

El problema, por consiguiente, no es otro que el de decidir si este comporta-

miento tan específico es o no constitutivo del delito por el que el imputado viene condenado.

El artículo 237 del Código Penal castiga a los que sin estar comprendidos en el artículo 231 desobedecieren gravemente a la autoridad o a sus agentes si la orden está dictada en ejercicio de las funciones de su cargo. La fórmula actual procede del Código Penal de 1870, en su artículo 265 y tiene, en orden a la conducta de desobediencia, como límite superior el atentado e inferior falta del artículo 570.6, ambos del Código Penal.

Una vez el intérprete ha de situar el hecho que se enjuicia en relación con las circunstancias que lo acompañan para decidir en cada caso concreto si existe o no gravedad, dada la imprecisión terminológica no siempre salvable de este término.

En este orden de cosas ha de tenerse en cuenta la materia sobre la que la orden desobedecida versa, las condiciones del que desobedece, los efectos del incumplimiento, su persistencia, etc.

En este caso sometido a nuestra decisión se trata de una orden expresa, clara y terminante dada por quien estaba autorizado a hacerlo en el desempeño de sus funciones, referida a la expulsión del procesado del territorio nacional y cuyo flagrante incumplimiento introduciéndose clandestinamente en España, donde fue detenido cometiendo otro delito y habiendo incurrido en otro, produjo sin duda graves consecuencias, teniendo en cuenta las circunstancias legales determinantes de una expulsión del territorio nacional y el hecho mismo de dicha expulsión.

#### **ARTICULOS 240 Y 261.1.º y 2.º INJURIA A ALTOS ORGANISMOS DE LA NACION. DESACATO. PRINCIPIO ACUSATORIO**

(STS de 17 de mayo de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**PRIMERO:** El motivo único de impugnación articulado por el Ministerio Fiscal por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce inaplicación de los artículos 161.1.º y 162 del Código Penal.

A) Los delitos cometidos contra los Altos Organos de la Nación, que no estaban antes concretamente tipificados, se introducen en el Código Penal a través de la reforma de 8 de abril de 1967, para extender la protección penal a otros órganos políticos, en cuanto específicamente se protege la dignidad de los mismos, convirtiendo esta infracción en un delito contra los aludidos órganos, y no contra personas individuales concretas, las que deben considerarse a partir de aquella reforma como desacatos del artículo 240 del propio texto punitivo. La doctrina científica es unánime en tal interpretación. Sujetos pasivos de los delitos del número 1.º del artículo 161, sólo pueden serlos además del Regente o Regentes, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Por tanto, se suscitará una cuestión concursal en los supuestos en los que la conducta ejecutada constituya no sólo unas injurias o amenazas para los mencionados organismos, sino además un delito para alguno o algunos de los miembros que integren aquéllos. pudiendo constituir, en su caso, un concurso

ideal o real de los artículos 71 y 69 del Código Penal, con el delito de desacato de los artículos 240 y siguientes del propio Cuerpo Legal.

B) Aplicando la doctrina expuesta al caso aquí enjuiciado, es obvio, y así se deduce de la lectura del relato histórico de la sentencia impugnada, que las expresiones proferidas por el procesado, evidentemente rechazables moral y socialmente, van dirigidas no contra el Gobierno, como órgano del Estado, sino individualizadas en un miembro del Gobierno, el de su presidente. Por tanto, no puede haber discusión respecto a que la conducta tipificada en el número 1.º del artículo 161 del Código Penal, no se ha producido, puesto que las frases reputadas injuriosas por el Ministerio Fiscal, se concretan en personas, alguna tan cualificada como su Presidente, integrante del Gobierno, pero no a éste como Alto Organismo de la Nación. Por ello, procedería rechazar el motivo de impugnación.

Podría plantearse como se apuntó en el apartado A), la concurrencia de un concurso delictual con el delito de desacato de los artículos 240 y siguientes del Código Penal, o más bien, al no estar tipificada la conducta del procesado como un delito contra los Altos Organismos de la Nación, subsistiría exclusivamente sólo el desacato. Pero ello suscitaría, si se admitiese tal postura, la posibilidad de una quiebra del principio acusatorio, esencial en nuestro ordenamiento jurídico penal, así como los derechos que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, y por tanto, del derecho de defensa, y correlativamente el de proscripción de toda indefensión, así como el de ser informado de la acusación formulada contra el procesado. El Ministerio Fiscal, única parte acusadora, la mantuvo por un delito tipificado en el artículo 161-1.º del Código Penal incardinado en el Título II, Capítulo I, Sección 2.ª del Libro II, mientras que el delito de desacato, se halla regulado en el mismo Título, Capítulo VIII del aludido Libro. Respecto al cambio del título incriminatorio, una reiterada doctrina de esta Sala —cfr. Sentencias 21 abril y 19 noviembre 1987, 26 marzo, 30 septiembre y 3 noviembre 1988, y 13 octubre 1989— ha declarado que no se produce si el hecho es el mismo, idéntico el objeto de la acción y los delitos —aquél por el que se acusa, y aquél por el que se condena— homogéneos, porque en tales circunstancias, la defensa tiene plenas posibilidades de ejercer su función. En este caso, se cumplen la identidad de hecho y el objeto, pero no así la homogeneidad de los delitos. Los bienes jurídicos protegidos son distintos. En el que se imputa al procesado se tutela la protección del Organismo como tal, sin tomar en consideración a sus miembros individualmente considerados. En el de desacato, la de un Ministerio o una Autoridad, que por definición, respecto a este último, del artículo 119-1.º y 2.º, hay que entenderlo como persona individual, y como tal, el honor de aquélla, en su calidad de partícipes del ejercicio de funciones públicas. «Un Ministro» o «una Autoridad», es la dicción del artículo 240 del Código Penal, que lógicamente es totalmente distinto al órgano «Gobierno», totalidad de los Ministros que lo constituyen. El cambio del Título de incriminación supondría vulneración de los derechos aludidos, que debe repudiarse.

Por ello, el motivo debe rechazarse y por tanto, el recurso en su integridad.

### ARTICULOS 257 Y 258. DEPOSITO DE ARMAS. NATURALEZA. REQUISITOS

(STS de 22 de junio de 1990. Pte. Soto Nieto)

PRIMERO: El motivo único del recurso interpuesto por el procesado se instrumenta al amparo del artículo 849 de la LECr, por supuesta infracción de los artículos 257 y 258 del CP, por aplicación indebida, así como por inaplicación del artículo 5.º del Real Decreto de 24 de julio de 1981. La infracción penal constitutiva del delito de *depósito de armas*, plasmada legalmente en los artículos 257 y 258 del Código Penal, responde a la finalidad tuitiva jurídico penal de la seguridad de la comunidad social frente al riesgo de acumulación de instrumentos y medios de tan marcada peligrosidad, sin la autorización debida. Definiéndose con una cierta autonomía frente al tipo básico del artículo 254 —basta observar las características y *nomen* propio del delito en cuestión—, al relacionarse con una delincuencia de integración colectiva y sesgo subversivo; de ahí que la protección buscada trascienda a la *seguridad interior* del Estado. Junto al carácter de delito de *peligro presunto*, es de destacar también su naturaleza de *delito permanente*, o delito de tracto continuado, como suele designarse jurisprudencialmente, dada la prorrogación en el tiempo de la ofensa al bien jurídico que supone, en tanto no es descubierto. Se constituye el depósito por la reunión de tres o más armas de guerra, salvo que se trate de ametralladoras, pistolas o fusiles ametralladores o bombas de mano, para cuya hipótesis el artículo 258 dispone que «aun cuando se trate de una sola arma, se castigará siempre como depósito»; viéndose en este específico supuesto, dadas las características de aludidas armas, velados propósitos, al igual que el más general, de marcada índole antisocial.

La «*tenencia*» contemplada en el artículo 258, último párrafo de los consagrados al depósito de armas de guerra, no ha de desconectarse de la idea matriz de depósito que preside la redacción del artículo 257 del CP, *no pudiendo hacerse equivalente a una mera detención accidental o por breves momentos*, implicando la conceptualización de depósito un propósito de retención, de guarda o custodia del arma, si no definitiva o acusadamente duradera, si con *alguna permanencia* contraria a la transitoriedad de una esporádica aprehensión o episódico uso; actos, estos últimos, que suficientes normalmente para integrar la figura delictiva del artículo 254 del CP —en que basta una simple disponibilidad del arma, un *animus possidendi*, o simplemente *detinendi*—, no alcanzan la significación y rango precisos para dar luz al tipo más grave del depósito de armas.

### ARTICULOS 302.4.º Y 303. FALSIFICACION DOCUMENTAL. FALSEDAD IDEOLOGICA. REVALORIZACION DE BIENES

(STS de 18 de junio de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

TERCERO: Coinciden sustancialmente el único motivo del recurso de Juan Antonio R. y V. E., el segundo Miguel P. A. y el segundo de la representación conjunta de los cuatro restantes recurrentes, lo que aconseja su examen unitario.

Se combate en ellos la aplicación de los artículos 302.4 y 303 del Código Penal<sup>1</sup> poniendo el acento en la pretendida inexistencia de falsedad ideológica por cuanto la falta de perjudicados y al fin perseguido relajarían el otorgamiento de escrituras al ámbito civil de la contratación simulada, tanto más teniendo en cuenta las especiales circunstancias económicas y financieras en las que tal actividad se enmarcó. Sucede, sin embargo, que, si bien nuestro Código, a diferencia, por ejemplo, del francés, distingue con cierta nitidez entre la legitimidad y la veracidad de un documento, castiga también esta falsedad intelectual o ideológica como la indicada modalidad comisiva 4.º de su artículo 302. Es cierto que algún prestigioso autor ha tratado de restringir tal concepto en el sentido de exigir que, tratándose de escrituras públicas, sea el propio fedatario quien recoja inveraz o distorsionadamente las manifestaciones que le son hechas, pero tal exégesis, aunque interesante, no es la admitida por la jurisprudencia y la doctrina dominante. Así las cosas, el problema se centra en la importancia que ese extremo falso tenga en el documento mismo, atendiendo a su contenido como expresión de pensamientos y voluntades con repercusión en el tráfico jurídico, y llegados a este punto procede subrayar que en el presente caso no se trata de determinados datos inveraces, bien totalmente irrelevantes, bien con un interés circunscrito a quienes otorgan el documento, como podría ser la profesión o incluso el precio, sino de una cadena de operaciones representadas por una multiplicidad de escrituras públicas en las que, si se permite la expresión, se falsifica ideológicamente todo, y ello con el deseo de obtener en definitiva una revalorización cuyo interés real, lejos de agotarse entre los otorgantes, se encuadra nada menos que en una fusión bancaria. Sabido es que el fin no justifica los medios —en este caso delictivo en sí mismo— y difícilmente puede insinuarse siquiera, según aquí parece haberse hecho, que esa fuera la vía legal a seguir, casi como si se tratase del ejercicio de un derecho o del cumplimiento del deber. Los ahora recurrentes, al margen de la licitud o ilicitud de sus últimos propósitos, optaron consecuentemente por acudir a estas maniobras contrarias a la autenticidad y seguridad del tráfico jurídico, sin reparar siquiera en lo que las escrituras tienen de «traditio» instrumental en la compraventa de inmuebles y, eso sí, obteniendo elocuentes remuneraciones, inconcebibles en actuaciones normales y legales. De otra parte, no hace falta insistir en que ni el ánimo de lucro ni el de perjuicio de tercero son elementos esenciales del delito de falsedad en documento público, oficial o de comercio, siendo evidente la inclusión de las escrituras públicas en el primero de los mencionados conceptos. Procede, pues, la desestimación, también, de estos motivos y con ella, la de la totalidad de los recursos.

#### **ARTICULOS 306 Y 307. FALSEDAD DOCUMENTAL. RECETAS MEDICAS. PERJUICIO MORAL**

(STS de 24 de mayo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

UNICO: Las recetas extendidas en el ejercicio de la profesión médica son, en principio, documentos privados; se les concede, sin embargo, el carácter de documento oficial cuando proceden de los servicios médicos organizados para atender las necesidades sociales (recetas de la Seguridad Social, de la Mutualidad

General de Funcionarios del Estado, de la Mutualidad General Judicial, del Instituto de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, o de los servicios de beneficencia de las Corporaciones Locales), y en el caso de que los medicamentos prescritos exijan para su dispensación receta médica de acuerdo con las normas establecidas en la Orden de 11 de abril de 1977 y Decreto de 6 de octubre de 1977, la cual debe quedar registrada y archivada en la Oficina de farmacia para facilitar el control administrativo. Y como quiera que el medicamento prescrito y obtenido en virtud de las recetas apócrifas (*Preludin Compositum*) tiene por base el clorhidrato de fenmetracina, perteneciente al grupo de las anfetaminas y sometido al régimen inexcusable de receta médica, los documentos simulados por el recurrente debieron haberse considerado documentos oficiales con la consecuente subsunción del hecho incriminado en el artículo 303 del Código Penal, donde es ocioso tratar —como elemento típico— del perjuicio de tercero, tema propio del recurso.

No obstante, subsumidos los hechos por la sentencia recurrida en el artículo 306 del Código Penal, el perjuicio de tercero pasa a integrarse en el tipo y como tal necesario para la relevancia penal del hecho, cuestionando el primer motivo del recurso su existencia. No son atendibles las razones que lo apoyan porque el perjuicio puede no ser patrimonial y existe en este caso, como acertadamente razona la Sala sentenciadora, por cuanto estando las recetas extendidas bajo el nombre de Facultativos existentes y ejercientes les reporta un potencial perjuicio moral al imputarles la prescripción de un medicamento —acto médico incorporado— sin previa consulta y examen del enfermo, lo cual afecta a su nombre y crédito profesional, y que también —«prima facie»— comprometida su actuación médica por la presunta prescripción de un preparado que puede ser perjudicial y probablemente nocivo en el caso de compuestos, como las anfetaminas, de restrictivo uso y obligado control.

Estos razonamientos atraen la desestimación del motivo primero del recurso, y sirven también de fundamento desestimatorio al motivo segundo por cuanto este último, al invocar la aplicación indebida del artículo 307 del Código Penal, reproduce los mismos argumentos impugnativos.

#### **ARTICULO 364. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. OCULTACION. CONCEPTO.**

(STS de 29 de junio de 1990. Pte. Sr. Huerta y Alvarez de Lara)

**PRIMERO:** Tiene reiteradamente declarado esta Sala a los efectos de tipificación del delito de infidelidad en la custodia de documentos, sancionado en el artículo 364 CP, que existe ocultación de documentos por funcionario público cuando maliciosamente y con daño para la Administración o para tercero, se produce la paralización del trámite obligado a que responda un documento, y que ocultar, a efectos de este delito, es equivalente a guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino; conducta ésta de ocultación seguida por el procesado con dos edictos que le fueron remitidos por el Registrador de la Propiedad de Piedrahíta que había procedido a la inmatriculación de la finca que se dice en el *factum* mediante título público de su adquisición, conforme a lo establecido en el artículo 205 LH y 298 y ss. RH para la

ejecución de la misma, edictos que fueron expuestos durante 1 mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del que era Alcalde el recurrente y que éste se negó a devolver al Registrador, guardándolos personalmente con la finalidad conseguida de que transcurrieran 3 meses y tuviera que cancelarse la inscripción por la no presentación de los citados edictos, como así sucedió, sin que la creencia que tenía el procesado de que la finca inscrita era un bien comunal justificase el cumplimiento de sus deberes legales máxime sabiendo que como establece el artículo 298, párrafo último RH, que los que se crean con derecho a los bienes inscritos, conforme el artículo 205 LH, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo, forma única de determinar la propiedad y tutelar las situaciones o contiendas sobre ella y no por la sola decisión del Alcalde basándose en el contenido del principio de autonomía local o municipal que alega en el motivo primero —único admitido— del recurso de casación por el formulado al amparo del artículo 849.1 LECrim. y en el que denuncia la indebida inaplicación del artículo 364.2 CP que, por lo dicho, procede desestimar.

#### **ARTICULOS 400 Y 401. FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES. DOCTRINA GENERAL**

(STS de 5 de abril de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

**TERCERO:** Pasando ya al motivo tercero, residenciado en el artículo 849.1 LECrim, conviene empezar advirtiendo que los tipos de fraude contemplados en los artículos 400 y 401 CP son figuras muy abiertas, de contornos poco definidos y, en consecuencia, merecedores de algún reproche desde la perspectiva del principio de seguridad, si bien no resulte fácil profundizar en la concreción de las conductas incriminadas. Ambos preceptos, como el 402, en el que se ubican las exacciones ilegales que contemplan la rúbrica del Capítulo —«De los fraudes y exacciones ilegales»— se remontan al Código de 1848 (arts. 314 a 316) y agradecerían en todo caso una cierta actualización. En tanto ello no ocurra, la exégesis del artículo 401 —aplicado aquí por el Juzgador de instancia— ha visto en el mismo el delito de fraude, de manera que en el 400 se incluirían más bien comportamientos agravados. Esto permite utilizar para la interpretación del artículo 401 algunos elementos y condiciones de los que la jurisprudencia y la doctrina hacen uso o sientan a propósito del artículo que le precede, más grave, según suele ocurrir en la sistemática de nuestro CP.

**CUARTO:** Los fraudes del artículo 401 son, como los del artículo 400, delitos de mera actividad, en los que difícilmente resultan imaginables las formas imperfectas, al igual que sucede con la comisión culposa, ya que en ellos existe —aunque sea en sentido amplio— un ánimo de defraudar que opera como elemento subjetivo del injusto. De otro lado, y esto explica la amplitud que a tal componente tendencial haya de darse, no cabe olvidar que estos delitos se ubican entre los realizados por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, lo que significa que al bien jurídico representado por los intereses económicos de la Administración se anticipa el de su correcto funcionamiento, incluida ahí la preservación de una imagen que merezca el respeto de los ciudadanos.

**QUINTO:** Dicho lo anterior, la desestimación de este motivo por error de

derecho, en el que se discute la aplicación del artículo 401.1 al caso de autos, no ofrece muchas dificultades. El comportamiento enjuiciado debe serlo en su totalidad y sin quiebras o fragmentaciones más o menos artificiosas, de manera que la firma por el Alcalde del correspondiente Decreto para la subasta adquiere una relevancia especial si se la conecta con su participación en aquélla, bien entendido que en contra de la pretendida motivación ejemplarizadora o al interesado socaire de aquélla, el alcalde consigue, como único licitador, por 157.000 ptas., lo que estaba tasado en 5.200.000 ptas., y luego, por si quedara alguna duda sobre su personal interés económico, se muestra dispuesto a devolver la propiedad del inmueble por 2.000.000 ptas. Hubo, pues, interés en sentido legal y ello con el telón de fondo de un perjuicio crematístico a la Administración, dañada asimismo en su actividad normal.

#### **ARTICULOS 407 Y 338 BIS. HOMICIDIO. COMISION POR OMISION. OMISION DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS**

(STS de 26 de junio de 1990. Pte. Sr. García Arcos)

NOVENO: Por lo que se refiere al tercer procesado, Gregorio E. B., se invoca un primer motivo, por infracción de Ley del artículo 849.1.º al entender mal aplicado el artículo 407 del Código Penal en cuanto se le condena como autor responsable de un delito de homicidio «cometido mediante omisión», siendo así (según su tesis) que el Tribunal «a quo» hizo una interpretación extensiva del instituto de la comisión por omisión al no concurrir en el procesado la condición de (garante) de la víctima y, por ello, no tenía obligación de proteger su integridad física, además de que nuestro Código no contiene una «cláusula general» de «equiparación entre el hacer y el omitir», ni, tampoco, «una tipificación expresa de los delitos omisivos».

Este inicial motivo debe ser rechazado porque: a) En primer lugar, no es realmente cierto que nuestro Código no contenga una norma de carácter general en la que se especifique que la «acción» y la «omisión» son los equivalentes a la hora de la inculpación delictiva, pues basta una simple lectura del párrafo primero del artículo 1 de dicho texto legal para entender la existencia de tal equivalencia; es decir, esos dos modos de actuar tienen idéntica categoría comisiva y deben ser valorados de la misma forma porque ambos producen el mismo efecto, aun que unos tengan un carácter positivo y otros negativo. b) Por ello, ante esa cláusula general de equiparación, no cabe hablar de que no existen tipos delictivos de carácter omisivo, pues el empleo de la acción negativa en la realización de un hecho no tiene porqué estar incluida de manera concreta en el precepto definidor del tipo, ya que se trata de un concepto genérico que, en buena técnica legislativa, debe estar comprendido en la parte general, no en la especial, de cualquier Ley punitiva, a no ser, claro está, aquellos supuestos en que la omisión constituya la esencia del delito y su único medio comisivo, como ocurre en los delitos llamados de «omisión pura» (denegación del deber de socorro, p.e.). Por tanto, no es realmente adecuado alegar que las actuaciones omisivas deban tener un plus de «interpretación restrictiva», ya que una cosa es la «dificultad» que pueda suponer una determinada labor hermeneútica, y otra muy distinta su carácter más

restrictivo, una vez lograda la adecuada interpretación de los hechos y su conjunción con el derecho aplicable.

DECIMO: Dicho lo anterior, hemos de indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que para que pueda entenderse cometido un delito por «comisión por omisión», es imprescindible que el sujeto inculpado tenga la cualidad de «garante» de la víctima, o, lo que es lo mismo, esté obligado, por circunstancias concretas, a evitar la realización del hecho, circunstancias que pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay dos de evidente carácter definitorio: haber creado el peligro que desencadena la acción, y haberse desarrollado ésta en su propio domicilio, a su presencia y con proporción de medios a los otros coautores. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del enjuiciado, ya que: 1.º De los hechos declarados probados se deduce, sin lugar a dudas, que la acción consistente en trasladar a la víctima desde el pueblo portugués, en donde residía, a la finca, fue inducida, cuando no ordenada, por el ahora recurrente, como así lo demuestran las conversaciones previas con los otros procesados y, también, el dato revelador de que éstos, cuando llegaron a la finca con el «detenido» dicen al recurrente, con expresión de novedad, indicativa de haber cumplido con su deber, la de que «aquí tienes al de las ovejas». 2.º Como se ha dicho, el lugar en donde se desarrolló el suceso era de su pleno dominio, así como era dueño directo de los medios empleados para cometer la acción, y ésta fue por él presenciada a «ciencia» (con pleno conocimiento de lo que estaba ocurriendo) y a «paciencia» (sin intervenir en momento alguno para evitarla).

Por ello, esa cualidad de «garante» que se exige en esta modalidad comisiva queda demostrada con evidencia tan contundente porque, en realidad el procesado, más que actuar en un plano negativo, lo hizo de manera positiva, pudiéndose perfectamente haber calificado su autoría como comprendida, o bien en el número 1.º del artículo 14 (inducción directa), o bien en el número 2.º del mismo precepto (cooperación necesaria).

ONCE: El segundo motivo, también con base adjetiva en el número 1.º del artículo 849, tiene su fundamento sustantivo en la inaplicación del artículo 338 bis del Código Penal, por entender el recurrente que, como máximo, se pudo hacer acreedor a una sanción penal en cuanto no evitó, pudiendo hacerlo, la comisión de un delito contra la vida de un tercero que se realizó a su presencia. Este motivo debe correr la misma suerte desestimatoria habida cuenta de que ese precepto, arquetipo de los delitos de omisión pura, sólo puede tener aplicación en aquellos supuestos en que su autor esté desconectado previamente con el hecho que presencia y que tiene obligación de evitar o tratar de evitar, pero no en los casos en que, según hemos dicho con reiteración, el agente interviene desde el principio en todo el «iter criminis», cuya obligación de intervenir es mucho más exigible al estar involucrado, por múltiples razones, en la «misma» acción delictual.

DOCE: El tercer motivo, también por infracción de la ley del número 1.º del artículo 565 del Código Penal, y ello por entender el recurrente que si la actuación de los autores directos del hecho fue calificada, en su aspecto subjetivo, como de dolo eventual, el comportamiento del procesado únicamente debe ser imputado a título de culpa.

Este planteamiento carece de toda virtualidad exculpatoria (o «cuasi» exculpatoria) pues, en primer lugar, olvida que la imputación a título de dolo eventual

(o de segundo grado) produce los mismos efectos inculpatorios y punitivos que el dolo directo; y, en segundo término, y sobre todo, que es imposible hacer traspaso a terceras personas de un elemento tan puramente subjetivo como es la intencionalidad de la acción; o, lo que es lo mismo, aunque aceptásemos, como hizo la sentencia recurrida, que los autores directos obraron por la vía del dolo eventual, ello no quiere decir que el autor por omisión no actuase con dolo directo, ni mucho menos (obvio es indicarlo) que haya de degradarse su imputabilidad a la simple imprudencia, pues tal solución carecería de todo sentido lógico.

TRECE: El cuarto motivo se invoca con el mismo fundamento procesal y en base sustantiva de la inaplicación de los artículos 16 y 53 del Código Penal, por considerar el recurrente que, en el último caso, la Sala de instancia debió calificar su actuación como de simple complicidad, y no como de autoría.

Aunque la complicidad que define el artículo 16, pueda ser entendida como una especie de cooperación necesaria de segundo grado no cabe confundirla, ni con la cooperación directa recogida en el número 2.º del artículo 14, ni mucho menos con la comisión dolosa directa del número 1.º, del mismo precepto, y aunque esta comisión se realice por actos negativos de omisión. Nos debe bastar, por tanto, con lo hasta aquí razonado para desestimar este cuarto motivo.

En igual sentido desestimatorio debe concluir el último de los motivos casacionales interpuesto por este procesado y con pretensión de que fue indebidamente aplicada la agravante de abuso de superioridad, 8.º del artículo 10 del Código Penal. Creemos que tal alegación ha encontrado cumplida respuesta en el apartado sexto de esta sentencia.

## **ARTICULOS 430 Y 429.1.º ABUSOS DESHONESTOS VIOLENTOS**

(STS de 12 de julio de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

SEGUNDO: El delito de abusos deshonestos lo constituye todo acto dirigido contra el pudor o recato sexual, realizado contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, constituyendo una infracción criminal de mera actividad, que no exige para su consumación de consecuencia material alguna. Se perfecciona por la concurrencia de dos elementos, uno objetivo o material, consistente en una actuación externa y dinámica del mismo agente, dirigida a conseguir un contacto con el cuerno de otra persona, que atenta a la libertad sexual de ésta, siempre que en la conducta de aquel sujeto activo, concurra alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 429, comunes a la violación, y otro elemento de carácter psicológico o interno, específicamente doloso, que actúa como elemento subjetivo del injusto, y consistente en el ánimo libidinoso o satisfacción del apetito sexual —cfr. Sentencia 21 septiembre 1989.

En el caso aquí enjuiciado, cuyos hechos probados deben quedar incólumes, el tocar los muslos de la ofendida, contra su voluntad, produciéndole unas lesiones leves, así como echarse encima de ella, con el miembro viril fuera del pantalón, llegando hasta la eyaculación sobre la pierna y vestidos de la muer que le acompañaba en el automóvil, y a la que se había ofrecido para trasladarla a la ciudad de Zamora, revela la existencia de un ánimo lúbrico, por la propia

naturaleza de los actos realizados por el procesado, máxime al estar acompañados de la violencia comisiva —cfr. T. Supremo 6 febrero 1990.

#### **ARTICULO 452 BIS D) 1.º DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION. VIGENCIA. TERCERIA LOCATIVA**

(STS de 6 de junio de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

PRIMERO: Esta Sala viene distinguiendo en materia de prostitución, y de ello son referencia próxima las sentencias de 15 de abril y 20 de octubre de 1988, la conducta de quienes organizan y se lucran del tráfico carnal de las camareras que trabajan en los establecimientos de alterne, de aquella otra —de menor gravedad objetiva—, en que el dueño, gerente, administrador o encargado de un local permite que se ejerza en él la prostitución, bajo la fórmula de un alquiler de habitaciones o de locales, que se ha dado en llamar *tercería locativa*, pero sin organizar el trato y comercio carnal, ni hacer del mismo fuente directa de beneficios; estas situaciones tienen reflejo en las tipificaciones delictivas: los artículos 452 bis a) 1.º y 452 bis b) 1.º del Código sancionan las primeras conductas, y, con rango punitivo inferior, previsto en el artículo 452 bis d) del mismo Texto, se definen los supuestos de alquiler o cesión remunerada de locales y habitaciones. Sin embargo, es frecuente que los Tribunales de instancia, en este caso sujeto a los términos de la acusación fiscal, subsuman conductas de explotación de la prostitución ajena en el tipo del artículo 452 bis d), el cual pasa a ser punto de referencia obligado para examinar los temas propuestos por el recurso de los acusados, que en el primer motivo, por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, niega la existencia de los requisitos que dan perfil a esta figura delictiva, poniendo especial énfasis en el elemento subjetivo, y en la inexistencia de coacción y otro medio conducente a violentar la libre voluntad o capacidad de determinación de las mujeres que trabajan en el bar.

Si nos atenemos al relato, los recurrentes eran propietarios del denominado «Club El Aro», y las camareras que trabajaban en él estimulaban a los clientes al consumo de bebidas alcohólicas, participando al cincuenta por ciento del importe de las consumiciones y realizando con ellos o con alguno de ellos el acto sexual mediante precio en habitaciones especialmente dispuestas para este trato lascivo; negar el ejercicio de la prostitución en estas dependencias contiguas al bar es desconocer el principio de intangibilidad de los hechos probados, de absoluta observancia en la vía casacional elegida. Consigna, —asimismo— el «*factum*», que la explotación del Club venía siendo ejercida por los propietarios desde hacía año y medio y es importante parar mientes en la disposición y equipamiento de dichas habitaciones y en la participación lucrativa que dueños y camareras tenían en las que eufemísticamente se denominaban actividades de alterne, para poder afirmar, sin duda alguna, que aquellos estaban al corriente de los hechos y los consentían, participando lucrativamente en ellas, sin que el tipo penal aplicado exija coacción u otro medio conducente a determinar o captar la voluntad de las camareras para el trato carnal. Procede la desestimación del motivo interpuesto.

SEGUNDO: La prostitución, por sí misma, no constituye infracción penal,

y las tesis prohibicionistas tienen un general rechazo; los esfuerzos, tanto en el plano estatal como en el internacional, se han orientado a reprimir —además de los supuestos en que se interfieren violencia, coacción o engaño— las actividades de tercería o de tráfico que entrañen lucro o interés económico; y en esta línea de actuación España se adhirió en 1962 al Convenio de Lake Success de 21 de marzo de 1950 que propició la reforma penal de 1963, substancialmente en vigor. Conviene subrayar que el objetivo del Convenio era reprimir la cooperación y explotación de la prostitución individual y el mantenimiento de la llamada prostitución acuartelada, obligándose los Estados firmantes a sancionar dicha explotación, aun cuando mediara el consentimiento de la persona prostituida; consecutivamente, en la relación de delitos definidos en el Capítulo VI del Título IX del Código se tipificarán, entre otros, las figuras de cooperación a la prostitución de mayores de edad dentro o fuera de España, y la tercería locativa.

Niega el correlativo del recurso la conciencia de antijuricidad por parte de los acusados citando, como no aplicado, el último párrafo del artículo 6 bis a) del Código Penal, y argumenta al respecto que es lícito todo aquello que se da, sin censura ni represión, en un determinado contexto social, bastando acudir —añade— a los medios de difusión periódica para conocer las ofertas de servicios eróticos y sexuales, coherentes con el cambio operado en las realidades sociales, de suerte que debía ser posible aceptar, como natural conclusión, la convicción de que el hecho enjuiciado no era contrario a derecho. Sin embargo, esas ofertas o reclamos que la prensa inserta en sus páginas, cuya realidad se admite, son efecto y expresión de la libertad sexual que, como una faceta o aspecto del haz de libertades ciudadanas, no tiene otras limitaciones que las administrativas que puedan imponerse por razones de policía sanitaria, de convivencia o de decoro público; y en dichos anuncios no aparece, aunque pueda subyacer en algunos casos, la figura del «tercero» que explota la prostitución y hace de ella una próspera actividad lucrativa, que ha contado siempre con la reprobación y el desprecio del cuerpo social y que figura en el elenco de nuestros tipos penales.

Ciertamente, la libertad sexual es la rúbrica que cobija estos delitos a partir de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, pero en su nombre, en nombre de la libertad sexual, no puede concederse carta de impunidad en el vigente dispositivo legal, a los que hacen de la prostitución ajena un medio de vida y explotación lucrativa, porque quién facilita medios tan estimulantes como un trabajo estable de camarera con participación en consumiciones, y pone al servicio de esta empresa un establecimiento de bar —que es su cobertura— y locales adecuados para el trato sexual íntimo, en cierta medida utiliza medios sugestivos y captatorios y aprovecha una situación de prevalimiento y de abuso frente a mujeres que no cuentan con recursos económicos, proceden de estratos socio-culturales degradados, y carecen de asistencia o apoyo social disuasorio; utilizar en este tráfico, en que la mujer es objeto y víctima, las grandes palabras de libertad y libre consentimiento para justificar la impunidad del tercero, podría ser una acerba ironía, amén de un intento dudosamente progresivo respecto de valores tan sensibles socialmente como la dignidad y la liberación de la mujer. No desconoce la Sala la tendencia de excluir del ámbito delictivo estas conductas de cooperación lucrativa de la prostitución y de la prostitución de mayores de edad, con argumentos que tienen raíz y sustento en la libertad sexual individual, y que se inscribe en ese designio, tan propugnado por la doctrina, de alejar de los textos penales

ideas moralizantes; pero, de «lege data», los preceptos aplicables están vigentes, son traducción de compromisos internacionales en materia sometida al principio de universalidad o de comunidad de intereses (art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), han sido contemplados en la última reforma del Código y, por consiguiente, han pasado un inevitable examen de constitucionalidad por parte del Legislador, sin que puedan considerarse derogados por la vía de una interpretación fundada en la nueva rúbrica del Título penal, sin mengua o quebranto para el principio de legalidad.

#### **ARTICULO 490. ALLANAMIENTO DE MORADA. FUERZA EN LAS COSAS**

(STS de 18 de junio de 1990. Pte. Sr. García Miguel)

SEXTO: Por lo que respecta al delito de allanamiento de morada, la afirmación sentada por el recurrente que dicho delito sólo puede ser apreciado cuando no tenga otro objeto que el quebrantamiento del respeto debido al domicilio, por lo que no es de apreciar cuando el fin perseguido por el autor sea el de cometer otro delito, es un argumento carente de consistencia por las razones siguientes: a) el delito tipificado en el artículo 490 del Código Penal, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo la acción en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, encarnado en quien fuere morador, voluntad contraria que se presume siempre mientras que no se pruebe lo contrario, demostrándose la concurrencia del dolo genérico por la entrada en la morada o la permanencia en ella en contra de la voluntad del ofendido. b) Porque el subtipo agravado del párrafo segundo del precitado artículo, contempla el mismo hecho agravando la pena cuando aquel se hubiese ejecutado con violencia o intimidación y si bien no ha existido duda alguna cuando la violencia recae sobre las personas, la falta de matizaciones del texto legal ha dado lugar a problemas de interpretación cuando la violencia recae sobre las cosas y prescindiendo de los diferentes criterios doctrinales que sobre la materia se han sostenido, es lo cierto, que el criterio predominante admitido por esta sala es el comprender en el precepto los supuestos de «vis in re» cuando la violencia material sobre las cosas sea la forma de ejecución del allanamiento y d) que el delito de allanamiento de morada como autónomo e independiente de otros delitos con los que puede concurrir, debe pensarse separadamente, incluso cuando sirva como medio para cometer estos, siempre que no sea elemento integrador de los mismos, como ocurre, v.gr., en el supuesto de robo en casa habitada, razón por lo que esta Sala lo ha entendido compatible, el concurso real, con otros delitos, entre el se encuentra el de lesiones como se reconoció, entre otras, en la sentencia de fecha 11 de mayo de 1985.

**ARTICULOS 499 BIS Y 519. ALZAMIENTO LABORAL DE BIENES**

(STS de 15 de junio de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

QUINTO: Con apoyo procesal en el artículo 849.1 LECrim., en el motivo 13.º se alega infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 499 bis y 519 CP por estimarse que los hechos no constituyen el delito de alzamiento laboral de bienes que tales normas penales sancionan.

Nos encontramos en el caso presente ante un verdadero y propio delito de esta clase, porque el deudor Pedro J. M., con la finalidad de impedir que sus obreros, titulares de unos derechos de crédito de carácter laboral reconocidos por él mismo, pudieran hacerlos efectivos, por medio de una serie de actos, que la sentencia recurrida detalla; sustrajo bienes de su propio patrimonio, a una posible ejecución por la vía de apremio colocándolos fuera del alcance de los acreedores por su enajenación a favor de sus familiares y por las hipotecas que los agravaron, y estos hechos constituyen el supuesto más frecuente de comisión de esta clase de infracción penal.

Reiteradamente ha dicho el Letrado de la parte recurrente que no hubo delito porque los bienes quedaron en su totalidad en el ámbito de la familia, olvidando algo tan elemental como que cada uno de los miembros de esa familia tiene su propio patrimonio sujeto a sus propias responsabilidades, de modo que las deudas del titular de la empresa deudora, que lo era sólo Pedro J. M. únicamente podrán ejecutarse contra los bienes de este último y no contra los que sus parientes por muy próximos que éstos fueran, salvo que, por una situación de cotitularidad de la empresa o por un contrato de fianza y de otro modo semejante, se hubieran constituido en sujetos pasivos de esos derechos de crédito, lo que no consta que ocurriera en el caso presente.

Se dice también por la parte recurrente que no hubo intención de defraudar a los obreros, lo que también ha de rechazarse, porque tal elemento subjetivo del injusto, expresamente exigido en el artículo 499 bis b) 3.º párrafo II con el término «maliciosamente» y por el artículo 519 cuando exige que el alzamiento de bienes se haga «en perjuicio de sus acreedores», aparece de manera evidente en la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, no porque literalmente así lo diga por medio de expresiones que exceden de lo fáctico y por ello son revisables en casación, sino particularmente porque de todo el contexto de tal narración así se deduce, cuando describe la situación endeudada del negocio, sus graves dificultades económicas, y luego los actos de disposición y gravamen en beneficio de su esposa, cuñado e hijos. Estos hechos constituyen la base de la cual ha de deducirse, conforme a las reglas de la lógica (prueba de indicios o presunciones de los arts. 1.249 y 1.253 CC), que el propósito de Pedro J. M., ayudado en este punto por los otros procesados, fue el de beneficiar a éstos, lo que iba inseparablemente unido al correlativo daño a los intereses de sus trabajadores que por ello se vieron imposibilitados de ejecutar sus derechos.

Así pues, concurrieron en el caso presente los dos elementos exigidos para este delito, el elemento objetivo, consistente en la actividad de colocación de los bienes del deudor fuera del alcance de sus acreedores, y el subjetivo, integrado por la intención de perjudicar a éstos, con lo que queda de manifiesto que fueron correctamente aplicadas las normas penales que los recurrentes reputaron violadas.

**ARTICULOS 499 BIS.2 Y 519. ALZAMIENTO LABORAL DE BIENES.  
CONCURSO DE NORMAS. ESPECIALIDAD**

(STS de 4 de mayo de 1990. Pte. Sr. Delgado Garcia)

QUINTO: Cuando, como sucede en el caso presente, concurren todos los elementos del artículo 499 bis.2 (aquí existió una maniobra dirigida de forma maliciosa a suprimir los beneficios de la estabilidad en el empleo reconocida a los trabajadores por disposiciones legales), y, además, el hecho se produce en una situación de crisis de la empresa, se produce un solo delito que debe ser sancionado conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del número 3 del mismo artículo, pues la conducta criminal encaja más específicamente en esta última norma que, además, impone una pena más grave, la que el artículo 519 prevé para los casos de alzamiento de bienes de un comerciante.

En tales casos nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas, a resolver conforme al principio de especialidad que en el caso presente coincide en sus resultados con la solución del artículo 68 CP que manda aplicar el precepto que sanciona con pena más grave.

Por tanto, la sentencia recurrida incurrió en una calificación jurídica errónea al estimar que los hechos de autos constituían un delito continuado que comprendía las dos figuras delictivas antes referidas; pero tal error carece de trascendencia, pues no se hizo uso de las facultades de elevación de penas que prevé el artículo 69 bis para los supuestos de delito continuado, al sancionar con 6 meses y 1 día de prisión menor que es el mínimo legalmente permitido para el delito del citado artículo 519, y por ello debe mantenerse la sanción impuesta sin modificación alguna.

**ARTICULOS 500, 504 Y 516 BIS. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.  
UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. HOMOGENEIDAD**

(STS de 10 de mayo de 1990. Pte. Sr. Díez Palos)

2.º Ciertamente, los hechos recogidos en el *factum* en la forma expresada, no pueden calificarse de robo con fuerza en las cosas, puesto que el apoderamiento del vehículo, fue cometido por persona no identificada, utilizándolo con posterioridad el procesado, es decir, una vez consumado el delito de robo; conducta posterior la del recurrente que sólo puede calificarse bien de receptación del artículo 546 bis a) párrafo segundo del Código Penal, en cuanto se lucró con la posesión de un bien de procedencia delictiva, conociendo tal origen el procesado, bien de un delito de utilización de vehículo de motor ajeno del artículo 516 bis del Código Penal.

3.º El problema, dado que esa conducta del procesado puede incidir en cualquiera de los dos delitos apuntados, es de si la apreciación de esta Sala de una de esas dos infracciones puede conculcar el principio acusatorio consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, en cuanto el Ministerio Fiscal acusó tan sólo por un delito de robo con fuerza en las cosas y es doctrina reiterada tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala, que el debate procesal

debe recaer sobre los hechos que se configuran como objeto del proceso o *thema decidendi* y sobre la calificación jurídica de tales hechos por las partes, de modo que el acusado tenga conocimiento de la acusación en sus términos fácticos y jurídicos, y pueda defenderse para que su impugnación tenga congruencia con aquéllos. Así establecido el debate procesal, el mismo vincula al juzgador, en cuanto no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni calificarlos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación, sin hacer uso de la vía que prevé el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que acusación y defensa puedan pronunciarse sobre estas calificaciones alternativas, con la única excepción de que se respete la identidad del hecho y se trate de tipos penales homogéneos (SSTC de 10 abril 1981, 23 noviembre 1983 y 16 febrero 1988 entre otras). Y en el mismo sentido las de esta Sala (SS. 4 noviembre 1987, 11 junio 1988 y otras muchas).

4.º También se han pronunciado ambos Tribunales en el sentido de que el delito de robo con fuerza en las cosas y el de receptación, no son homogéneos y, en consecuencia, que este último no puede suplantar al acusado sin infringir los principios acusatorios y de indefensión (SSTC 17 julio 1986, además de las ya citadas y SSTC 29 marzo, 21 enero y 14 marzo 1988 entre otras).

Por el contrario, esta Sala ha reconocido la homogeneidad entre el delito de robo con fuerza en las cosas y el de hurto (SS 16 junio y 29 septiembre 1989) y ello porque, una vez respetada la identidad fáctica, para que se de la homogeneidad de calificación jurídica entre el delito calificado de acusación y el calificado en la sentencia de instancia o casacional, es menester que los elementos de este último tipo delictivo estén contenidos en el que fue objeto de la acusación, porque siendo así, no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse el condenado.

5.º En el caso de autos, es visto que el hurto o robo con fuerza en las cosas, es más amplio que el hurto de uso o de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno en el lenguaje legal, en cuanto los dos primeros atacan la plenitud de facultades del dominio, y el segundo tan sólo la «facultad utendi», aparte de que el robo añade la nota específica de la fuerza ausente en el hurto común o en el de uso, si bien si en este último interviene tal fuerza, el tipo básico atraca una agravante e incluso reenvía a las mismas penas del robo lo que demuestra el íntimo parentesco de ambas figuras. Cierto que en el delito de robo o hurto ordinario exige el desplazamiento de la *res furtiva*, cosa que no es necesaria en el hurto de uso, al que puede acceder el sujeto activo, bien haciéndose con el vehículo mediante su sustracción, o bien concurriendo a su utilización con otro u otros sujetos que perpetraron el apoderamiento ajeno, en cuyo caso debe constar el conocimiento de que se trata de vehículo ajeno. Pero es lo cierto que en el caso de examen se dan en el factum, como antes en la acusación, tales datos de utilización del vehículo por el procesado conociendo ser de ajena propiedad. Esto es, que no se falta a la identidad del hecho propiciadora de ambas calificaciones: la de la sentencia de instancia y la de casación, siquiera la primera haya de estimarse errónea por lo ya dicho. Lo cual conlleva que la Defensa tuvo conocimiento de todos los datos fácticos y jurídicos que han jugado en el supuesto de autos. Así lo prueba el hecho de que la Defensa en su calificación impugnó

la tesis acusatoria afirmando que su patrocinado no conocía la procedencia del vehículo por él utilizado.

6.º En consecuencia de todo lo dicho, esta Sala estimando el recurso parcialmente, entiende que no hubo delito de robo con fuerza en las cosas pero sí el de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno del artículo 516 bis, párrafo primero, tercero y último del Código Penal, sin que tal cambio de calificación jurídica respecto a la de instancia, incida en los principios acusatorios y de no indefensión por las razones ya expuestas.

#### **ARTICULO 501.4.º. ROBO CON TOMA DE REHENES. DOCTRINA GENERAL. CONCEPTO DE REHEN**

(STS de 3 de mayo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

UNICO: El recurso del acusado impugna la subsunción de los hechos en el artículo 501.4.º del Código Penal expresando que hay rehenes cuando se impide la libertad de los detenidos, no cuando «se les deja encerrados en su propio recinto para que tarden en llamar a la policía», y propugna la aplicación del robo básico del artículo 501.5.º del Texto legal citado.

La toma de rehenes, que es uno de los supuestos alternativos del artículo 501.4.º del Código, significa la sujeción directa o dependencia inmediata de una persona o personas respecto de los delincuentes como prenda o garantía del buen fin de la acción criminal, y es precisamente el riesgo o peligro que crea para dichas personas, que sirven de escudo a los autores del hecho, lo que justifica la agravación penal dentro de las previstas en el artículo 501 citado. Ciertamente, cuando se encierra en el local asaltado a las víctimas y se las abandona a su propia suerte, quedando emancipadas de la acción voluntad de los asaltantes, el riesgo desaparece, y desaparece con él la noción de «rehenes», que es substituida por la noción de «detenidos», aunque esta situación nazca y esté guiada por el propósito de facilitar la huida o de asegurar el éxito de la acción.

Este planteamiento permite, como había indicado la doctrina jurisprudencial, la posibilidad de un concurso de robo violento y detención ilegal, ora con el tipo básico del artículo 480 del Código, ora con la forma agravada del número 1.º del artículo 481; y también ha habido algún esporádico intento de entender, en la línea argumentativa del recurso, que cuando el encierro era de escasa duración el artículo 480 quedaba desplazado y absorbida la detención en la violencia propia del robo.

Pronto se advirtió que el concurso delictivo, concretamente en el caso de las detenciones realizadas para asegurar el éxito de la acción depredatoria antes o después de su consumación, conducía a un resultado penológico desproporcionado, habida cuenta de la gravedad de las penas asignadas a la detención ilegal; y la segunda solución —absorción de la detención en la violencia propia del robo—, si bien aceptable en la privación de libertad momentánea e imprescindible para realizar el apoderamiento, no podía sostenerse en los demás encierros o detenciones —aunque fuera breve o pasajera su duración— porque no agotaba el desvalor de la conducta. En esta encrucijada, provocada por la interferencia asistemática de los preceptos legales arriba citados, la Sala se ha inclinado a dar una amplia

y comprensiva interpretación al susodicho artículo 501.4.º incluyendo en su texto las privaciones de libertad del robado que superen el tiempo imprescindible para el despojo, aunque no signifiquen «toma de rehenes», siempre que se realicen, en el contexto del robo, es decir para promover o consumir la acción; y esta *tendencia jurisprudencial, que supone una interpretación correctiva del texto legal* en favor del reo por cuanto soslaya el concurso delictivo, se mantiene en las sentencias de 23 de enero, 11 de julio, 3 y 19 de octubre de 1987, 3 de enero, 15 de marzo, 14 de abril, 26 de octubre, 8 y 30 de septiembre de 1988, y 28 de septiembre de 1989, y, con base en la misma, procede la desestimación del recurso interpuesto.

**ARTICULO 504.4.º. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES FALSAS. «PUENTE» EN VEHICULO DE MOTOR .**

(STS de 1 de junio de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

CUARTO: La sentencia recurrida dice en su relación de hechos probados que «el citado procesado abrió la puerta del vehículo de la marca Seat, modelo 124, matrícula M-0371-K, el que horas antes había debidamente estacionado y cerrado su propietario, José Ogállor Redondo, en la calle Cardenal Cisneros de esta Capital, y luego de hacer«el puente» se sirvió de él hasta el 13 de marzo...».

En tales datos fácticos se basa la Audiencia para imponer la pena de prisión menor por un delito del art. 516 bis, sin duda, aunque no lo dice, por la remisión que el párrafo 3.º de este último artículo hace a las penas del art. 505 que han de aplicarse cuando son de mayor gravedad.

Es decir, el Tribunal de instancia sancionó el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno con la pena del robo con fuerza de las cosas en cuantía superior a 30.000 ptas. (art. 505) por estimar que concurrió alguno de los supuestos previstos en el art. 504, aunque tampoco dice cuál de ellos aplicó.

Así las cosas, en primer lugar hay que dejar aclarado que la utilización del llamado «puente», mecanismo que consiste en poner en marcha un vehículo de motor por medio del contacto eléctrico que se realiza después de haber arrancado los cables correspondientes, no permite la aplicación de las penas del art. 505, pese a ser un sistema que gramaticalmente podría responder al concepto de fuerza en las cosas, porque este último concepto tiene un significado muy concreto en el delito de robo por la enumeración cerrada que hace el art. 504 que no permite interpretaciones extensivas que serían contrarias al principio de legalidad, y dicho mecanismo del puente no puede encajar en ninguno de estos supuestos que recoge esta última norma penal (véanse sentencias de esta Sala de 4-2-75, 3-3-83 y 22-1-88).

En segundo lugar hay que decir que la sentencia recurrida debió precisar qué sistema de cierre utilizó el dueño cuando dejó estacionado el vehículo, para así poder determinar si quien lo abrió necesitó o no algún medio violento o llave falsa, pues pudo ocurrir que lo dejara cerrado simplemente con la puerta encajada de modo que hubiera podido ser abierto por cualquiera accionando simplemente la manilla por no tener echada la llave (véase el tercer considerando de la sentencia citada de 4-2-75).

**ARTICULO 519. COMERCIANTE. CAUSA PERSONAL DE AGRAVACION DE PENA**

(STS de 30 de abril 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

SEGUNDO: La desestimación alcanza también el segundo motivo de estos recurrentes —último de los admitidos a trámite en el que sin cita alguna del número 1.º del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal (lo que ya es bastante para aplicar la previsión cuarta del artículo 884 de dicho texto y rechazar la impugnación), se ataca la aplicación del artículo 519 del Código Penal, argumentando para ello que el embargo por la Magistratura de Trabajo de dos fincas del matrimonio, precisamente en relación con la Sentencia de aquélla fijando la indemnización de los luego acusadores particulares, revelaría la solvencia del matrimonio procesado, según habría acreditado, de otra parte, la prueba practicada. La verdad es que estas últimas alegaciones, huérfanas de apoyo en el relato fáctico, bastarían a su vez para aplicar ahora como desestimatoria la causa de inadmisión prevista como tercera en el citado artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero, aun prescindiendo de dicho defecto, la suerte del motivo no mejora. Acreditada la maniobra tendente a evitar la realización del crédito de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con disolución de la sociedad de gananciales y la compra por la esposa de la mitad de aquellas fincas adjudicadas a su esposo, evidenciado así el ánimo subjetivo del injusto que el alzamiento de bienes requiere—, la discusión se centra en si la infracción penal ha sido consumada, cuestión ésta que ha de resolverse afirmativamente, pues los tipos del artículo 519 del Código Penal no exigen la causación del perjuicio efectivo, antes al contrario, constituyen figuras delictivas de mero riesgo y resultado cortado, cuando no de pura actividad, que se perfeccionan con la insolvencia misma, total o parcial, y real o aparente (aunque generalmente lo que interesa y se pretende sea sólo dicha apariencia), de manera que si, para empezar se vendieron las partes de las fincas propiedad del marido deudor, sin que conste la existencia de otros bienes, se obtuvo, en mayor o menor grado, la materialización del propósito perseguido, al margen de que su «descuido» o tardanza en atemperar la situación registral a la creada mediante tales maniobras haya permitido esos embargos, pendientes a su vez de una acción de tercería. La parcialidad de la insolvencia puede entenderse no sólo horizontalmente, como referida a la parte de patrimonio afectada, sino también verticalmente, como valladar a la normal satisfacción de los créditos. Por lo demás, el turbio comportamiento de los procesados ofrece en este caso especiales connotaciones de contenido marcadamente insolidario y antisocial, como revela el origen de la deuda por ellos contraída.

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 coodenada 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 el 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 «nomen iuris»— que en el parricidio, eso al margen de que la diferenciación entre el delito cualificado y delito «sui generis» o autónomo quizá no tenga que representar en los temas de la accesoriadad 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 en sentido propio —o sea, conforme a las exigencias directas del tipo o a tenor del número 1.º del artículo 14 del Código Penal— no ostenta dicha cualidad.

SEXTO: En apoyo de los dos razonamientos que dejan fuera de la agravación al no comerciante 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 accesoriadad y lograr que la culpabilidad de los responsables reciba un trato diferenciado e individual. Falta en nuestra Patria una previsión semejante, pero,

como se ha visto, el Código Penal español ofrece suficiente base normativa para avanzar en ese mismo sentido si no se acogiera en partida la tesis de la causa personal de agravación de la pena.

#### ARTICULO 528. ESTAFA. ELEMENTO.

(STS de 16 de julio de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

El delito de estafa tipificado en el artículo 528 del Código Penal exige como elementos configuradores: 1.º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en alguno de los ardides o artificios incorporados al listado de que el Código hacía mención, y hoy concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno; tan decisivo se ofrece este factor del engaño que viene a individualizar a la estafa frente a las restantes infracciones patrimoniales, cuyo denominador común consiste también en un enriquecimiento ilícito, propiciándose el acto de disposición del perjudicado merced al engaño instrumentado por el agente, ya sea explícito o semántico o adquiera cuerpo implícitamente en el seno de una relación contractual tejida con el fin defraudatorio. 2.º) Dicho engaño ha de ser *bastante*, es decir, suficiente y proporcional, abstractamente idóneo para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, valorándose aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; si habrá de excluirse la existencia de un engaño relevante en supuestos de burdas falacias o apreciables exageraciones. que, en ocasiones, constituyen práctica social extendida y entendida, no han de marginarse sistemáticamente consideraciones subjetivas atinentes al perjudicado o víctima, no perdiendo de vista el indudable relativismo que acompaña al engaño al surgir y corporeizarse *intuitu personae*, exigiéndose, pues, una actuación similar a lo que en la doctrina francesa se conoce como puesta en escena (*mise en scene*) o que la alemana denomina «acción concluyente». 3.º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del vicio de voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue, importancia del error como estado espiritual de la víctima ante la doble consideración de que la caracterización típica del engaño viene a depender de su capacidad para suscitación del error y de que éste actúa como propulsor o motivador del traspaso patrimonial, configurándose como sustrato psicológico de la disposición perjudicial injusta; el error ha de derivar del montaje aparential elaborado por el sujeto activo, de la falsa representación suscitada, y no de una inexactitud de juicio derivada de un total desconocimiento por parte del afectado, con lo que ha de delimitarse el error de la *ignorancia facti*. 4.º) acto de disposición patrimonial, con el consiguiente

y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, es producto de una actuación directa del propio afectado, si bien sea un hecho consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado; ha de acusarse una atribución de bienes, derechos, servicios, etc., que resulta descompensado, por su manifiesta diferencia valorativa, con lo eventualmente recibido o prometido como contraprestación; 5.º) nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo supone la representación por el sujeto activo, consciente de sus maniobras engañosas, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa; 6.º) la dinámica del infractor ha de hallarse presidida por ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto esencial para la configuración de la tipicidad en la estafa, lucro que viene a ser la contrapartida del perjuicio patrimonial provocado, beneficio económicamente valorable hacia el que propende la acción delictuosa. Con más o menos explicitéz, en el lineamiento expuesto se mueven las sentencias de esta Sala de 4 de diciembre de 1980, 11 de marzo y 28 de mayo de 1981, 9 de mayo de 1984, 24 de mayo y 5 de junio de 1985, 12 de noviembre de 1986, 17 de febrero y 26 de abril de 1988, entre otras muchas.

**PRIMERO:** El primer motivo del recurso, por el cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del artículo 534 del Código Penal —por aplicación indebida— al no concurrir en el presente caso el requisito de la intencionalidad exigido por dicho precepto.

Alega sustancialmente la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que en el presente caso no cabe hablar de intencionalidad, ni consiguientemente de culpabilidad, por parte del procesado por la fabricación de la válvula de referencia, porque —al hacerlo— tenía ya pedida la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial de un modelo de utilidad —posteriormente inscrito, pese a la oposición de los hoy recurrentes—, basado, además, en otros dos modelos de utilidad inscritos con anterioridad a los hechos enjuiciados en esta causa.

El cauce procesal elegido por la parte recurrente impone el escrupuloso respeto del relato de hecho que la sentencia recurrida declara expresamente probados (vid. artículo 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); por tanto, es menester destacar que, en el presente caso, según se dice en el «factum»: a) la válvula fabricada por la empresa «Standart Hidráulica, S. A.», de la cual el procesado es gerente, administrador y representante legal, es una copia de la que tenía patentada la empresa «Válvulas Arco, S. A.», propiedad de las querellantes; b) los modelos de utilidad que el procesado tenía patentados se referían a «juntas de

cierre», y el modelo de utilidad n.º 272312, registrado el veintidós de enero de mil novecientos ochenta y cinco, es de características diferentes al registrado por las querellantes, c) la fabricación de la referida válvula por la empresa del procesado ha reportado a la misma unos beneficios calculados en 1.009.800 pesetas, con el correlativo perjuicio de la empresa de los querellantes, y d) el procesado —que es Perito Industrial— fue requerido notarialmente en enero de mil novecientos ochenta y cuatro para que se abstuviera de seguir fabricado y vendiendo las válvulas de referencia.

Dado que la parte recurrente niega, en último término, la intencionalidad y consiguiente culpabilidad del procesado en la realización de los hechos enjuiciados, es precisamente ésta la cuestión que debe ser analizada.

La preparación profesional del procesado (Perito Industrial) y el *requirimiento notarial* de que fue objeto implican lógicamente que el mismo conocía sobradamente la identidad esencial de la válvula fabricada por su empresa y la fabricada por la de las querellantes («Válvulas Arco, S. A.»), cuyo correspondiente modelo de utilidad tenían registrado éstas en el Registro de la Propiedad Industrial, con los consiguientes beneficios económicos para «Standart Hidráulica, S. A.» y el correlativo perjuicio para la empresa de las querellantes; no pudiendo ignorar tampoco que el modelo de utilidad tardíamente registrado a su nombre, tiene unas características diferentes a las de la válvula registrada por las querellantes y fabricada por la empresa de éstas, «Válvulas Arco, S. A.». No cabe, por tanto, negar la concurrencia del requisito de la intencionalidad y, por ende, de la culpabilidad, en la conducta del procesado, que, por todo lo dicho, es claro que actuó con dolo defraudatorio (vid. sentencias de 19 de diciembre de 1983 y de 13 de octubre de 1988).

Importa destacar, por último, que *no se opone a tal valoración de la conducta del procesado la ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial del modelo de utilidad a que se ha hecho especial mención anteriormente*, en cuanto, —como ya se ha dicho también— dicho modelo es de características diferentes a la válvula intentada proteger por las querellantes. A este respecto, no es ocioso recordar que esta Sala se ha referido ya anteriormente a las denominadas «patentes de cobertura», mediante las que el presunto defraudador trata de escudarse, poniendo de manifiesto que, en ocasiones, la obtención de la patente no sólo no anula sino que acentúa la intención criminal del agente, el cual —consciente de que está fabricando lo que otro inventó o innovó y tenía debidamente inscrito— hábilmente y aprovechando que el Registro de la Propiedad Industrial no garantiza ni la novedad ni la utilidad del objeto de que se trate, logra inscribir con ligeras modificaciones enmascaradoras un objeto —igual en lo esencial— y luego se atrinchera en el título así obtenido (vid. artículo 12 del Estatuto de la Propiedad Industrial y sentencia de 23 de noviembre de mil novecientos ochenta y uno).

#### **ARTICULO 548. INCENDIO. NATURALEZA Y AMBITO**

(STS de 13 de julio de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

El delito de incendio previsto en el art. 548 del Código Penal es un delito de peligro abstracto no de mera actividad, sino de resultado. Es el resultado de

la acción, el incendio, lo que convierte la acción en peligrosa. En otras muchas figuras de peligro abstracto es la sola acción la originadora del riesgo, sin que la estructura del tipo exija resultado alguno: v. gr. basta conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, para que se perfeccione la conducta prevista por el art. 340 bis a). 1.º, del Código penal. Aquí, no. Se requiere el incendio de un edificio, pero no de todo él, sino de alguna de sus partes o plantas siempre que exista peligro de propagación al resto, como ha estimado esta Sala en sentencias varias (ad exemplum, de 2 de noviembre de 1988). Se cumplen, por tanto, las exigencias del tipo objetivo por haber afectado el incendio al «conjunto de la habitación, importante hasta el punto que hizo necesaria la intervención del servicio público de extinción de incendios y el desalojo de los preventivos al generarse con ello grave riesgo de su vida». Y que el procesado conocía que en el edificio se hallaban más personas es asimismo hecho probado, puesto que consta que otros cuatro ciudadanos se encontraban detenidos con él en el Depósito Municipal de la localidad de Tarrasa. El incendio, pues, había afectado a una entera celda con posibilidad de propagación autónoma el entero edificio. El comportamiento integra la figura prevista por el art. 548 del Código Penal. El motivo se ha de desestimar.

## BIBLIOGRAFIA

### Revista de libros

**BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan: Derecho penal del trabajo. Prólogo de Aurelio Desdentado, Ed. Trotta, Madrid, 1990.**

La estrecha colaboración ya iniciada hace tiempo entre ambos especialistas (1), de Derecho del trabajo el primero de los autores, de Derecho penal, el segundo, permite ofrecer, como acertadamente expone el prologuista, «una información exhaustiva y una cuidada sistemática» sobre el denominado «Derecho penal del trabajo» abarcando toda la problemática que en la evolución de las dos ramas jurídicas plantea la protección de los intereses fundamentales de los trabajadores. Como ha destacado ARROYO, la figura del trabajador como objeto de protección ha sido recibida tardíamente en el Derecho penal (2) coincidiendo, su hasta ahora más completa presencia, con las exigencias constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho que, superando la imagen abstracta del hombre libre e igual creada alrededor de la idea de la propiedad y de la libertad de los propietarios, presenta la materialidad desigual de las relaciones sociales y el compromiso de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. Esta sustitución de sentido de la norma afecta directamente al hombre en su relación social concreta y con ello al trabajador presente en ámbitos de relación específicos: los intereses económicos y sociales derivados de su prestación laboral, como la estabilidad en el empleo, las condiciones laborales y el salario; la vida y la salud en el puesto de trabajo; la libertad sindical y el derecho de huelga... son algunos de los ámbitos laborales necesitados de protección y que este libro contempla desde la perspectiva jurídico-penal.

Problematicando la denominación del Derecho penal del trabajo, plantean los autores, por una parte la formación histórica de la denominación y su compatibilidad en los marcos constitucionales de después de la Segunda Guerra Mundial, así como plantean también la necesidad de redefinir su funcionalidad y su límites de relación con las actuales tendencias que se muestran tanto en la evolución del Derecho del trabajo como del Derecho penal.

En relación con la formación histórica del concepto «Derecho penal del trabajo» se destaca el carácter fragmentario y de aluvión de la normativa social española, la escasa efectividad práctica y la criminalización de las formas de lucha

---

(1) Puede recordarse A. BAYLOS y J. TERRADILLOS, Protección jurídico-penal de la libertad sindical y del derecho de huelga, en *Relaciones laborales*, 1987, n.º 1.

(2) L. ARROYO, *Manual de Derecho penal del Trabajo*, 1988.

del movimiento obrero, punición de la huelga junto a la semilegalización de las asociaciones obreras por contrarias al orden social derivado de la propiedad, como características que se mantienen hasta el año 1931 desde mediada la segunda mitad del siglo XIX. El nuevo marco constitucional de la Segunda República supone, para los autores, un paso cualitativo para la constitucionalización de los derechos sociales y su desarrollo legislativo, aunque se destaca una clara hostilidad en la legislación republicana hacia el conflicto social que no supuso, sin embargo, que se contemplase como objeto de sanción en el Código penal de 1932.

La concepción totalitaria de las relaciones entre Estado, empresa y trabajador que se instaura tras la insurrección armada de 1936 da lugar al intervencionismo del Estado ante el incumplimiento de las condiciones impuestas a las empresas, «Derecho penal-administrativo del trabajo», así como a un «Derecho penal disciplinario» de la empresa respecto al trabajador basado en exigencias de productividad en función, a su vez, de la Economía Nacional. Junto a esta pretendida identidad del Estado, la empresa y el trabajador «productor» y debido a ella, la alteración de la productividad por la huelga o cualquier otro conflicto que alterase el proceso productivo fue considerado delito de «lesa patria» o sedición. En este marco de conjugación de órdenes sancionatorios, disciplinar, administrativo y penal, a la sanción penal se le atribuye una función «ideológica» y ejemplarizante para la represión selectiva y simbólica de la unidad política, económica y social del franquismo. El Derecho penal del trabajo se dirige principalmente, por una parte, a la negación de la autonomía colectiva de los trabajadores (delitos de sedición y de asociación ilícita) y por otra a la protección de las condiciones mínimas de ordenación del mercado de trabajo y de la contratación laboral en interés del mantenimiento de la producción, esto es, de la empresa.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978, que establece criterios directores sobre la actuación del Estado en materia laboral, de seguridad social y sindical, así como fija una serie de derechos (sindicación; huelga; trabajo, promoción laboral y remuneración suficiente; adopción de medidas de conflicto colectivo) cuya necesaria protección compete al legislador ordinario, lleva a plantear un giro en el ámbito de protección penal del trabajo, no exento de tensiones. La presencia del «trabajo» en el marco constitucional, y cabe hacer una interpretación de la «economía política, constitucional», es, en versión jurisprudencial, lo «suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981).

Junto a la consideración del Derecho penal del trabajo como «conjunto de preceptos penales creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a los trabajadores» planteada por ARROYO (3) no puede olvidarse que la regulación de la relación socio-laboral se articula por el ordenamiento jurídico-laboral de manera que el Derecho penal del trabajo adquiere el sentido de protección de la legalidad mínima que asegure la normalidad de la relación socio-laboral, lejos, por tanto, en sentido estricto, de «la función de tutela última de los derechos de los trabajadores en una perspectiva de emancipación» (p. 31) a la que se encuentran obligados los poderes públicos en virtud del artículo 9.2 CE. A la vista de esta tensión, los autores proponen grupos de

---

(3) L. ARROYO, obr. cit.

intereses como integrantes del ámbito de tutela del Derecho penal del trabajo: a) la protección penal de las condiciones mínimas de trabajo: salario, estabilidad en el empleo y conjunto de mecanismos de acceso al sistema de Seguridad Social; b) protección penal de las condiciones personales de trabajo, básicamente referidas a la salud laboral; c) protección penal del principio de autonomía colectiva y de las reglas de actuación colectiva.

Realizada la delimitación de la protección penal del trabajo se defiende su conveniencia, su necesidad y su eficacia. Es cierto que la reciente presencia del «trabajo» en el ordenamiento jurídico ha afectado profundamente al sistema de fuentes que más allá de constituir un problema sobre la formación del ordenamiento jurídico se presenta, también, como problema de la formación de la autoridad social que hace válidas y eficaces las normas y sostiene el ordenamiento (4). Ante ello consideran los autores que si puede discutirse el cambio de función, la subsidiariedad o la utilización de nuevas técnicas de control por las instituciones jurídico-laborales, no queda cuestionada la oportunidad o la necesidad del orden penal sobre el trabajo, que, en palabras de BRICOLA, intervienen «para consolidar un orden ya preconstituido por otros instrumentos normativos y no para garantizar que se alcancen los fines de la empresa o para producir transformaciones en el terreno de la economía». En relación con su eficacia, con su valoración como instrumento adecuado, se presentan los problemas de la escasa intimidación de las sanciones penales así como la alta valoración social del empresario con la consiguiente resistencia judicial añadida a su ordinaria inadecuación investigadora lo que remite a la necesidad de revisar la normativa penal, sustantiva y procesal junto a los otros órdenes sancionatorios, de cara a la articulación de un aparato de control y vigilancia debidamente funcional, comentándose críticamente que en la doctrina penal española apenas se ha iniciado la discusión sobre la necesaria agilidad y eficacia de los aparatos de control en el ámbito penal del trabajo.

Una vez planteado el significado, problemático sin duda, y la función del Derecho penal del trabajo, continúa el capítulo segundo refiriéndose a cuestiones de carácter general, más o menos presentes en los diversos tipos delictivos y que alcanzan a consideraciones criminológicas, a referencias al bien jurídico protegido y a la problemática del sujeto activo. Las consideraciones criminológicas se centran en los elementos peculiares de la relación laboral y de la organización empresarial (posición subordinada del trabajador, división del trabajo, relaciones jerárquicas, sistema normativo interno) entendidos como factores criminógenos y como datos para comprender el deficiente funcionamiento de los procesos de criminalización. Respecto a estos últimos, la diferencia de mentalidad en la jurisdicción social y en la penal, la sub-valoración de la dañosidad social inherente al delito socio-económico, la condición de asalariado de la víctima, la indiferencia de las organizaciones de defensa de los intereses de los trabajadores a la utilización de la vía penal, son algunas razones que explican la ineficacia criminalizadora. En relación con el bien jurídico protegido en los delitos que constituyen el Derecho penal del trabajo, destacan los autores su carácter colectivo e institucional en cuanto protección no del trabajador individual sino de la fuerza del trabajo, co-

---

(4) A. NEGRI, *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*. 1977.

mo titular de intereses colectivos o difundidos que coinciden con el desarrollo de un determinado orden social. Dada esta singularidad se apunta el recurso a formas de tutela anticipada, esto es, utilización de tipos de peligro de manera excepcional y subsidiaria a las formas sancionatorias administrativas. Por último, respecto a la problemática que plantea el sujeto activo se expone su singularidad que lleva a la técnica de tipificación en delitos especiales y en el caso de que sean personas jurídicas al recurso al artículo 15 bis para cuya aplicación se exige una intervención relevante, la realización de una conducta que de concurrir la cualidad exigida por el tipo sería delito, y en los delitos de omisión, el necesario conocimiento de los hechos por quien debería evitarlos, interpretando asimismo la presencia de omisión impropia o comisión por omisión en determinados supuestos como los de los artículos 238 y 499 CP en los que la posición de garante deriva de la posición del sujeto activo en la relación de administrador o encargado del servicio respecto a los hechos producidos.

Los siguientes capítulos del libro que se comenta exponen y analizan agrupadamente los distintos tipos delictivos que componen el Derecho penal del trabajo: delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo; delitos contra la salud de los trabajadores; delitos contra las reglas de actuación colectiva (libertad sindical y derecho de huelga, delitos electorales y coacciones laborales); la subsistencia de la huelga como delito; delitos contra el sistema de la seguridad social y otros delitos que puedan producirse en el marco de la relación laboral.

El extenso artículo 499 bis CP, incorporado por Ley de 15 de noviembre de 1971, y que compone, el solo, el Capítulo VIII del Título XII bajo la rúbrica «De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo» es analizado, desde su origen en las distintas conductas que contiene, planteándose como común bien jurídico protegido los derechos del trabajador derivados de las condiciones mínimas generales de trabajo o, en expresión de Arroyo, se sanciona en él «la imposición de condiciones de trabajo o de seguridad social infringiendo las disposiciones legales o la vulneración de lo dispuesto por el Estado en orden al mercado laboral general». Varias son las conductas analizadas del mencionado artículo: En primer lugar la imposición de condiciones laborales ilegales, comportamiento considerado como delito especial por la cualidad de empresario del sujeto activo, de comisión dolosa con omisión de la conducta imprudente, y del que se interpreta por «condiciones laborales» todas las que constituyen la relación de trabajo, y por «condiciones de seguridad social» también todas las referidas a la relación jurídica de la seguridad social. De la supresión o restricción de las condiciones de trabajo o de seguridad en el empleo, contenida en el n.º 2 del artículo 499 bis, se interpreta que sanciona la supresión o restricción dolosa de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo legalmente reconocidas, pudiendo incluirse, las conductas de utilización fraudulenta de la contratación temporal (art. 7.5 de la Ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social); la utilización fraudulenta del finiquito en posible concurso, con la falsedad documental; la simulación de contrato y el falseamiento de empresa o la sustitución de empresa entendida como cambio de titularidad con incumplimiento de los requisitos exigidos (art. 44 del Estatuto de los trabajadores) y en perjuicio de la estabilidad en el empleo o de las condiciones de trabajo. En el tráfico ilegal de mano de obra, n.º 3 del artículo 499 bis, se incluye el traficar con mano de obra de cualquier manera ilegal, en relación con el Estatuto

de los trabajadores y la Ley Básica de Empleo de 1980, y las migraciones fraudulentas. Asimismo se destaca la remisión, a efectos sancionatorios, que el párrafo segundo del artículo 499 bis hace de las crisis fraudulentas al alzamiento de bienes del artículo 519 CP.

Además de los contenidos propios del artículo 499 bis se propone incluir dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo la conducta negativa del empresario al cumplimiento de sentencias firmes que ordenen la readmisión del trabajador despedido, propuesta que parte del carácter de despido nulo en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, el carácter delegado de la Ley de Procedimiento laboral en relación con los artículos 165 y 177 bis CP, en supuestos de motivos antisindicales o discriminatorios, evidenciando una laguna penal para otros supuestos de no readmisión injustificables por lo que tiene de privar de contenido a sentencias judiciales. En relación con las penas de estos supuestos delictivos se destaca su carácter irrisorio carente de eficacia preventiva y descompensado, notablemente inferior, con la sanción administrativa.

Los delitos contra la salud y la seguridad de los trabajadores son expuestos a partir de los artículos 427 y 348 bis a) CP. En relación con el primero, destaca su ineficacia dada su construcción como delito de resultado que se superpone a los artículos 420 y 421 en relación con el artículo 565 CP a pesar de las interpretaciones doctrinales que fijan en el artículo 427 supuestos de dolo eventual (Arroyo, Bustos), eventualidad dolosa que cabe también en las lesiones en general. Respecto del artículo 348 bis a) CP, tipo de peligro concreto, basado en la necesaria protección de los trabajadores ante la proliferación de supuestos de alto riesgo y la elevada siniestralidad laboral, se concreta, activa y omisivamente, en la infracción grave de las reglas reglamentarias y la puesta en peligro de la vida o la integridad física de los trabajadores.

La protección de la libertad sindical y el derecho de huelga, el delito de discriminación sindical, los delitos electorales en materia sindical, las coacciones laborales y otras conductas que puedan producirse durante los conflictos laborales, desórdenes públicos, por ej., de los artículos 246 y 247 CP, son analizados como contenidos de los «delitos contra las reglas de actuación colectiva». Partiendo de los artículos 7 y 28 constitucionales, el artículo 177 bis CP se presenta como garantía de la libertad sindical y de sus manifestaciones, derecho a la libre sindicación, a fundar organizaciones sindicales y a afiliarse a las mismas, y como derecho a la huelga en cuanto mecanismo colectivo de autotutela. La igualdad ante la ley protegida frente a la discriminación por el artículo 165 CP cabe plantearse en relación al ámbito sindical como modalidad específica discriminatoria, siendo de aplicación el artículo 181 bis en el supuesto de que la conducta discriminante sea realizada por funcionario público. La protección de los procesos electorales en materia sindical frente a comportamientos típicos que los impidan u obstaculicen se contempla en relación concursal con el artículo 177 bis, mientras las falsedades electorales pueden revestir la forma de falsedad documental en sus modalidades de los artículos 306 y 303 CP pudiendo estar en concurso medial con los ataques a la libertad sindical. Las coacciones laborales contenidas en el artículo 496 CP son analizadas críticamente a la luz del derecho constitucional a la huelga, priorizando, como no puede ser de otra manera, el ejercicio de este derecho fundamental frente a la «libertad de trabajo» de menor cualificación, ponderación no debidamente asumida ni por el legislador ni por el intérprete.

Por último y dentro de los «delitos contra las reglas de actuación colectiva», plantean los autores la posible vinculación, en el desarrollo del conflicto, de determinadas conductas con los desórdenes públicos de los artículos 246 y 247 CP, que deben, en todo caso, encararse frente al derecho constitucional de huelga.

La desprotección de determinadas manifestaciones huelguistas, junto al reconocimiento del derecho de huelga, olvidando el significado de que la huelga como medio de autotutela es realizable «por los trabajadores en todos los ámbitos de la vida y no sólo en el ámbito de las relaciones de trabajo» (M.E. Casas), es el objeto de estudio del siguiente capítulo. Se destaca cómo el marcado intervencionismo público en el conflicto social (exigencia de notificación previa, arbitraje obligatorio, imposición de servicios mínimos en casos de servicios especiales, institucionalización sindical a través del recurso a la mayor representatividad), con la finalidad objetivamente restrictiva del derecho a la huelga, se manifiesta también en el mantenimiento de los artículos 222 y 223 CP. que castigan como autores de sedición, delito contra la seguridad interior del Estado, a los funcionarios públicos que alteren la regularidad o produzcan trastornos a servicios públicos de inaplazable necesidad por la suspensión de su actividad, artículo 222.1, a los patrones y obreros que con la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado o perjudicar su normal actividad suspendan o alteren la regularidad del trabajo, artículo 222.2. Delimitando el ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios públicos y reafirmando tal derecho frente a elementos subjetivos («atentar contra la seguridad del Estado») ausentes, los autores consideran no deseable la presencia de los artículos 222 y 223 entendidos como muestras de recelo del legislador y obstáculos al ejercicio del derecho constitucional.

La inclusión dentro de los delitos patrimoniales de la protección de los intereses de la Seguridad Social es valorada como una muestra de la escasa consideración que tales intereses han suscitado para una protección penal propia, lo que contrasta con el tratamiento penal autónomo que reciben en las propuesta de nuevo Código penal así como con el que reciben en la específica legislación de Seguridad Social teniendo en cuenta la enorme carga que supone para el Estado y la especial importancia del servicio. En el ámbito penal, junto a la aplicación del artículo 535, apropiación indebida, se plantean otras posibilidades incriminatorias como son las de malversación, estafa y «delito social» del artículo 499 bis, bien aplicado en forma aislada o bien en concurso con la apropiación indebida. En relación con la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal que crea una Sección dentro del Capítulo III, «De los delitos laborales», del Título XII, «De los delitos socioeconómicos», para los «Delitos relativos a la Seguridad Social y a la contratación de los trabajadores», se propone una regulación completa, prescindiendo del recurso a la apropiación indebida, en el convencimiento de que una nueva regulación penal, además de resolver los problemas técnicos de interpretación, adecuaría la sanción penal al desvalor del delito y obtendría una eficacia preventiva.

Como última agrupación de delitos tratados en este libro se contemplan supuestos que, a diferencia de los anteriores, no dependen de la posición que los sujetos tienen en la relación laboral aunque esta constituye el marco en que se realizan. Son los siguientes: la discriminación del particular encargado de un servicio público contemplada en el artículo 165 CP en cuanto protección de la igualdad así como el mismo comportamiento realizado por funcionario público del

artículo 181 bis CP.; los delitos contra la libertad sexual, no comprendida en el anterior, del artículo 436 CP., dándose inferioridad objetiva del sujeto pasivo respecto al sujeto activo que puede proceder de los términos de la relación laboral; el impedimento al ejercicio de los derechos cívicos por parte del funcionario del artículo 194; el deber de sigilo respecto a los secretos relativos a la explotación y negocios del empresario, artículo 498 y 499 CP., y por último la apropiación empresarial de las cantidades retenidas a cuenta del IRPF, cuya subsunción jurisprudencial en el delito de apropiación indebida encuentra sólidas críticas doctrinales ya que quien retiene es el verdadero sujeto pasivo de la obligación tributaria y no actúa a título de depositario, porque al contribuyente sustituido no se le perjudica patrimonialmente y porque los bienes lesionados por la conducta son de naturaleza supraindividual (Martínez Pérez).

El último capítulo plantea una cuestión central como es la del sistema sancionatorio en la protección de bienes jurídicos como los propios del Derecho del trabajo, que se realiza con instrumentos tanto de Derecho público como privado. Contemplar la idoneidad o la inadecuación del sistema sancionatorio penal en la protección de estos bienes plantea dos consideraciones previas: la consideración de persona jurídica de los autores y el carácter pluriofensivo de la mayoría de los comportamientos que repercuten, ambos, negativamente en el funcionamiento del sistema económico. Estas dos consideraciones llevan, en primer lugar, a atender la presencia del artículo 15 bis CP. que permite alcanzar la responsabilidad de la persona física a través de la jurídica, y en segundo lugar a la reflexión de que la naturaleza pluriofensiva y su grave lesividad sea correspondida por la gravedad de las sanciones. Para ello se plantean acertadas críticas a la pena de multa que pudiendo ser inicialmente idónea se muestra burlada en su eficacia sancionadora al ser irrisoria o al determinarse sin tener en cuenta los beneficios obtenidos o cuando su contenido aflictivo es trasladado a terceros tanto para la elevación de los precios de mercado en perjuicio del comprador, como en el supuesto de que trascienda a sujetos socios no participes en el delito. Admitiendo la adecuación de la pena de multa si se evitase este vacío sancionatorio, es rechazada, sin embargo, como única pena, como sustitutivo universal en el ámbito de los delitos socioeconómicos de la privativa de libertad o de las privativas de derechos. En relación con estas penas, se atribuye eficacia sancionadora a las de inhabilitación e interdicción profesional para una delincuencia criminológicamente definida, entre otras cosas, por las especiales características socio-profesionales de sus autores. Asimismo, también las penas privativas de libertad, largas y cortas, se muestran adecuadas para la eficacia disuasoria frente a la delincuencia económica. Se opta, en todo caso, por un sistema de sanciones complejo que junto a las sanciones penales, reales y personales, combine con otras de naturaleza administrativa y civil permitiendo abarcar así la pluralidad de situaciones necesitadas de protección a través de plurales recursos.

La coexistencia de dos órdenes sancionatorios, el penal y el administrativo, suscita numerosos problemas que más allá de cuestiones de prevalencia o de eficacia remite a cuestiones tan sustanciales como las derivadas del principio de legalidad, de seguridad jurídica o de tipicidad, tanto en el orden penal como en el administrativo. En razón a estos principios se plantea la problemática de las leyes penales en blanco con.o técnica que puede ser ágil pero que también puede llevar a la indefinición de las infracciones. La exigencia de legalidad penal lleva a que

sea esta la sede de concreción del desvalor pudiendo regularse aspectos complementarios en los otros niveles normativos. Por otra parte el mantenimiento del principio de «non bis in idem», en cuanto imposibilidad de que un mismo hecho pueda ser enjuiciado a la vez como delito o falta y como infracción administrativa, encuentra su armonización entre el orden penal y el social en el artículo 3 de la Ley de 7 de abril de 1988 sobre infracciones y sanciones en el orden social, al establecerse la obligada paralización del procedimiento sancionador cuando las infracciones sean constitutivas de delito; con la consiguiente imposibilidad de sanción administrativa en el supuesto de que se estime la comisión delictiva o, en caso contrario, con el consiguiente respeto por la Administración del planteamiento fáctico realizado en el procedimiento penal. Para evitar que esta limitación a los hechos probados pueda ser perturbadora permitiendo la impunidad de infracciones administrativas que no se identifican con la totalidad del ilícito penal, se plantea el acudir directamente a la legislación administrativa si en ella no se recoge la totalidad del desvalor del ilícito penal. Frente a otro desajuste como el producido en los casos de notablemente inferior carga sancionatoria penal en relación con la administrativa, se plantea como contraria al principio de «non bis in idem» la propuesta doctrinal de imponer las sanciones administrativas específicas a continuación de la sentencia condenatoria, optándose por la necesaria adecuación de las sanciones penales a la gravedad de los hechos y por una apertura del procedimiento penal a los sujetos de los conflictos «sociales».

Especialmente positiva es la valoración que cabe hacer de esta obra tras su lectura. Un espacio de conflictos especialmente necesitado de protección, como es el de las relaciones laborales, es contemplado con un notable rigor sistemático y crítico desde la perspectiva de los recursos que el ordenamiento penal ofrece. Conectado este con el ordenamiento laboral permite, por una parte, alcanzar adecuadamente el bien jurídico y, por otra, plantear, relacionadamente, los diversos ámbitos de protección. Pero pensemos que el actual Código penal, tras su última reforma de «actualización» (?) de junio de 1989 manifiesta, agravada, una pesada carencia que consiste, como ha indicado Gimbernat, en la ausencia de «una política criminal que sabe lo que quiere y a dónde va» (5). Los desajustes puestos de manifiesto por los autores entre la protección constitucional, penal y laboral de los trabajadores pueden alcanzar lo insólito pero también indican los lastres que el legislador arrastra a la hora de crear y recrear una protección armónica y ajustada del trabajo. Si los autores plantean líneas de profundización democrática en la protección jurico-penal del trabajo tampoco ocultan las raíces estructurales de una insuficiente protección. Sin embargo, frente a los temores, como los que pueden proceder, por ej., del anuncio de una futura regulación de las «libertades públicas y la seguridad ciudadana», este libro ofrece criterios suficientes para el desarrollo del orden social en clave de garantías, no en clave de temores, y frente a la atribuida ambigüedad constitucional ofrece líneas interpretativas que pueden enraizar también estructuralmente si de lo que se trata es de garantizar la protección de «todos» frente a las posiciones de poder privado.

I. MUÑAGORRI LAGUÍA

---

(5) E. GIMBERNAT, Prólogo a la sexta edición del Código penal, 1989.

**CUESTA ARZAMENDI, José Luis: El delito de tortura. Ed. Bosch, Barcelona, 1990.**

Hace unos pocos años, en un importante trabajo, se lamentaba M. Maqueda ante la necesidad de enfrentarse en nuestros días con la realidad de una práctica que la filosofía de la razón y del sentimiento, propia del Siglo de las Luces, parecía haber desterrado definitivamente del mundo civilizado (1). Pero si después de dos siglos de que Verri le sugiriese a Beccaria que escribiese un trabajo sobre métodos de juzgar y de castigar (2) y de que éste hiciese una llamada a la suavidad de las penas denunciando como tiránica la crueldad, se sigue trabajando, necesariamente, para desentrañar y acabar con la práctica de la tortura, es porque ésta existe y porque la vieja razón humanitaria se ha mostrado insuficiente. A fin de cuentas, decía Céline, el hombre es frecuentemente humano de la misma manera que una gallina vuela. Sin embargo, el viejo sueño de la razón y del sentimiento sigue vigente y si a nuestra vista, como expresaba Voltaire, «vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre, la arbitrariedad», puede todavía mantenerse la voluntad de perfeccionarlo todo que atribuía a su siglo y dentro de ella la de «perfeccionar las leyes de que dependen nuestras vidas» (3). En esta voluntad de perfeccionamiento de la ley puede encuadrarse el libro que comentamos, «El delito de tortura», que además de meritorio empeño, contiene una ordenada sistemática, un valioso análisis crítico de su actual regulación en el Código penal así como acertadas propuestas.

Aunque dividido en cuatro capítulos, el libro puede enmarcarse en dos grandes apartados, expuestos y analizados básicamente desde una perspectiva técnico-jurídica. El primero hace referencia al concepto internacional de tortura y gira especialmente alrededor de la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 de lucha contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes. El segundo se refiere a la tortura en el Derecho español, centrándose fundamentalmente en el artículo 204 bis del Código penal en relación con el artículo 15 constitucional, si bien también plantea el autor otras normas del propio Código penal como son, el artículo 421.3, lesiones con tortura, o el artículo 504.4, producción de tortura con motivo u ocasión del delito de robo, así como otras referencias normativas como el artículo 5.1 del Reglamento penitenciario.

En relación con la Convención de las Naciones Unidas aprobada el 10 de diciembre de 1984, puede recordarse que fue ratificada por España casi tres años más tarde, el 19 de octubre de 1987, incluyendo en el instrumento de ratificación dos declaraciones por las que se reconoce la competencia del Comité, regulado en los artículos 21 y 22, para recibir y examinar las comunicación en que el Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención, o para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte. Sin embargo, como indica el autor, (pp. 20 y 21), estos mecanismos de acceso y en todo caso de

---

(1) M. MAQUEDA, La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, en ADPCP, 1986, p. 423.

(2) J.A. DELVAL, Introducción a C. Beccaria, De los delitos y de las penas; Madrid, 1968, p. 13.

(3) Fr. M. VOLTAIRE, Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias, en C. Beccaria, obr. cit., p. 160.

aplicación de los términos de la Convención son criticables por su carácter limitado ya que su operatividad es siempre «a posteriori», careciendo de eficacia preventiva y siendo incluso escasa como respuesta ya que la única sanción prevista es la publicación por el Comité de los resultados de las investigaciones que practique.

Respecto al contenido de la Convención, estableciendo el precedente de la Declaración sobre la protección de las personas contra la tortura y otros tratos y penas crueles inhumanos o degradantes de 1975, y tras delimitar la tortura como categoría diferente de las penas y tratos inhumanos o degradantes (artículo 1 y artículo 16 respectivamente), expone el autor las obligaciones de los Estados que la suscriban, tanto en el ámbito interno como en el internacional y los mecanismos de aplicación. Sobre la definición concreta de la tortura contenida en el artículo primero, el autor destaca como rasgos singulares los siguientes: la pluralidad de bienes jurídicos protegidos; su consideración como delito especial por razón de sus sujetos activos: funcionarios y demás personas que ejercen funciones públicas; su consideración como delito de resultado en tanto consiste en infligir «a una persona dolores o sufrimientos graves»; su calificación de doloso derivado de la expresa intencionalidad en la causación del sufrimiento grave y de la expresa referencia a fines y, en relación con ello, causación intencional «versus» fines propuestos, su calificación como delito de «intención transcendente» o delito de tendencia. Por último se expone la posibilidad de comisión por omisión, así como referencias a formas imperfectas de ejecución, a formas de participación, a limitaciones de posibles causas de justificación y a las circunstancias modificativas.

Los rasgos anteriormente expuestos son ampliamente analizados por el autor. Así, respecto a su dimensión pluriofensiva se plantea que la criminalización internacional de la tortura protege no solo bienes jurídicos individuales, como la dignidad y humanidad que asumen dimensión de interés internacional en la Convención, sino que también, dada la especial consideración del sujeto activo y su relación, tiempo-espacio, de dominio sobre la víctima, alcanza a bienes jurídicos supraindividuales, como es el debido funcionamiento de los servicios públicos. Junto a una restrictiva interpretación respecto a los autores del delito de tortura, se plantea sin embargo el ámbito de la responsabilidad penal. El mismo artículo 1.1 de la Convención hace referencia a la «instigación» y al «consentimiento o aquiescencia» por parte del funcionario público en torturas inflingidas por otras personas. Indica el autor la vía de la autoría mediata o el recurso al «actuar en nombre de otro». Respecto al resultado delictivo, se valora positivamente la inclusión del sufrimiento mental grave junto al físico, lo que permite incluir la amenaza en el delito de tortura, si bien la exigencia de gravedad plantea problemas ante la ausencia de concreción, remitiendo al juez su definición. Ante ello, el autor propone superar el problema que está en el fondo de la tipificación de la tortura como delito de resultado a través de una construcción típica del delito de tortura como delito de actividad, actuando el posible resultado posterior en relación a la graduación de la pena, si bien, entiendo, puede caber respecto de ellos, en esa nueva configuración, la eventualidad dolosa, cuestión, esta última, apuntada al tratar, seguidamente, la consideración del delito como doloso, dada la exigencia expresa de intencionalidad de persecución de determinados fines. En relación con los fines, se analiza la oportunidad o no de algunos de ellos, por «castigo» o por «discriminación» y el carácter exhaustivo o abierto de la relación de fines, optándose por una interpretación abierta en base al artículo 1.2 de la Convención

que no impide regulaciones nacionales o internacionales que tengan un mayor alcance. La posición en el delito de tortura del sujeto activo permite considerar conductas omisivas, de «tolerancia», derivadas de un posible «consentimiento o aquiescencia», así como omisiones impropias. En relación con posibles formas de participación admite el autor el encubrimiento a pesar de no tener referencia expresa en el texto. El artículo 2.2 y 2.3 sirve para plantear los límites a posibles justificaciones penales («en todo caso») y, por último, en relación con la Convención, se hace referencia a la posible presencia de circunstancias modificativas conectadas con técnicas comisivas que en última instancia pueden depender de la configuración más o menos amplia de la conducta delictiva.

El segundo de los grandes apartados en que puede dividirse esta obra, se refiere, como se ha apuntado más arriba, a la presencia del delito de tortura en el Derecho español. Desde la inequívoca declaración del artículo 15 constitucional, se exponen y analizan otras expresiones normativas de la prohibición de la tortura tanto en el Código penal como en otras normas penales complementarias. Dentro del Código penal y junto a la tipificación del delito de tortura del artículo 204 bis, se hace referencia al artículo 501,4 en el que la presencia del término tortura procede de la reforma de 1983, y al artículo 421,3 que contempla el «empleo de tortura» como agravación del delito de lesiones desde la reforma de 21 de junio de 1989. El autor comenta ambas referencias como carentes de sentido técnico o propio derivado de la definición del delito de tortura constituido en el artículo 204 bis y desde la óptica, podía añadirse, del concepto internacional de tortura que se ha visto en la Convención de las Naciones Unidas, en cuanto ambas referencias son ajenas a la condición funcional, o asimilada, de los posibles sujetos activos.

Junto a las acertadas apreciaciones del autor sobre la discutible presencia de estas referencias normativas, realizadas a partir de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, respecto al artículo 501.4, y sistemáticas en relación al 421.3, cabe, entiendo, un ulterior comentario de carácter político-criminal y también sistemático. Si la referencia básica sobre la conducta constitutiva del delito de tortura en nuestro Código penal se encuentra en el artículo 204 bis, que delimita sujetos activos y situaciones comisivas singularizadas por la indefensión o dependencia de los sujetos pasivos, la presencia del término tortura en los artículos 501.4 y 421.3 puede entenderse doblemente perturbadora. En primer lugar por su falta de sintonía con los rasgos normativos del artículo 204 bis y en segundo lugar porque parece avalar una dirección discursiva manifestada desde opiniones no precisamente rigurosas con las garantías jurídicas del detenido o preso, que de manera confusa viene a plantear que como tortura pueden calificarse numerosos comportamientos, coincidan o no con el tipo penal, con lo que se produce la consecuencia de desdibujar los rasgos propios del tipo de tortura en términos de opinión pública, vanalizando su propia dimensión.

El análisis del artículo 204 bis parte de los precedentes legislativos y parlamentarios hasta llegar a su actual presencia que, procedente del año 1978, se ha visto modificada en el segundo párrafo del artículo por la eufemísticamente titulada Ley de Actualización del Código penal de 1989, tras la incorporación del artículo 204 bis a) por la Reforma «urgente y parcial» de 1983. El mencionado tipo delictivo es analizado desde diversas perspectivas sistemáticas en relación a su ubicación, bien jurídico protegido e inadecuación de las penas previstas, para a conti-

nuación analizar los diversos contenidos que encierra en sus distintos párrafos.

Opta el autor por una más precisa colocación sistemática dentro de los «Delitos contra la Constitución», asumiendo la crítica a la rúbrica «delitos contra la seguridad interior del Estado» por ser «flagante expresión del pensamiento autoritario del legislador de 1944» (E. Octavio de Toledo). Se entiende que la prohibición de la tortura constituye una garantía constitucional desde el punto de vista formal y material y se plantea también, aunque se rechaza ante el posiblemente desproporcionado crecimiento del Título, una posible incardinación en el nuevo Título relativo a los «Delitos contra la comunidad internacional», dada la presencia de la *Convención y la protección internacional contra la tortura*. Del mismo modo, se apunta una mejor ubicación, menos relegada y más cercana al delito de detenciones ilegales, así como más preeminente, dada la importancia del bien jurídico protegido, dentro de los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes». Respecto al bien jurídico protegido en el artículo 204 bis, reconociendo el autor las vinculaciones estrechas entre las conductas prohibidas y las garantías procesales, considera que los tipos contenidos en el 204 bis desbordan a aquellas y su protección alcanza un mayor ámbito relativo a las «garantías personales, libertad en cuanto plasmación de los valores constitucionales humanidad y dignidad) de los afectados por las tres vertientes básicas, —la policial, la judicial y la penitenciaria—, del funcionamiento de la Justicia» (pp. 122 y 123). Desde esta consideración de pluralidad de los bienes jurídicos protegidos y desde la especial necesidad de la tutela penal de los mismos, se critica la benignidad sancionatoria llegándose a dudar de si efectivamente se están protegiendo penalmente tales bienes jurídicos o si no nos encontramos ante una apariencia protectora, ante un supuesto más, podría decirse, de protección «simbólica» (Baratta).

El análisis de contenido del precepto continúa contemplando los diversos tipos que contiene, su dependencia o su regulación autónoma, en base a la estructura típica, confusa sin duda, de los distintos párrafos del artículo 204 bis. Para ello se comienza por el párrafo cuarto de la norma del que se rechaza su consideración como tipo residual y al que se le atribuye una función propia de protección específica de la adecuación a la legalidad de los interrogatorios en materia penal. Los párrafo primero y segundo del artículo 204 bis, con identidad de presupuestos típicos, referencias intencionales en ambos, y caracterizados por la causación de resultados comisivos, se singularizan como supuestos propios de «tortura indagatoria». Se atribuye al párrafo tercero del artículo 204 bis la realización del tipo cuando se produzca en el ámbito penitenciario, con cualidad diversa de los sujetos activos, *distinto ámbito de realización, ausencia de la intencionalidad presente en el primer párrafo*, y remisión a los párrafos anteriores en relación a los actos cometidos. Respecto al párrafo quinto del artículo, siguiendo los análisis sobre el comportamiento omisivo realizados por Silva Sánchez, se separa el autor de su calificación como delito de omisión impropia o de comisión por omisión para presentarlo como supuesto de «omisión referida a un resultado legalmente tipificado y que se equipara directamente por la misma ley a la omisión».

El autor finaliza con una valoración que siendo positiva respecto a la presencia de un artículo específico en el Código penal que tipifique la tortura, es notablemente crítica respecto al contenido de dicha presencia. El alcance del artículo 204 bis C.P., más reducido que el concepto internacional «mínimo», con la consi-

guiente protección deficiente e incompleta agudizada por llamativa benignidad sancionatoria, permiten al autor proponer una nueva construcción del tipo penal de tortura en base no tanto a la producción de resultados, como al «empleo de violencia o intimidación por parte de funcionarios con el fin de obtener una declaración o información o con cualquiera de los fines señalados por la Convención». Tal nueva tipificación debería estar acompañada de un conjunto de disposiciones que permitiesen eliminar, en palabras del autor, «espacios de impunidad, secretismo, ausencia de control y demás ocasiones propicias... en el ámbito de la intervención policial y penitenciaria» (p. 220).

Estas últimas reflexiones con las que el autor finaliza «El delito de tortura» sugieren un último comentario general sobre la obra. Es indudable que el autor acomete su objeto de estudio «El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código penal» de modo riguroso, con manifiesta comprensión a los referentes materiales objetos de protección, con cuidada sistemática y con análisis críticos y aportaciones valiosas, amplitud que este comentario, necesariamente breve, no ha abarcado totalmente. Sin embargo, la propia lectura de la obra sugiere desarrollos más amplios procedentes de la comprobación de que los «espacios» u «ocasiones propicias» a los que el autor se refiere, su regulación, no son ajenos sino relacionales, copartícipes, de la protección penal frente a la tortura. Es cierto que con ello se desborda el objeto de la obra pero la búsqueda de la voluntad político criminal en la protección contra la tortura lleva también a ellos.

Se cita en la obra que comentamos (p. 21, nota 31) la indicación del Comité de Derechos Humanos que plantea como una de las vías más eficaces de lucha contra la tortura y tratos inhumanos y degradantes el registro sistemático de las detenciones, la superación de las situaciones de incomunicación mediante la apertura de posibilidades de comunicación de los detenidos con médicos, abogados y familiares (con presencia de estos en el interrogatorio, en especial con menores) y el establecimiento de un régimen estable de visitas a los lugares de detención por parte de personas nombradas por organizaciones independientes, nacionales e internacionales. Estas consideraciones llevan a que junto al desarrollo del artículo 15 constitucional quepa plantear cómo han sido desarrollados otros contenidos constitucionales como los de los artículos 17.2 en relación con el 55.2, el 17.3, 17.4 y 25.2 porque pueden permitir comprender que la tortura no es sinónimo de una peste feroz sino que se incuba en complejos procedimientos jurídicos, con técnicas minuciosas, como regulación jerárquica del sufrimiento y fría persecución de fines (Cacciari). El análisis de estos desarrollos en relación con los derechos del detenido, la duración de la detención, la asistencia letrada, la comunicación y la incomunicación, el procedimiento «habeas corpus», los poderes policiales en regulaciones de excepción y de excepción «normalizada», los procedimientos de urgencia, el aislamiento penitenciario (puede verse STC 2/1987) junto a la regulación penal sustantiva permite contemplar un complejo conjunto normativo en el que las deficiencias mostradas en la obra que se comenta, parecen encontrar acomodo en regulaciones restrictivas de derechos y la «veritas indagatio per tormentum» puede descubrirse en una lectura normativa del sufrimiento.

**LANDROVE DIAZ, Gerardo: Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.**

Hasta la consolidación de la Victimología como disciplina científica, la víctima había padecido el más absoluto desprecio por parte no sólo del sistema legal, sino también de la Política Criminal y de la Criminología. La víctima, en el mejor de los casos, inspiraba sólo compasión (1).

Desde la segunda contienda mundial la autoafirmación de la Victimología se ha dejado sentir en todos los campos del saber científico, y la figura de la víctima cobra un protagonismo creciente. Con razón se habla del «redescubrimiento» de la víctima y el punto final de un largo recorrido histórico iniciado con la «edad de oro» de la víctima (2).

En la actualidad el estudio de la víctima comienza a recuperar el protagonismo que merece y a ese estudio contribuye el profesor LANDROVE DIAZ con su obra «Victimología» que, como subraya García-Pablos en el prólogo, marca un hito decisivo en la historia penal y criminológica española y abre un camino esperanzador hacia el futuro.

A lo largo de ocho Capítulos el profesor LANDROVE hace un estudio y análisis magistral de esta disciplina científica. Así en el Capítulo primero dedicado al *nacimiento de la victimología* pone de relieve el problema de la interpretación del propio término «victimología» definido en el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén (1973) como «el estudio científico de las víctimas». En efecto, como destaca el autor, todo parece discutible y discutido con relación a la Victimología: su origen, su denominación, su independencia científica, su contenido, incluso su utilidad.

El punto de partida de los estudios científicos sobre la víctima del delito se encuentra en una de las obras más celebradas del criminólogo alemán VON HENTIG donde aborda la primera clasificación general de las víctimas y un estudio de los tipos psicológicos de las mismas. Con posterioridad a esta obra, el ámbito de la Victimología se ha ampliado notablemente sobre todo en los campos sociológico y jurídico.

Otro de los pioneros de la nueva ciencia es B. MENDELSONH creador del vocablo Victimología, que abordó al igual que VON HENTIG una clasificación de las víctimas en función de muy diversos criterios, pero siempre indagando sobre la interacción autor-víctima y los factores que determinan sus papeles respectivos.

NEUMANN en 1984 intenta una clasificación más moderna y dinámica, cuya característica esencial estriba en que no trata de ser exhaustiva: víctimas individuales, víctimas familiares, víctimas colectivas y víctimas sociales.

Pero la fase de consolidación de la Victimología como campo de investigación científica se inicia con el I Simposio Internacional sobre Victimología celebrado en Jerusalén en 1973, donde las discusiones fueron organizadas en cuatro secciones científicas: estudio de la Victimología, la relación victimario-víctima, sociedad y víctima, actitudes y políticas, y, al que muy pronto siguieron otros —el de Boston de 1976, Münster en 1979, en Tokio y Kioto en 1976, en Zagreb en 1985 y el de Jerusalén en 1988— apareciendo en 1976 una publicación periódica espe-

---

(1) Vid. GARCÍA-PABLOS, «Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad», Madrid, 1988, p. 76.

(2) Vid. GARCÍA-PABLOS, *ob. cit.*, p. 77.

cializada (Victimology) y creándose en 1980 la Sociedad Internacional de Victimología.

En el Capítulo II, *clasificación de las víctimas y victimización secundaria*, el autor esquematiza las tipologías más ampliamente difundidas en los siguientes términos: 1. Víctimas no participantes (o fungibles); 2. Víctimas participantes (o infungibles); 3. Víctimas familiares; 4. Víctimas colectivas; 5. Víctimas especialmente vulnerables; 6. Víctimas simbólicas y 7. Falsas víctimas. A continuación distingue entre la denominada victimización primaria que alude a las iniciales consecuencias del delito y victimización secundaria que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal, con el aparato represivo del Estado. Termina este Capítulo con el Texto de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal de 28 de junio de 1985.

A los *orígenes e internacionalización del movimiento de asistencia a las víctimas* está dedicado el Capítulo III que recoge los primeros programas de compensación a las víctimas de crímenes violentos hasta que tuvo lugar en los primeros días del mes de diciembre de 1968 la primera Conferencia Internacional sobre la indemnización a las víctimas inocentes de actos de violencia. No obstante, la internacionalización de esta problemática se alcanza, sobre todo, a partir del XI Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Budapest en septiembre de 1974, donde se recomienda la creación de un sistema de indemnización a las víctimas, por parte del Estado o de instituciones públicas, con cargo al erario público. Siendo fundamental el Convenio número 116 del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, «sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos» cuyo texto aparece recogido en la obra al igual que el Texto de la «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder», incluida como anexo en la propia Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El Capítulo IV *Los programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas del delito*, pone de manifiesto la consolidación en las distintas legislaciones nacionales a partir de la década de los setenta de ayuda a las víctimas. Dicho movimiento legislativo encuentra su razón de ser en argumentaciones de muy diversa naturaleza: argumentos de tipo humanitario, argumentaciones filosófico-políticas o razones político-criminales. Sin embargo, a la vista de los diferentes programas entresaca el autor una serie de notas comunes a la mayoría de ellos: el carácter subsidiario de la indemnización estatal, la limitación de las indemnizaciones a los supuestos en que el daño causado a las víctimas entraña un perjuicio de tipo económico, la exclusión de la ayuda a las víctimas unidas al delincuente por un lazo familiar o por la simple convivencia, el abono a través de un pago único o la concesión de una pensión asistencial, la posibilidad de que el Estado exija el reembolso total o parcial de las ayudas concedidas, etc.

De todas esas notas deduce LANDROVE un concepto de víctima indemnizable: aquélla que ha sufrido una lesión en su integridad personal, que se encuentra en precaria situación económica, que no ha colaborado en su victimización y que coopera con el aparato represivo estatal en la persecución de la delincuencia.

Posteriormente el autor analiza los programas de reparación a cargo del infractor, que suponen incentivar al delincuente para que repare el daño que ha causado, los programas de asistencia inmediata y los programas de asistencia a

la víctima-testigo, que nacen sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá con la finalidad de promover la cooperación de la víctima que debe testificar en el proceso, para terminar subrayando la aparición de un movimiento asociativo propiciado por las propias víctimas que tratan, así, de superar la indefensión nacida de su aislamiento. En España existe una Asociación Víctimas del Terrorismo.

*Las Víctimas y el sistema penal español* es la rúbrica del Capítulo V, donde el autor pone de relieve la insatisfactoria situación de las víctimas del delito en España a través del estudio del papel desempeñado por la víctima en la génesis del hecho criminal, en la preparación y ejecución del delito y también en los momentos posteriores a la consumación. Se examinan, a continuación, la problemática de la responsabilidad civil, la relevancia que cabe atribuir a las actitudes y comportamientos de la víctima en el ámbito del Derecho penal sustantivo y la posición de las víctimas en el proceso penal.

A lo largo del Capítulo VI el autor expone *La situación de las víctimas en España*. Lo único que parece faltar en España, señala LANDROVE, es la voluntad política de encontrar respuestas solidarias para un problema que a toda la ciudadanía alcanza, para que un Estado que se pretende social y democrático de Derecho dé pruebas de serlo efectivamente.

La inexistencia en España, a nivel estatal, de un programa, no ya indemnizatorio, sino simplemente de asistencia a las víctimas del delito se ha visto paliada en determinadas Comunidades Autónomas por iniciativas de carácter local, de muy reciente implantación y con limitaciones de signo económico o de personal. En este sentido, surgió en Valencia en 1985 la primera Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito, a la que siguieron la de Barcelona en abril de 1989 y la de Palma de Mallorca en diciembre de 1989.

En ausencia de una normativa que regule en España —y con carácter general— las indemnizaciones estatales a las víctimas del delito, existe, tan sólo, una contemplación específica de indemnizaciones a las víctimas de delitos terroristas y limitada a los daños corporales, por ello en el Capítulo VII se analiza *La indemnización a las víctimas del terrorismo en España* cuyo itinerario normativo se inició con la referencia contenida en artículo 7 del Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979, sobre protección de la seguridad ciudadana: serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos.

En la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, contra actuación de bandas armadas y elementos terroristas, se dedicó el Capítulo IV a las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas, estableciéndose los criterios a los que habrían de ajustarse las normas que en el futuro se promulgasen en la materia y que fueron desarrolladas por el Real Decreto de 24 de enero de 1986, regulador de las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas y que a pesar de los elogios recibidos fue derogada por el Real Decreto de 28 de octubre de 1988, que regula los resarcimientos por daños corporales a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

Cierra LANDROVE el Capítulo VII con los objetivos y ayudas del programa vasco de ayuda a las víctimas del terrorismo aprobado en aquella Comunidad

Autónoma por Decreto de 4 de agosto de 1988 y con una referencia a los fines de la Asociación Española de Víctimas del Terrorismo fundada en 1981.

En el último Capítulo de la obra, *La victimización del delincuente* el autor estudia pormenorizadamente los efectos de la victimización (en ocasiones denominada terciaria) que sufre el delincuente. La victimización de los delincuentes por la maquinaria de la justicia penal se manifiesta es muy diferentes niveles: en el ámbito legislativo, en el ámbito policiaco, en la esfera judicial y en el plano ejecutivo.

Como manifiesta LANDROVE DÍAZ se atribuye a la Victimología el objetivo de desarrollar, a través del estudio en profundidad de la víctima, un conjunto de reglas generales y de principios comunes que contribuyan al progreso y evolución de las ciencias criminológicas y jurídicas, facilitando la comprensión del fenómeno criminal, de la dinámica criminógena y de la personalidad del delincuente.

En definitiva, creo que «Victimología» constituye una sólida contribución al estudio de la víctima del delito. Una vez más GERARDO LANDROVE, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia coloca sobre el tapete un tema candente que es desarrollado, como sólo él sabe hacerlo, con genial maestría.

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

*Profesora titular interina de Derecho penal  
Universidad de Castilla-La Mancha*

**MATHIESEN, Thomas, «¿Tiene defensa la cárcel?» (Prison on Trial). Sage: London, 1990.**

Thomas Mathiesen, profesor de sociología jurídica de la Universidad de Oslo, parte del crecimiento que experimenta en la mayoría de los países la población reclusa y la construcción de nuevas cárceles para preguntarse que justifica esta expansión de las cárceles, un instrumento que pareciera haber fracasado en todas aquellas finalidades que se le han atribuido, ya sea la de evitar la comisión o aumento de delitos, ya sea la de resocializar al delincuente.

Empieza pues el capítulo 2 con la *rehabilitación*. Se destaca que la ideología de la rehabilitación es tan antigua como la cárcel y siempre se ha basado en idénticos elementos: el trabajo, la escuela, la educación moral (o tratamiento) y la disciplina. Estos cuatro elementos han sido constantes, si bien el énfasis en uno u otro ha variado en el tiempo, con lo cual la finalidad resocializadora parece haber agotado su imaginación. No es sorprendente que estos cuatro elementos reflejen el intento de re-socializar a los presos en lo que Max Weber llamó la ética protestante que fue la base de la sociedad capitalista. Pero estos cuatro elementos nunca han tenido preeminencia en caso de colisión con los intereses de la cárcel, si el trabajo requería de distintas labores esto fue sacrificado en aras del beneficio mercantil, si la escuela se oponía a la seguridad se sacrificaba la escuela, si el tratamiento inquietaba a la opinión pública y generaba alarma se sacrificaba el tratamiento, etc...

En segundo lugar la rehabilitación nunca ha funcionado. Y por funcionar se entiende evitar la comisión de futuros delitos. El ya clásico estudio de Martinson (1974) que concluyó con un expresivo «nada funciona» sigue siendo válido.

No solo no funciona sino que en las condiciones actuales de sobremasificación incluso la creencia de que se desarrolla un tratamiento es dudosa. También sigue siendo válido el concepto de prisonización acuñado por Clemmer (1940) quien destacó que los presos sí se re-socializaban pero en la subcultura carcelaria, la cárcel es la «Universidad del crimen». También clásico es el estudio de Sykes (1958) señalando que esta subcultura aparece porque es la única forma de manejar los males y privaciones que causa el encarcelamiento. Por último, como mostraron McCorkle-Korn (1954) se dificulta su integración al producirse un «rechazo de los que rechazan». En conclusión, la defensa de la cárcel no puede basarse en la resocialización. Con mayor exactitud pudiera decirse que la cárcel de-socializa.

En el capítulo 3 se cuestiona la *prevención general*. Si la rehabilitación era definida como una ideología, la prevención general aparece caracterizada como un paradigma. Considerar la prevención general como un paradigma permite: i. pre-suponer que la pena tiene efectos preventivo-generales más allá de su comprobación empírica; ii. justificar todo tipo de acciones por su (presunta) eficacia preventiva; iii. invertir la carga de la prueba, debe probarse que no tiene efectos preventivos. La investigación de esta área —incluso la realizada por el campeón de la prevención general, Andenaes (1982)— apunta toda en la misma dirección: la severidad del castigo no produce efectos apreciables en el índice de delitos. Se podría argumentar que la variable fundamental es la certeza de la detención pero ello ha sido también desmentido por uno de los estudios más completos realizados por Schuman et al. (1987), que muestra que la certeza de la detención solo afecta a algunos tipos de delitos —precisamente los más triviales y que su efecto es bastante modesto. Argüir la necesidad de destinar más recursos a la policía para elevar la tasa de descubrimiento del delito ignora que esta anonimidad del delito se corresponde con las características de la sociedad moderna anónima. Solo un Estado-policía podría eventualmente descubrir todo delito.

Si bien no se utiliza el concepto de prevención general positiva, se aborda la justificación de la pena como «modificadora de actitudes». Se afirma que esta concepción se basa en la idea más bien simplista de que el mensaje contenido en la ley se «comunica» a la población. Tomando en consideración los estudios de la sociología de comunicación puede afirmarse que para que se dé esta relación es necesario un objeto, un signo y un contexto. El objeto que se comunica sería la severidad de las penas respecto de determinados comportamientos, pero la severidad de las penas y los cambios legislativos excepto cuando introducen cambios dramáticos, son escasamente apreciables por la población. El signo utilizado el lenguaje o los medios de comunicación distorsionan además este mensaje al concentrarse en lo sensacional, filtrando lo cotidiano. También el diferente contexto dificulta esta neta transmisión del mensaje legislativo, asumimos que la población a la que va dirigido lo interpreta como lo interpretamos nosotros, pero a los que va dirigido no son como nosotros —tienen un ambiente social, escolar y familiar distinto—, por lo que no se lee como un mensaje educador sino como más opresión. En otros términos, la prevención funciona para aquellos que no la necesitan y no tiene efectos para aquellos a los que va dirigida.

Más allá de su eficacia surgen las cuestiones morales acerca de la aptitud de castigar a unos para que el resto aprendan. Ello ya ha sido objetado desde antiguo como una instrumentalización del ser humano. Pero además estos «unos» son siempre los mismos, los sectores más pobres y marginales. Y ello no es casual

sino que obedece al bias sistemático del derecho penal que no solo no evita la desigualdad sino que la recrea: los comportamientos criminalizados en la ley, la posibilidad de ser detenido, la escasa capacidad de negociación, los delitos que llaman la atención, son todos factores que provocan que siempre sean los mismos sectores los utilizados para que el resto de la población aprenda.

Hay que enfatizar que no estamos en un conflicto entre nuestros valores morales y la eficacia de la pena, sino que tanto las objeciones morales como los estudios sobre la eficacia muestran el mismo resultado: la prevención general no funciona.

En el capítulo 4 se hablan de otras teorías, entre estas la que ha recibido mayor atención en la década de los ochenta es la de *incapacitación*, defendida por el influyente criminólogo norteamericano Wilson (1975). La incapacitación ha sido defendida en dos vertientes: colectiva —encarcelar a determinados grupos de riesgo con lo cual se consigue una disminución del delito. Sin embargo los estudios que se realizan en Suecia donde se introdujo la *parole* de forma automática una vez cumplida la mitad de la condena, mostraron que el número de delitos no había aumentado; en forma inversa en EEUU a pesar del gran número de gente encarcelada en el período entre 1973-1982 aumentó el índice de delitos en un 29 %. Además se observó que para obtener una reducción del 1 % debiera aumentarse la población reclusa del orden del 10 al 20 %.

Por lo que respecta a la segunda vertiente, la incapacitación selectiva aboga por el encarcelamiento de los delincuentes «verdaderamente peligrosos». Sin embargo el problema es como decidir a quien incapacitar, como predecir quien cometerá delitos en el futuro, sin caer en falsos negativos —se piensa que no reincidirá pero reincide, o falsos positivos —se piensa que reincidirá pero no lo hace. Más allá de la falta de una base certera para predecir la peligrosidad, está el hecho de que el Código penal se asienta sobre hechos pasados, en cambio para realizar tal predicción debemos mirar otras variables distintas del hecho —forma de vida, carácter— y pronosticar el futuro. Por ello la teoría de la incapacitación vulnera los principios del derecho moral. Además de las consideraciones realizadas, existen objeciones éticas respecto de considerar que la pobreza, la raza, o el consumo de drogas, son índices de peligrosidad. Las variables que se utilizan para predecir la peligrosidad —situación social y reincidencia— bien pudieran utilizarse para mitigar la pena.

Todas estas dificultades para realizar predicciones muestran que la peligrosidad es situacional, que un individuo reacciona frente a determinadas situaciones y de ahí que la mera existencia de índices sea insuficiente para fundamentar prognosis alguna. Por consiguiente la incapacitación no puede constituir un criterio de determinación de la pena, ya que no está claro que disminuya los índices de delito y es cuestionable en base a principios éticos.

Llegamos por último a la finalidad de *justicia*. No es por casualidad que también en la década de los ochenta ante el fracaso de las anteriores justificaciones se produzca un retorno al origen, defendido por von Hirsch (1986) y grupos (American Friends Service Committee) partidarios de limitar la pena de forma certera. La pena se aplica por razones de justicia, es algo merecido (just dessert) por la realización de un delito. Esta posición señala la necesidad de adecuar la pena proporcionalmente al daño realizado y a la culpabilidad del sujeto. Hay que señalar sin embargo que este mensaje neoclásico normalmente va acompañado de con-

sideraciones de utilidad de la pena. La utilidad de la pena se utiliza como justificación general del castigo en tanto la justicia aparece como el criterio concreto de aplicación.

Por lo que respecta al daño parece claro que unos delitos son más graves que otros, pero ¿cómo se mide cuanta pena merecen? El problema adicional es que términos como daño y culpabilidad necesariamente tienen que evaluarse sobre consideraciones morales, sin embargo la moralidad es algo cambiante en sociedades, épocas y grupos sociales, sometida además al influjo de campañas morales. La moralidad varía también en atención a la proximidad, como más conocemos al infractor más benevolente es nuestro juicio moral. Finalmente las teorías absolutas hablan de retribuir un mal con otro mal, como si ambos males —el delito y la cárcel— fueran entidades comparables. Como ya señaló Sykes (1958) la cárcel implica no sólo una privación de libertad sino además de bienes y servicios, de relaciones heterosexuales, de autonomía personal y de seguridad, además de un poder omnipotente y en gran medida discrecional sobre los presos. Los dos males son tan distintos que son inconmensurables. En conclusión, la cárcel no puede defenderse en nombre de la justicia.

En mi opinión, el libro de Mathiesen rebate seriamente los fines asignados por los juristas a la pena —de cárcel. Sin embargo surgen dos observaciones. Por un lado en ocasiones se observa una cierta distancia con el discurso jurídico reciente. Así por ejemplo hubiera sido de desear una mayor profundización de la prevención general positiva visto el empuje que está adquiriendo esta teoría, esto es, cuestionar el papel del derecho penal no solo como «modificador de comportamientos» sino también como «asegurador de expectativas» (Jakobs, 1976).

En segundo lugar lo que no aparece claro es si estas finalidades sólo son incumplidas con la pena de cárcel o si por el contrario esta crítica es extensible a toda pena. En el primer supuesto pienso que sería difícil encontrar algún jurista que estuviese en desacuerdo, en el segundo caso —deslegitimación del derecho penal— lo difícil sería lo contrario.

Pero hay que agradecer a Mathiesen que se haya tomado el discurso jurídico de la pena en serio. Que haya examinado todas y cada una de las finalidades de la pena y las haya sometido a crítica. El paso siguiente sería el inverso. Que los juristas se tomasen las investigaciones sociológicas de la pena en serio. Si la justificación del derecho penal es social, este existe como una «amarga necesidad», el derecho penal debe probar esta utilidad social, el derecho penal debe mostrar que está en posición de cumplir las necesidades sociales que justifican su existencia.

En el último capítulo se aborda el futuro de la cárcel. El fracaso de la cárcel exige una drástica reducción, y su final abolición. Esta debe ser sustituida por mecanismos de solidaridad con el ofensor y compensación con la víctima.

De acuerdo a Mathiesen, el objetivo es conseguir en este siglo la reducción en 2/3 partes de la población reclusa. Ello es posible sustituyendo la pena de cárcel por otras (despenalización), y reduciendo el número de delitos (descriminalización). En adición propone una disminución en la severidad de las penas, medidas de ex-carcelación (alternativas a la cárcel) y el cierre de cárceles. Hay que estar atentos sin embargo a las consecuencias indeseadas de toda nueva política. Así por ejemplo las alternativas han extendido las redes del sistema penal, por

ello la creación de alternativas debiera ir *precedido* de despenalización y/o descriminalización.

Quien haya leído a Mathiesen (1974) quedó sorprendido por la radicalidad de sus propuestas. Se trataba de abolir la cárcel sin sugerir alternativas porque estas corrían el peligro de convertirse en añadidos en vez de en sustitutos. Posteriormente (Mathiesen, 1986) se trataba de exigir una moratoria en la construcción de cárceles y las alternativas debían ser defendidas. Actualmente se trata de conseguir la reducción de un 2/3 de la población reclusa y quizá los análisis críticos de las alternativas deben ser morigerados (Mathiesen, 1990: 160-161).

Digamos rápidamente que Mathiesen no está solo en esta evolución (Larrauri, 1990). Y digamos también rápidamente que entiendo perfectamente las razones de formular dichas propuestas en términos más pragmáticos con la esperanza de ser oídos. Pero ser oídos *no* es la única función de un criminólogo. El abolicionismo, al que curiosamente Mathiesen no cita ni una sola vez a pesar de ser considerado «padre» del mismo, ha provocado la reflexión no solo de la cárcel sino de la pena y del sistema penal en su conjunto como medio de tratar los problemas sociales —del cual el delito es uno de ellos. Desde intentos de elaborar otro tipo de derecho penal (Scheerer, 1986), pasando por la negación del concepto del delito (Hulsmann, 1984) hasta la necesidad de elaborar medios alternativos de resolución de conflictos (Hanak-Stehr-Steinert, 1989). Sacrificar el bagaje teórico abolicionista por ser «utópico» y minimizar que ha permitido una revitalización teórica de la criminología, con el único afán de ser oídos parece asumir que la tarea del criminólogo es la elaboración de propuestas de política criminal realistas. Y parece asumir que a menores exigencias aumentan las posibilidades de ser escuchados. Lo primero es en mi opinión incorrecto, lo segundo dudoso.

Sorprende finalmente que en un libro destinado a acusar a la cárcel se aborde en tan poco espacio los mecanismos de sustitución. En mi opinión bien pudiera ser que *una* de las razones de la persistencia de la cárcel fuese la incapacidad para vislumbrar «qué alternativas existen». Por ello sería necesario un estudio y exposición más detallada de estos mecanismos de compensación con la víctima y solidaridad con el delincuente que los ofrecidos o citados por Mathiesen.

El proceso a la cárcel se ha realizado, el veredicto es claro: culpable. Pero me temo que la conclusión sea: ya lo sabíamos.

#### BIBLIOGRAFIA CITADA

- Andenaes, J. (1982) «Sentencing in drunk-driving cases» en *Lov og Rett*: 115-37.
- Clemmer, D. (1940) *The Prison Community*. Holt, Rinehart and Winston: New York.
- Hanak-Stehr-Steinert (1989) *Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit kriminalität*.
- Hulsmann, L.-Bernat de Celis, J. (1984) *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*. Ariel: Barcelona.
- Jakobs, G. (1976) *Schuld und Prävention*.
- Larrauri, E. (1990) «Las alternativas a la cárcel en la legislación española». Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de Sociología, Madrid 1990.

- Martinson, R. (1974) «What works? Questions and answers about prison reform» en *The Public Interest*: 22-54.
- Mathiesen, T. (1974) *The Politics of Abolition*. Martin Robertson: Oxford.
- (1986) «The politics of abolition» en *Contemporary Crises*.
- McCorkle-Korn (1954) «Resocialization within Walls» en *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 293: 88-98.
- Scheerer, S. (1986) «Limits to Criminal Law» en Bianchi v. Swaaningen (eds) *Abolitionism. Towards a non-repressive approach to crime*. Free University Press: Amsterdam.
- Schuman et al. (1987) *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*. Luchterhand: Cologne.
- Sykes, G. (1958) *The Society of Captives*. Princeton University Press: Princeton.
- Uon Hirsh, A. (1986) *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*. Manchester University Press: Manchester.
- Wilson, J.Q. (1975) *Thinking About Crime*. Basic Books: New York.

ELENA LARRAURI

Profesora titular de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

**VASS, A.; «Alternativas a la cárcel» (Alternatives to Prison). Sage: London, 1990.**

A pesar del cierto cansancio que invade el tema de la cárcel y el de las alternativas a esta, el hecho de que la población reclusa no disminuya sino que en términos globales aumente, junto a un creciente escepticismo referido a las alternativas justifica que sigan apareciendo estudios dedicados a estos temas.

Uno de los aspectos que siempre ha intrigado respecto al tema de las alternativas a la cárcel es precisamente el momento de su surgimiento a fines de la década de los sesenta. Vass relata la crisis de la cárcel y el surgimiento de las alternativas. El despliegue de las alternativas se atribuye al fracaso de la cárcel en su lucha contra el delito, a su sobresaturación, a su coste, etc... En definitiva las razones de la descarceración parecieran obedecer a motivos exclusivamente «administrativos». Como si no hubiera existido una crítica de izquierdas a la cárcel, como si el despliegue de las alternativas no se debiera —por lo menos en parte— a los grupos de presos, a los grupos en contra de la cárcel, a los grupos de justicia informal, etc...

Pero incluso si el despliegue de las alternativas se atribuye a las esferas oficiales, hubiera sido de agradecer que el autor se plantease los motivos que han impulsado el «boom» de las alternativas en este *preciso* momento. No hay necesidad de buscar «razones oscuras» ni «conspiraciones», pero me parece evidente lo que señala Foucault (1984: 269): el fracaso de la cárcel es tan antiguo como la propia cárcel —antiguo y sabido. ¿Que factores explican el momento elegido para lanzarse a esta política descarceratoria?

De acuerdo a Vass, se elaboran alternativas con la esperanza de reducir la población reclusa. Una vez «explicado» el surgimiento de las alternativas entramos en el segundo gran tema del libro: El autor recoge las críticas repetidas

que se lanzaron a las alternativas desde mediados de los años setenta. En síntesis: i. las alternativas aparecen demasiado benevolentes, por ello no son aplicadas con agrado por los Tribunales quienes dudan de su eficacia preventivo general; ii. no se destinan a los considerados «delincuentes duros» por lo que se aplican a delincuentes que tampoco eran condenados a la pena de cárcel; iii. su mayor capacidad para evitar la reincidencia puede obedecer a la mayor discrecionalidad que poseen los oficiales encargados de administrarlas comparados con los agentes encargados del sistema penal formal; iv. en algunos casos han resultado igual o más penosas que la propia cárcel; v. finalmente tampoco han reducido la población reclusa. Por ello concluye que en realidad estamos frente a una teología de las alternativas (lo que Scull (1982) había denominado la «nueva panacea»), nada funciona pero algo *debe* funcionar.

Este listado de críticas es de sobras conocido (Cohen, 1988). El autor sin embargo intenta sumarse a las últimas tendencias que morigeran esta evaluación esencialmente negativa de las alternativas. Sin embargo esta re-evaluación de las alternativas a la cárcel provoca algunos comentarios. En primer lugar el autor pareciera no haber observado que esta reafirmación de las alternativas se ha estado produciendo por los *proprios* detractores de las mismas. En efecto, la constatación de que la crítica a la cárcel *conjunta* con la demolición de las alternativas llevaba a un callejón sin salida, ha conducido a una reconsideración del ingente criticismo de los últimos años. Por ello sorprende que el autor no cite estos trabajos (Cohen, 1989) y prosiga como si la tónica dominante aun fuera la crítica despiadada a las alternativas. Ignora que el slogan de la década de los setenta «las alternativas implican más control social» ha sido sustituido, ante la proliferación de gobiernos *laissez faire* e intentos de trasladar el tema al ámbito de la iniciativa privada, por la pregunta/afirmación «quizá no es malo que aumenten las redes de control social».

En segundo lugar los argumentos en los que se basa esta tarea de rescate son también en general conocidos: las alternativas han permitido que *proporcionalmente* se reciban menos sentencias de cárcel, todas las alternativas no pueden ser consideradas disciplinarias o aumentando el control social (p. ej. las multas), en cualquier caso son preferibles a la cárcel, etc... La posición del autor es sin embargo oscilante, hay que cesar en la crítica a las alternativas *a pesar* de que la mayoría de las críticas que se han dirigido a estas son ciertamente admitidas por el autor.

Estas oscilaciones quizá son comprensibles y explicables. Comprensibles habida cuenta que los editores de la serie donde se publica el libro pertenecen a la corriente de «realistas de izquierda» caracterizados por defender las alternativas a la cárcel (Matthews, 1987) y la reforma del sistema penal frente a las corrientes abolicionistas.

Explicables porque en efecto el tema de las alternativas a la cárcel está inmerso en el conjunto del funcionamiento del sistema penal el cual, como nos advierte repetidamente el autor, es muy complejo.

Y quizá sí, la única conclusión posible sea que algunas alternativas son positivas para algunos ofensores bajo algunas condiciones. Pero si este es el caso, una esperaría que un libro como «Alternativas a la cárcel» nos dijera cuales son positivas, ¿todas? ¿la vigilancia electrónica? (*electronic monitoring*?) ¿la institucionalización en centros distintos de la cárcel? Afrontar estas preguntas quizá

hubiese servido para superar la fase en que nos encontramos, «todas las alternativas no son negativas» pero seguimos sin saber exactamente cuales no lo son y lo que es más precario, en base a que criterios se produce la evaluación.

Ello es quizá lo que se intenta en el capítulo 5 donde el autor examina la experiencia del trabajo en comunidad (*community service order*) en Inglaterra. Este capítulo suministra una información precisa y detallada. Pero sinceramente después de leerlo no me atrevería a afirmar que esta constituye una de aquellas alternativas que «no siempre es negativa» —ni lo contrario. También el capítulo 6 se destina a la experiencia de centros diurnos (*probation day centres*). La información también es completa pero de nuevo no existe ni un atisbo de la polémica de si la institucionalización en un centro diurno puede considerarse una «alternativa» o si por el contrario se trata del cambio de una institución por otra (Greenberg, 1975). Información relevante me parece la constatación de que esta medida —y pareciera que también las otras— es sólo aplicada a jóvenes, hombres y blancos. Quedando excluidos otras razas —es especial en Inglaterra afro-caribeños y mujeres—.

En conclusión, el libro suministra información pero en mi opinión se pierde la oportunidad de, en base a esta información, realizar una evaluación de los valores que deben guiar el establecimiento de futuras alternativas, de como evitar en lo posible lo constatado por las críticas negativas —no por su negativismo menos ciertas— y de plantear seriamente que si bien «no es malo que los servicios sociales aumenten» en el caso de las alternativas a la cárcel estamos frente a una imposición de castigos y no frente a un ofrecimiento de servicios sociales.

ELENA LARRAURI

*Profesora titular de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Barcelona*

## BIBLIOGRAFIA

- Cohen, S. (1988): *Visiones de Control Social*. PPU, Barcelona.  
 — (1989): «La descentralización del control social tomada en serio», en *Nuevo Foro Penal*, n.º 45.  
 Foucault, M. (1984): *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI, Madrid.  
 Greenberg, D. (1975): «Problems in Community Corrections», en *Issues in Criminology*.  
 Matthews, R. (1987): «Descarcelación y control social: Fantasías y realidades», en *Poder y Control*, n.º 3.  
 Scull, A. (1982): «Community corrections: Panacea, Progress or Pretense», en Abel, R. (ed.) *The Politics of Informal Justice*. Academic Press: Nuew York.

## NOTICARIO

### **“EL DEBATE SOBRE LA DESPENALIZACION DE LA DROGA” Curso de verano de la Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida (Julio de 1990).**

Los problemas que causan el tráfico y el consumo de drogas sobre la salud individual y el desenvolvimiento en general de la sociedad son de todos conocidos.

Para la prevención de dichos problemas se debate actualmente en torno a dos líneas de actuación:

I. La línea político-penal, que propone combatir el tráfico y consumo de drogas adoptando medidas represivas (cada vez más graves). Destacan dos vertientes en esta línea:

- Penalización del tráfico de todas las drogas (como ocurre en España, de acuerdo con las recomendaciones de los organismos internacionales, tendentes progresivamente a una mayor represión) o sólo de las drogas duras (como es el caso de Holanda).
- Penalización incluso del consumo de drogas (como es el caso de Italia).

II. La línea político-criminal (no penal), que propone una despenalización del tráfico controlado de drogas siempre que no se atente contra la libertad individual o el orden socio-económico.

Ante el fracaso obtenido por la acentuación de la política represiva, cuyos últimos ejemplos son la Reforma del Código Penal Español de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas del mismo año, es necesario fomentar el debate en la sociedad española sobre las opciones indicadas, abandonando actitudes de descalificación hacia la alternativa despenalizadora. Esta ha sido la finalidad pretendida en las reuniones de expertos celebradas en Málaga y Barcelona, y últimamente en la Universidad de verano de Santa María de la Rábida, donde las diversas alternativas ante el problema de la droga fueron sometidas a una profunda discusión.

Se puede considerar que la opinión más generalizada entre los asistentes a este Curso, fue la de considerar al movimiento antiprohibicionista como el preferible ante la situación actual y siempre partiendo del respeto al principio de libertad, tan vulnerado con la política represiva de punición directa del tráfico e indirecta del consumo.

Los argumentos que se esgrimieron en el debate fueron:

I. A favor de una política prohibicionista:

a) Se planteó el interrogante de cómo mantener la liberalización para los adultos prohibiéndola, a la vez, para los menores (Arroyo Zapatero).

b) La despenalización de la droga, también en opinión del citado autor, daría lugar a un aumento no soportable del consumo sobre todo en jóvenes adictos a los opiáceos con efectos sumamente destructivos a nivel individual y social.

II. En contra, en favor de una política antiprohibicionista, se alegó:

a) La necesidad de los bancos de aceptar el dinero negro procedente del tráfico de estupefacientes, para evitar su estancamiento económico (Campo Vidal).

b) La paradoja que supone reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental —la cocaína en Colombia, Perú y Bolivia— mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última —el alcohol y el tabaco en España— (Hormazabal Malaree).

c) Que la Convención de 1988 viola masivamente los principios de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles (Diez Ripollés).

d) Que desde la perspectiva de la libertad individual, no debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos (Carmena Castrillo), aunque deban sancionarse los supuestos en los que el sujeto pasivo es un menor de edad, un incapaz o una persona con incapacidad de decisión disminuida o alterada.

e) El empeoramiento de las condiciones de habitabilidad de las prisiones por el aumento de la población reclusa procedente de la criminalidad vinculada al tráfico de drogas dificultando aún más la aplicación de la Ley General Penitenciaria (Mapelli Cafarena).

f) La necesaria adopción de una política de drogas no prohibicionista, es decir, de una política orientada a evitar los efectos secundarios de la criminalización, para centrarse en la lucha contra los efectos primarios —los derivados del propio consumo— implicando la adopción de una política asistencial radicalmente distinta de la actual (A. Baratta).

g) Que la existencia del problema de la drogodependencia es independiente de una política liberalizadora o no del tráfico y consumo de drogas, pues con la prohibición existe un margen de beneficios tan elevados que se produce, en realidad, una dependencia del dinero más que de la droga (M. Taradash).

Por todo ello resulta, sin duda, preciso que la sociedad tome conciencia de la necesidad urgente de llevar a cabo un análisis profundo y serio del tráfico de drogas y de las drogodependencias desde perspectivas alternativas a las actuales que permitan arrojar luz a estos fenóme-

nos que, por ahora, nos desbordan y desconciertan por la magnitud de sus consecuencias.

## RELACION DE ASISTENTES

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

BORJA MAPELLI CAFARENA, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

RICARDO LAGOS, Ministro de Educación de la República de Chile.

LUIS YAÑEZ, Delegado del Gobierno en Andalucía.

MANUEL CAMPO VIDAL, Periodista.

HERNAN HORMAZABAL MALAREE, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona.

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

MANUELA CARMENA CASTRILLO, Magistrada-Jueza de Vigilancia Penitenciaria de Madrid.

ANTONIO ESCOHOTADO, Escritor.

ALESSANDRO BARATTA, Catedrático de Sociología del Derecho.

ROSEMARY BARBERET, Criminóloga.

MARCO TARADASH, Diputado al Parlamento Europeo.

LUIS ARROYO ZAPATERO, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

ANTONIO FALCON, Comisionado del Plan Andaluz de Drogas.

M.ª DOLORES MACHADO RUIZ

## NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal: Doña Concepción Carmona, en la Universidad de Granada, Facultad de Derecho de Jaén.

Don Jesús María Silva Sánchez, en la Universidad del País Vasco.

Doña María Luisa Maqueda, en la Universidad de Granada, Facultad de Derecho de Almería.

# INDICE DEL TOMO III DE 1990

Págs.

## SECCION DOCTRINAL

<i>Estimación indirecta y delito fiscal</i> , por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Juan Carlos Ferré Olivé .....	793
<i>Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido</i> , por Miguel Díaz y García Conlledo .....	803
<i>Consideraciones en torno a la protección penal del Know-how</i> , por José R. Serrano-Piedecasas .....	859
<i>La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones</i> , por Carmen Juanatey Dorado .....	879

## CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Los elementos característicos del dolo</i> , por Winfried Hassemer .....	909
<i>Dolo de causar y causalidad putativa</i> , por Eberhard Struensee .....	933
<i>A favor de unos principios orientadores de legislación penal</i> , por Mireille Delmas-Marty .....	961

## SECCION LEGISLATIVA

<i>Legislación</i> .....	967
--------------------------	-----

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente</i> .....	979
--	-----

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig.— <i>La incompatibilidad del artículo 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas</i> , por David Felip i Saborit .....	999
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....	1027
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....	1043

## BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i> .....	1071
--------------------------------	------

## NOTICIARIO

<i>El debate sobre la despenalización de la droga</i> .....	1095
<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i> .....	1097

# INDICE

	<u>Págs.</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>Estimación indirecta y delito fiscal</i> , por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Juan Carlos Ferré Olivé .....	793
<i>Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido</i> , por Miguel Díaz y García Conilledó .....	803
<i>Consideraciones en torno a la protección penal del Know-how</i> , por José R. Serrano-Piedecasas .....	859
<i>La redención de penas por el trabajo. Una propuesta de reforma de los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones</i> , por Carmen Juanatey Dorado .....	879
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>Los elementos característicos del dolo</i> , por Winfried Hassemer .....	909
<i>Dolo de causar y causalidad putativa</i> , por Eberhard Struensee .....	933
<i>A favor de unos principios orientadores de legislación penal</i> , por Mireille Delmas-Marty .....	961
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<i>Legislación</i> .....	967
<b>CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO</b>	
<i>Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente</i> .....	979
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig.— <i>La incompatibilidad del artículo 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas</i> , por David Felip i Saborit .....	999
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....	1027
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....	1043
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	
<i>Revista de libros</i> .....	1071
<b>NOTICIARIO</b>	
<i>El debate sobre la despenalización de la droga</i> .....	1095
<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i> .....	1097

