

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIV  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMXCI

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

**ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

**CARLOS GARCIA VALDES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

*Redactor-Jefe:*

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.ª**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Secretario:*

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Extremadura

*Vicesecretario:*

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

*Consejo de Redacción:*

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

**JAVIER BOIX REIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del  
Tribunal Supremo

**JOSE CEREZO MIR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE PUMPIDO FERREIRO**

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALÓS**

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 PENA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

**ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ**

Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Sevilla

**HORACIO OLIVA GARCIA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ENRIQUE RUIZ VADILLO**

Presidente de la Sala Segunda  
del Tribunal Supremo

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**

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

**RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

**ANGEL TORIO LOPEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



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

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 5.000 ptas. Extranjero, 5.400 ptas.

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

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

## CORRESPONDENCIA

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

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIV  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMXCI

---

---

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

---

N.I.P.O.: 051-89-014-8

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

Depósito Legal: M. 126-1958.

---

---

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

## SECCION DOCTRINAL

### Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción (1)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

1. Una de las cuestiones que han merecido ser objeto de debate doctrinal con especial intensidad a lo largo de la moderna historia de la teoría del delito es la relativa a la autonomía sistemática de la categoría de la acción. En efecto, se ha discutido con frecuencia, y con singular empeño, si tiene sentido, a los efectos del Derecho penal, afirmar que un determinado proceso reviste carácter de “acción”, de modo separado del posterior análisis de la tipicidad (2). Una respuesta afirmativa a tal cuestión depende de que sea posible hallar un *concepto de acción* capaz de cumplir con las funciones atribuidas generalmente a la categoría. Estas son tres: una función *fundamental*, clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delito, capaz de englobarlos; una función sistemática, *de enlace*, que requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añadan a modo de concreciones; y, en fin, una función *negativa*, o de delimitación, me-

---

(1) En este trabajo retomo el hilo de *mi* artículo “La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1983”, publicado en ADPCP 1986, pp. 905-933, tratando de aportar nuevos argumentos en favor de mi tesis. Ello parece, además, necesario en el momento actual, en el que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en extender la consideración de actos reflejos a procesos que ni empíricamente ni, desde luego, en el plano normativo muestran una estructura de ausencia de acción.

(2) Cfr. la descripción de JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, AT 4. ed., Berlín, 1988, p. 196 (= Tratado de Derecho penal (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 290-291); también, por ejemplo, HIRSCH, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981), pp. 831-863, pp. 844 y ss.

dante la cual queden excluidos *a priori* aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal (3). Los autores que han ido elaborando los sucesivos conceptos de acción de la moderna dogmática del Derecho penal (causalista naturalista, finalista, social, negativo, etc.) han tratado, entre otras cosas, de dotarles de la capacidad de hacer frente a tales funciones. Sin embargo, no resulta difícil advertir el fracaso, hasta hoy, de tal pretensión (4). Así, no es de extrañar que un sector doctrinal inicie su examen del hecho sometiéndolo directamente a análisis desde la perspectiva de la categoría de la “tipicidad” o de la “acción típica” (5).

2. Esta última posición tiene en su favor el haber representado históricamente una reacción contra el proceso de desfiguración e hipertrofia del concepto de acción. En efecto, tradicionalmente esta categoría había venido constituyendo el lugar sistemático en el que de hecho se debatía la esencia de la antijuricidad (y, más en concreto, de la antiju-

---

(3) Sobre tales funciones, cfr. el trabajo clásico de ARMIN KAUFMANN, *Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht* (1962), recogido en su “Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge”, Köln, Berlín, Bonn, München, 1982, pp. 21-33, pp. 23 y ss. críticamente sobre la función fundamental, pp. 27 y ss. sobre la función de delimitación y pp. 28-29 sobre la función de enlace. Recientemente, ROXIN, *Il concetto di azione nei piu' recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca* (trad. Sergio Moccia), en “Studi in memoria di Giacomo Delitata”, III, Milano, 1984, pp. 2.087-2.114, pp. 2.087-2.088. De modo general, JESCHECK, *Lehrbuch*, 4. ed., p. 197 (Tratado, p. 291), descomponiendo la segunda de las tres funciones citadas en una “Definitions-funktion” (función de definición) y una “Verbindungsfunktion” (función de enlace).

(4) Un completo balance es el de ROXIN, en *Studi*, III, pp. 2.089-2.101, descartando que tanto el concepto naturalista (de Liszt, *Beling*, todavía hoy *Baumann*), como el finalista (de *Welzel*), el social (de *Jescheck*, *Engisch* o *Maihofer*) y el negativo (de *Herzberg* y *Behrendt*) puedan atender satisfactoriamente a tales funciones. Cfr. en la misma línea ya Armin KAUFMANN, en su *Strafrechtsdogmatik*, p. 29. Recientemente, BAUMANN, *Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?*, en “Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann”, Kln, 1989, pp. 181-188, en especial p. 186.

(5) Así ya RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en “Festgabe fr R. v. Frank zum 70. Geburtstag”, I, Tübingen, 1930, pp. 158-173, pp. 161-162, extrayendo las conclusiones de su trabajo de 1904, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Reimpr. Darmstadt, 1967, p. 143; GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (trad. Córdoba Roda), Barcelona, 1959, pp. 22-23; KAUFMANN, ARMIN, en su *Strafrechtsdogmatik*, p. 28; ROXIN, *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en sus “Problemas básicos del Derecho penal” (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 84-128, pp. 95 y 115; KAUFMANN, ARMIN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en “Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag”, Berlín, 1974, pp. 393-414, pp. 394-396. Para la restante doctrina alemana que sigue este punto de vista, probablemente dominante, cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4. ed., p. 196, nota 1. En España, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal PG*, Madrid, 1984, pp. 91 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal PG. Teoría jurídica del delito*, 2. ed., Madrid, 1986, pp. 41 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español PG*, 3. ed., Barcelona, 1989, pp. 187 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal PG*, 3. ed., Valencia, 1990, pp. 286, 345, etc. Describiendo, ahora críticamente, este punto de vista, ROXIN, *Studi*, III, p. 2.103.

ricidad de los delitos comisivos). Sólo desde este prisma puede entenderse el alcance de la discusión entre los conceptos causal, final y social de acción, en la que lo cuestionado era más bien qué esencia le correspondía al tipo de injusto (6). Sin embargo, una vez alcanzada la convicción de que el de acción no es el concepto fundamental del sistema, también es cierto que el mismo tiene una serie de funciones específicas que, con autonomía o no, ha de cumplir y que, según entiendo, no se resuelven mejor mediante su inclusión como problemas de la categoría de la tipicidad (7). En efecto, no cabe duda de que hay, al menos, dos cuestiones que revisten el carácter de factor común a los diferentes modos de realización típica: la primera de ellas, y esencial a nuestro entender, la relativa a qué procesos son ya *a priori* inidóneos como objeto del juicio de imputación típica; y la segunda, derivada directamente de la anterior, en la que se obtiene cuál es el contenido de sentido genérico común a todos los procesos que sí son susceptibles de recibir el juicio de imputación típica (8). Es, desde luego, evidente que tales cuestiones (que afectan a las dos grandes funciones del concepto de acción) son de una considerable modestia, en comparación con aquéllas que históricamente han sido objeto del debate en el marco del concepto de acción (9). Pero ello no es sino producto de la adopción por parte

---

(6) KAUFMANN, ARMIN, en su *Strafrechtsdogmatik*, pp. 30-31: "Parece ser *communis opinio* que la elección del concepto de acción prejuzga la doctrina de la antijuricidad (...). Ciertamente, la moderna discusión de las teorías de la acción sólo se hace inteligible de modo completo con el telón de fondo de la doctrina del injusto"; EL MISMO, *Welzel-FS*, p. 395: "Así pues, es cierto, y en la actualidad apenas discutido, que el debate sobre el concepto de acción constituye, en realidad, una polémica en torno al concepto correcto de injusto".

(7) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht AT*, Berlín, 1983, p. 137, núm. marg. 67.

(8) Este punto de vista no me parece estar muy lejos de la propuesta de ARMIN KAUFMANN (cfr. *Strafrechtsdogmatik*, pp. 32-33), según el cual la acción constituiría la madera de la que se tallan los tipos de injusto o, dicho de modo menos metafórico, que la acción determinaría la posible estructura del objeto del juicio de antijuricidad. La diferencia entre su planteamiento y el que aquí expongo es que, a su juicio, tal función sólo pueden cumplirla doctrinas prejurídicas ontológicas de la acción (p. 33, aunque añade luego que "tal función del concepto de acción tiene como premisa una determinada función de la antijuricidad"), mientras que por mi parte estimo que un concepto de acción así configurado, con tales funciones, ha de obtenerse necesariamente a partir de la función de la norma penal. Por lo demás, aludiendo a los aspectos reseñados en el texto como característicos de su nuevo "*concepto personal de acción*" (acción como manifestación de personalidad), ROXIN, en *Studi*, III, pp. 2.104-2.105: acción es todo aquello que puede atribuirse a un hombre como centro de actos psicológicos-individuales, teniendo trascendencia exterior. Este concepto, si bien resulta de la exclusión de todo lo que normalmente se entiende que no es acción, resulta apto, según Roxin, para cumplir las funciones positivas propias de la categoría (p. 2.106). En una línea relativamente próxima, en España, MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 3. ed., Barcelona, 1990, p. 180.

(9) Cfr. sobre esto SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 130-131.

de la categoría de la acción de su verdadera función en el seno del sistema y, en concreto, dentro del macroconcepto de la antijuricidad (10).

Una vez asumida su auténtica dimensión, no existen, según creo, argumentos de peso contrarios al estudio autónomo de la concurrencia o no del carácter de acción en un determinado proceso. Por el contrario, razones de pureza analítica, entre otras, pueden aconsejar una separación del examen de las causas de ausencia de acción (comunes a todos los tipos) y de las causas de exclusión de la tipicidad (11). Estas no sólo tienen un fundamento claramente diverso del de aquéllas (la irrelevancia, cuantitativa o cualitativa, para el Derecho penal del concreto riesgo creado para el bien jurídico protegido) (12), sino que también, y sobre todo, se configuran de modo muy diferente en los diversos tipos o clases de tipos (13).

3. Según lo anterior, pues, el concepto de acción puede y debe cumplir, ante todo, una función negativa o de delimitación (14), y desempeñarla en términos “relativos” (15). Lo primero significa que es función esencial de esta categoría sistemática la de excluir *ab initio* de la consideración del Derecho penal aquellos procesos que son meramente *explicables* en términos causalistas naturalísticos y no, en cambio, *interpretables*, susceptibles de una atribución de sentido cualquiera (16). Esta “no interpretabilidad” los haría ya *a priori* inasequibles al juicio de tipicidad, que es, básicamente, un juicio de adscripción (de imputación), de atribución de un contenido de sentido concreto (el de la realización tí-

(10) Cfr. mi intento de depuración en SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 123 y ss.

(11) Así, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 128, nota 770.

(12) En las causas de ausencia de acción se trata, en cambio, de una irrelevancia estructural, esencial, del proceso en cuestión para el Derecho penal, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca del significado o contenido de tal proceso.

(13) Baste aludir al papel de la exigibilidad en el tipo de omisión o a la diversa configuración del riesgo permitido en los delitos imprudentes y en ciertos delitos dolosos (vgr. el caso del tirador inexperto). Cfr. sobre lo primero SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 300 y ss.; y sobre lo segundo MIR PUIG, PG, 3. ed., pp. 247-248.

(14) Así ya, por ejemplo, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 (Reimpr. Aalen, 1964), p. 17; GALLAS, *La teoría*, pp. 23-24. En los últimos decenios, se han mostrado especialmente críticos con la posibilidad de que un concepto de acción anterior a la tipicidad cumpla esta función KAUFMANN, ARMIN, en su *Strafrechtsdogmatik*, pp. 27-28; EL MISMO, *Welzel-FS*, P. 393, y OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?*, Bonn, 1973, pp. 179 y ss, especialmente pp. 183 y 184. La tesis de estos autores es que ninguno de los conceptos de acción puede cumplir la función de límite por dos razones: 1.) porque siempre se realizan otros movimientos mientras se sufre un reflejo o se está sometido a “vis absoluta”, y 2.) porque, de no existir un movimiento simultáneo calificable como acción, siempre es posible acudir a un movimiento anterior, al que imputar el resultado a título de dolo o imprudencia. A ambas objeciones cabe responder, sin embargo, desde el momento en que se sostiene que el concepto de acción cumple la función negativa en términos “relativos”.

(15) Cfr. sobre este extremo JAKOBS, AT, p. 121, núm. marg. 34, y 123, núm. marg. 39, además de la nota 88.

(16) Exponiendo detalladamente esto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 125-126.

pica de que se trate). Por ello, y como la otra cara de la misma moneda, el concepto de acción puede cumplir también una función positiva: la de expresar "procesos humanos" (*actiones humanae*), "interpretables" por el derecho, "capaces de sentido". Esta es la característica común a todos los hechos típicamente antijurídicos y culpables (17), la que, sistemáticamente, dispone la base para la concreta atribución de significado jurídico-penal en el nivel de la tipicidad (18). Lo segundo, por su parte —esto es, que la acción desempeña su función negativa en términos relativos— es algo evidente. Ciertamente, cabe que, en un mismo momento, tengan origen en un hombre diferentes procesos susceptibles de ser analizados a los efectos del Derecho penal. Pues bien, la afirmación o negación del carácter de acción ha de tener lugar de modo separado para cada uno de ellos. La conclusión podrá ser la de que ninguno de esos procesos reviste carácter de acción, o la de que alguno sí lo posee, en cuyo caso sólo respecto a éste cabrá analizar si realiza un tipo penal (19). Claro está que, en la práctica, ello puede tener lugar en el marco de una inversión de niveles. Esto es, cabe que se examine el "carácter de acción" sólo respecto a procesos de los que ya se conoce, al menos, que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico (20). Sin embargo, tal inversión en absoluto descalifica a la tesis del examen separado de las cuestiones relativas a la "acción" y a la "imputación típica".

4. En cualquier caso, y con independencia de la atribución o no al concepto de acción de una posición sistemática autónoma, resulta absolutamente común, en doctrina (21) y jurisprudencia (22), entender que son tres, básicamente, las causas que determinan que un proceso humano externo (23) no sea acción, para unos, o no sea típico por falta de

---

(17) Y, obviamente, a otros muchos hechos que no son antijurídicos.

(18) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 130-131.

(19) Cfr. sobre esto CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 3. edit., Madrid, 1985, pp. 276-277 y las referencias anterior a Jakobs.

(20) Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 130.

(21) Cfr. en España, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP, 1987, pp. 579-607, pp. 585-593; también, MIR PUIG, PG, 3. ed., pp. 200 y ss.; COBO/VIVES, PG, 3. ed., p. 346. En Alemania, por todos, JESCHECK, Lehrbuch, 4. ed., pp. 201-202 (*Tratado*, pp. 297 y ss.).

(22) Claramente, la STS de 15 de octubre de 1988 (A. 7928), ponente Sr. Bacigalupo Zapater: "La comisión de un hecho punible presupone por lo menos la existencia de una acción del autor. La doctrina y la jurisprudencia son, en este sentido, totalmente pecificas en lo referente a las causas que excluyen la acción y admiten que se dan los requisitos de este elemento cuando el autor ha obrado en un estado de inconsciencia total, bajo los efectos de una fuerza física irresistible o cuando el movimiento corporal es producto de un acto reflejo."

(23) Esto debe apuntarse, porque la acción falta también en los casos de hechos de animales o de personas jurídicas, así como en los pensamientos. En los dos primeros casos, porque no hay "personalidad" (sustancia psíquico-espiritual), y en el tercero, porque no hay "manifestación": cfr. ROXIN, en *Studi*, p. 2.109 (acción es *manifestación de personalidad*).

voluntariedad, para otros. Se trata de las tradicionalmente conocidas como “causas de exclusión de acción”: los actos reflejos, la inconsciencia y la *vis physica absoluta* (24). Lamentablemente, tal coincidencia en el plano de los conceptos generales no ha venido acompañada de una adecuada precisión de los límites de esas categorías con la “acción” en sentido jurídico-penal. Es éste un problema que, patente también en las otras dos causas, se hace especialmente evidente respecto a una serie de *actos* situados en la zona intermedia entre los “reflejos” y el “modelo ideal de conducta humana”: La doctrina habla aquí, en términos poco claros, de “actos en cortocircuito”, actos impulsivos, reacciones explosivas, movimientos automatizados, actos instintivos, reacciones primitivas, espontáneas, etc. Por mi parte, intenté en su día establecer algunos criterios materiales de distinción entre los movimientos reflejos y las demás categorías apuntadas. Ahora deseo reincidir sobre el tema, ciñéndome a los “actos instintivos” o “impulsivos” y aportando nuevos argumentos en contra de su asimilación a los reflejos y, en favor, por tanto, de su consideración como “acción”, eventualmente antijurídica.

5. Cualquier trabajo que se ocupe de un tema aparentemente tan desconectado de la realidad de los fenómenos delictivos ha de afrontar (y resolver) la objeción de que afecta a lo que en los países de lengua alemana se conoce como *Lehrbuchkriminalität* y en España se suelen denominar “casos de laboratorio” o “ejemplos de cátedra”. Baste para ello la alusión a algunos casos reales que cabe situar, de modo genérico, en es te círculo de cuestiones:

a) *STS de 23 de septiembre de 1983 (A. 4574), ponente Sr. García Miguel.*

Hechos: El procesado don José se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de sus convecinos don Luis y don Eladio. En un determinado momento, el citado don José se inclinó hacia adelante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a don Eladio, y con las piernas un poco separadas, “éste le agarró con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolido don José, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que don Eladio cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas”. Don Eladio quedó unos momentos inconscien-

---

(24) Me sirvo conscientemente de esta expresión para eludir aquí la polémica sobre la naturaleza de la eximente del artículo 8, 9. CP (fuerza irresistible). Por lo demás, sobre esto, en un trabajo que, pese a su título, se ciñe de hecho a la fuerza irresistible, cfr. GARCÍA VITORIA, *Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de la acción típica*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-homenaje al profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 531-546.

te, recuperándose aparentemente después. Sin embargo, falleció horas después, estimándose causa de la muerte "una contusión frontoparietal izquierda y hematoma apareinquitomatoso".

Calificación jurídica: La Audiencia Provincial de Tenerife condenó a don José a la pena de un año de prisión menor, como responsable de un delito de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad. El TS, sin embargo, casa tal sentencia y dicta, a su vez, otra de signo absolutorio. Ello, por estimar que el movimiento de don José constituye uno de los "llamados actos reflejos o acciones en 'corto circuito', como acontecc, entre otros, en los supuestos de reacciones instintivas ante el terror o el dolor" y, por tanto, no concurre aquí una acción en sentido jurídico-penal (25).

b) *Diario LA VANGUARDIA (Barcelona), 15 de agosto de 1986.*

"Francia: homicidio involuntario por broma de verano. París (Efe). La típica broma de verano de rociar con agua fría a un amigo cuando toma el sol acabó en tragedia en un camping de la localidad de Damgan, en el este de Francia. El suceso ocurrió el miércoles por la tarde. El drama se desarrolló cuando uno de los tres jóvenes que estaban pasando sus vacaciones en un camping de Damgan se levantó para beber agua. A su regreso, decidió gastar una broma a su amiga, por lo que se le acercó por detrás sin que ésta le viera y le roció la espalda con agua helada. La joven tenía un cuchillo en la mano y, en un acto reflejo (*sic*) lo lanzó hacia atrás, clavándose en el pecho del bromista y produciéndole la muerte instantáneamente."

c) *STS de 15 de julio de 1987 (A. 5535), ponente señor Moyna Ménguez.*

Hechos: "Se declara probado que sobre las 11 horas del día 23 de abril de 1983 cuando Luis A. S., director del Centro Penitenciario de cumplimiento de Cáceres, comunicó en su despacho al recluso Ramón P. L. (...) la concesión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de un permiso extraordinario de salida de la prisión custodiado por fuerzas de policía para asistir al entierro de su padre fallecido ese mismo día en Jódar (Jaén), influido por su personalidad psicopática hipertímica con reacciones de tipo explosivo, comenzó a gritar y se abalanzó sobre el director para pagarle, logrando su propósito y al interponerse los funcionarios de prisiones (...) golpeó y mordió a los tres primeros."

Calificación jurídica: Condenado en instancia por delito de atentado y falta de lesiones, concurriendo la eximente incompleta de enajenación mental, el TS le absuelve por estimar la eximente completa de trastorno mental transitorio. Se valora que el procesado "pertenece a la variedad de los hipertímicos o exaltados, individuos desapacibles, permanentemente irritados, destemplados,

---

(25) Cfr. el comentario a esta sentencia en mi trabajo citado en nota 1.

impulsivos, de violencia desproporcionada ante nimios impulsos, que transforman en acto cualquier tendencia (las llamadas reacciones en cortocircuito), sin ningún género de consideraciones hacia los demás en el orden social, ni siquiera hacia sí mismos”.

d) *STS de 15 de octubre de 1988 (A. 7928), ponente señor Bacigalupo Zapater.*

Hechos: El procesado Emilio M. A. acababa de tener un incidente por motivos de circulación con José María G. A., cruzándose insultos entre ambos. Posteriormente, y al detener éste su vehículo, el procesado estacionó el suyo detrás, tomando el desmontable del vehículo (aunque sin ánimo de utilizarlo) y dirigiéndose a José María, que se hallaba en el interior de su vehículo, para pedirle explicaciones sobre lo acaecido. En aquel momento, la esposa de José María, María Amparo G. A., se bajó del vehículo y “se dirigió hacia el procesado para que cesara en la discusión con su marido cogiéndole por el brazo, momento en el que el procesado, haciendo un movimiento instintivo por desasirse, la tiró al suelo”. Como consecuencia de la caída, María Amparo sufrió heridas en el tobillo derecho que tardaron en curar doscientos ochenta y seis días. Se declara probado, asimismo, que el procesado no tenía intención de causarle daño, que trató de asistirle y la acompañó a la residencia sanitaria.

Calificación jurídica: La sentencia entiende que se trata de un movimiento instintivo y que los “movimientos instintivos” en el sentido de la sentencia recurrida, tienen todas las características de los actos reflejos, pues en ellos se excluye toda participación consciente del sujeto agente. Consecuentemente, se afirma que en el presente caso no cabe admitir que el recurrente haya ejecutado una acción. Ello impediría ya plantear todas las demás cuestiones referentes a la imputación del resultado (infracción del deber de cuidado, relación de causalidad) que se requieren en el delito culposo y ello debe conducir a la absolución del procesado. No prosperan, pues, ni la acusación inicial por el delito de lesiones graves, ni la condena de la Audiencia por una falta de simple imprudencia del art. 586, 3.º CP (26).

6. Los casos anteriores (27) son suficientemente ilustrativos de los “real” de la problemática que nos ocupa. La calificación jurisprudencial, por su parte, resulta expresiva de una tendencia a identificar los actos *instintivos* o en *cortocircuito* con los actos reflejos y, en consecuencia, a

---

(26) Precepto derogado. La correspondiente falta imprudente se regula en la actualidad en el art. 586 bis.

(27) Cfr. casos de la jurisprudencia argentina en JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, 3. ed. actualizada, Buenos Aires, 1965, pp. 726 y 727-728; casos de la jurisprudencia alemana en SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, pp. 909 y 911.

estimar que también en aquéllos se excluye el carácter de acción del hecho realizado. En cambio, en lo que hace a una *reacción explosiva*, sí se aprecia por el TS la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal, procediéndose a negar meramente la imputabilidad. Tal punto de vista jurisprudencial es merecedor de crítica en un doble sentido. Así, desde una perspectiva intrasistemática, por su incoherencia. Incoherencia, al establecer calificaciones diversas para las reacciones explosivas y los actos en cortocircuito, cuando, según todos los indicios, unas y otras pertenecen al mismo género de situaciones: el de las reacciones primitivas (28), mereciendo por ello un trato similar. Pero incoherencia también, porque no se concibe que se niegue el carácter de acción en procesos en los que —como se verá—, puede detectarse una conducción final, aun elemental, como los de los casos a), b) y d) (que constituyen movimientos impulsivos/instintivos de defensa), y se afirme, en cambio, en el siguiente supuesto:

“... se caracteriza por las crisis convulsivas o paroxísticas, durante las cuales se producen la caída, las convulsiones, las mordeduras en la lengua, el hongo de espuma en la boca, la palidez extrema seguida de cianosis facial, la midriasis, unas veces, y otras, la miosis, la expulsión involuntaria de la orina y, a veces, de heces fecales, y, finalmente, la pérdida de conocimiento, con el olvido posterior de todo lo sucedido...”. (*STS 27 de marzo de 1989, Repertorio La Ley -9.878, ponente Sr. Vivas Marzal, Fundamento de Derecho 4.º*)

Y, sin embargo, en efecto, en tal situación, que corresponde a la descripción de un ataque epiléptico, tan sólo se aprecia una “total y absoluta inimputabilidad” del agente (*Fundamento de Derecho 5.º* de la citada sentencia), dándose por supuesto que concurren “acciones” u “omisiones punibles” (29). Constatada así, sucintamente, la incoherencia de las calificaciones jurisprudenciales, también merece crítica, ahora desde una perspectiva extrasistemática, la equiparación que efectúa entre ac-

---

(28) Cfr., las abundantes pruebas procedentes del ámbito de la psicología y de la psiquiatría forense en el sentido de distinguir, de modo básico, entre *Persönlichkeitsreaktionen* (reacciones de la personalidad), de las que surgiría el prototipo de acción voluntaria, y *Primitivreaktionen* (reacciones primitivas), en SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, pp. 914 y ss.

(29) La referida sentencia podría ser una buena ocasión para que, criticándola, buena parte de la doctrina española revisara su propia calificación tradicional de la epilepsia como causa de inimputabilidad, que no parece aceptable si no va acompañada de distinciones entre diversas fases. Correctamente, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., pp. 278, 292, indicando que no son acción los movimientos corporales de quien sufre una taque epiléptico. En Alemania, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, en su *Strafrechtsdogmatik*, pp. 27-28, o ROXIN, en *Studi*, III, p. 2110, aluden claramente a que las convulsiones de un epiléptico no son constitutivas de acción.

tos reflejos y actos instintivos. Algo que, como veremos a continuación, la separa abiertamente de la concepción dominante, con razón, en la doctrina española y extranjera.

7. En la actualidad puede estimarse ya clásica la tesis que entiende que los actos impulsivos, instintivos o “en cortocircuito” no son actos reflejos y que, en consecuencia, se da en ellos una acción en sentido jurídico-penal (30). Así, se apunta que en los referidos actos instintivos se da *voluntariedad* (*Octavio de Toledo/Huerta*), *dirección* de la acción extrema (*Cerezo Mir*), un *querer primitivo* que participa en el proceso genético del movimiento corporal (*Mezger, Rodríguez Devesa*), una *posibilidad de inhibición* (*Bettiol*), etc., lo que no sucede en los movimientos reflejos, de naturaleza meramente fisiológica y subcortical. Sin embargo, tal argumentación tiende a resolver conjuntamente dos cuestiones que, a mi juicio, merecerían un tratamiento separado: la primera, la de si los actos instintivos son actos reflejos; la segunda, la relativa a si, excluido su carácter de actos reflejos, cabe todavía encuadrarlos en otra “causa de ausencia de acción” (la inconsciencia, por ejemplo). La primera cuestión debe responderse claramente en sentido negativo. En efecto, el reflejo aparece caracterizado, por un lado, por su *reproducibilidad y provocabilidad* y, por otro, y esto es lo esencial, por su *independencia de la efectividad* (31). Lo primero alude a la vinculación mecánica de estímulo y reacción, característica de los actos reflejos, que determina que, siempre que se reproduzca el estímulo (en un sujeto con unas condiciones fisiológicas dadas), tendrá lugar asimismo la respuesta corporal, con independencia de las circunstancias concomitantes. Lo segundo, por su parte, se refiere a que en el reflejo está ausente toda manifestación caracterológica, toda expresión “individual”, de modo que ante cierto estímulo, la reacción fisiológica tiene lugar con independencia de la constitución de la personalidad. De aquí se desprende precisamente que los actos reflejos no sean acción, pues ésta, siguiendo a *Roxin*, pue-

---

(30) Cfr. ya claramente MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, I (2. ed., revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz), Madrid, 1946, pp. 212-213; BETTIOL, *Diritto penale PG*, Palermo 1945, p. 154; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, III, 3. ed., p. 691. En España, más recientemente, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, PG, vol. 1.º, 17. ed. (por Camargo), pp. 334-335, nota 6; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 8. ed., Madrid, 1981, p. 478; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG\*, Madrid, 1978, p. 232; CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., pp. 278-279; MIR PUIG, PG, 3. ed., p. 207; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG., p. 43. En Alemania, por todos, LENCKNER, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 23. ed., München, 1988, n.º marg. 40, previo a los §§ 13 y ss.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, tomo 1.º 7. ed., Heidelberg, 1987, p. 189; OTTO, *Grundkurs Strafrecht AT*, 3. ed., Berlin, 1988, p. 112.

(31) Sobre estas características, más detalladamente, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, p. 910; cfr. también, GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1987, p. 588: los reflejos no son acciones porque “frente a un determinado estímulo el movimiento reflejo aparece necesariamente condicionado” o porque “no es físicamente posible actuar de otra manera”.

de entenderse precisamente como "manifestación de personalidad". Las reacciones impulsivas, en cambio, sí suelen ser expresión de una determinada personalidad. En efecto, en este tipo de situaciones se advierte una diversidad de reacciones ante el mismo estímulo que se halla en función de lo agresiva, medrosa, etc., que sea la concreta persona afectada (ataques de ira, reacciones de pánico, manifestaciones explosivas de la sexualidad (32)). Son, como apuntan *Bettiol/Pettoello Mantovani* (33) "actos espontáneos, casi fatales, en los que la respuesta a la estimulación periférica viene determinada por la organización del ser y la constitución hereditaria". En definitiva, pues, en los reflejos nos hallamos ante un proceso directa e inmediatamente fisiológico (y, en esta medida, general) como se deriva de su carácter subcortical (en virtud del llamado "arco reflejo"). En los actos en cortocircuito, en cambio, se produce una mediación de la personalidad (de lo puramente individual), aun cuando se trate de algunas de las capas más profundas de ésta. De ahí que los reflejos no constituyan siquiera la reacción más próxima, estructuralmente hablando, a las reacciones impulsivas. La mayor similitud cabría encontrarla en ciertas reacciones mecanizadas o automatizadas que, en la práctica, vendrían a ser como reacciones impulsivas no innatas, sino "aprendidas". Así, si en los impulsos propiamente dichos lo esencial es un factor innato, que crea un programa de reacciones en los niveles inferiores de la consciencia, en los automatismos cabe advertir, en la primera fase, un momento de decisión que, por el efecto del apredizaje, va mecanizándose y desplazándose a los referidos niveles inferiores (34). Unos y otros se distinguen claramente de los reflejos, debiendo analizarse, hasta cierto punto, de modo conjunto su inclusión o no en el concepto jurídico-penal de acción (35).

---

(32) Cfr. CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., p. 278.

(33) BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, PG, 12. ed., Padova, 1986, p. 279.

(34) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, p. 925, nota 77. Asimismo, WEINSCHENK, *Entschluß zur Tat/Schuldfähigkeit/Resozialisierung/Prävention*, Königstein/Ts, 1981, pp. 97 y ss., 102, 169 y ss. Por lo demás, sobre los automatismos en general, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, p. 925 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1987, pp. 585-586, entendiendo también que se trata de acciones.

(35) De todos modos, que la distinción entre reflejos e impulsos sea clara en un plano general no impide que se den algunas dificultades a la hora de ubicar un concreto proceso en una de las dos categorías. Históricamente, es esto lo que le sucedió a Mezger con el caso de la llamada "instinktive Abwehr in der Schrecksekunde" (expresión traducida por Rodríguez Mourullo, que sigue al autor alemán, como "movimiento instintivo de defensa en el momento de sobresalto"). Ambos autores (MEZGER, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. ed. —ed. Jagusch/Mezger—, Berlín, 1957, II 6, a 3 bb) previo al §51; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG\*, p. 231) incluyen estas situaciones entre los actos reflejos, excluyendo su carácter de acción (sobre ello SCHIEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 26). A mi juicio la solución ha de ser distinta, pues la mera referencia al temor (sobresalto) hace pensar en un elemento no fisiológico, sino de personalidad. Otra cosa, que merece un análisis independiente, es si esa mediación de la per-

8. Excluido que los movimientos impulsivos o “instintivos” puedan encuadrarse entre los actos reflejos, todavía no puede afirmarse de modo concluyente que sean “acción”. Es preciso, además, descartar asimismo que dichos movimientos puedan incluirse en otra de las “causas de ausencia de acción”. En otras palabras, conviene dilucidar si la “mediación de la personalidad” que se detecta en estos movimientos es suficiente para calificarlos de acción o no. Ello puede hacerse desde una perspectiva puramente ontológica (o *pretendidamente* ontológica). Tal es el proceder, por ejemplo, de *Stratenwerth*, quien acaba concluyendo que los actos en cortocircuito, al igual que los automatismos, son acciones, dado que en los mismos se da una “conducción inconsciente” (36). Sin embargo, su propuesta no resulta convincente. Por un lado, amplía la cabida del concepto de acción mucho más allá de lo que permite la noción de finalidad, de la que él mismo parte; ciertamente, en la conducción inconsciente no parecen darse ni por asomo los elementos característicos del “ejercicio de actividad final” (37). Por otro lado, tampoco se justifica suficientemente tal ampliación desde perspectivas “extra-ontológicas”, con lo que la misma, además de incoherente, resulta, en buena medida, arbitraria (38). Con todo, el caso de *Stratenwerth* no es excepcional. Similares dificultades han de afrontar los defensores de otras tesis en torno al concepto de acción, pues éstas, elaboradas sobre la base del modelo ideal de acción humana, hallan no pocos problemas para englobar estos casos límite. Por todo ello, parece mucho más explicativa (y, consiguientemente, más útil y acertada) la concepción que parte de considerar que finalidad, voluntariedad y consciencia no son conceptos alternativos, sino tipológicos (39). Esto es, en otras palabras, que no existe una frontera, una marca clara, un salto cualitativo a partir del cual pueda afirmarse su concurrencia, negándola para los supuestos situados más abajo, sino que, más bien, se da una línea continua ascendente. A este respecto, ha podido señalarse que una finalidad incipiente existe incluso en los actos reflejos, en los que se constatan en ocasiones fenómenos de “adaptación regulativa” (40). Así las cosas, la cuestión no es ya cuando hay voluntariedad, finalidad, consciencia, sino más bien qué grado de las mismas se precisa para afirmar la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal. La decisión variará según que

---

sonalidad resulta o no suficiente para incluir tales procesos entre las acciones. Pero, de todos modos, parece posible excluir su naturaleza de reflejos (en tal sentido LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., núm. marg. 40, previo a los §§13 y ss.).

(36) STRATENWERTH. *Unbewußte Finalität?*, en “Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín, 1974, pp. 289-305, pp. 301-302.

(37) Cfr. la exposición de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlín, 1969, p. 34: anticipación del fin, elección de los medios, consideración de las consecuencias accesorias...

(38) Cfr., además, las críticas de CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., p. 279, nota 91.

(39) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 59.

(40) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 68.

se tome como punto de partida el modelo ideal (reflexivo) de acción humana, excluyendo la acción tan pronto como desaparece alguno de los rasgos propios del mismo (41); o que se parta del extremo contrario, afirmandose la concurrencia de una acción desde el momento en que se detecta algún indicio de los elementos característicos de la misma (42). La adopción de uno u otro punto de vista variará, naturalmente, según los enfoques de las diversas ciencias. Aquí, pues, no se trata de concluir de modo absoluto(-ontológico) si los actos impulsivos o en cortocircuito son acciones, sino, más modestamente, de si la decisión sobre los límites del concepto de acción —adoptada desde una perspectiva jurídico-penal— los deja dentro o fuera de aquél (43). Tal decisión reviste naturaleza normativa: no aparece en la forma de un juicio descriptivo, empírico, sino adscriptivo, de imputación (44). Criterio rector de un juicio de adscripción así configurado es la función del concepto de acción en el seno del sistema de la teoría del delito, en general, y en la categoría de la antijuricidad, en particular.

9. En el seno del sistema, el nivel de la acción cumple la función de establecer las condiciones mínimas de los tipos de injusto, señalando qué procesos es posible prohibir por ser asimismo posible dirigirlos en otro sentido mediante la motivación normativa. Esto significa que nos hallamos ante una acción en sentido jurídico-penal desde el momento en que no se puede descartar la posibilidad de una incidencia de las directrices de las normas sobre el hecho. Tales consideraciones muestran cómo, pese a que la decisión sobre el concepto de acción tiene un tenor normativo, tampoco puede prescindirse de la materia ontológica (45). Esta, como ya se ha apuntado en alguna otra ocasión, opera produciendo una suerte de "vinculación negativa": no decide, por supuesto, qué es acción, pero sí deja claro qué es lo que no puede serlo en absoluto; en otras palabras, establece el marco en el que ha de tener lugar la decisión normativa (46). Presupuesto ontológico de la atribución del carácter de acción a los actos impulsivos es la existencia de una posibilidad *actual* de inhibición por vía *interna, motivatoria*, del impulso (por re-

---

(41) Algo así es perceptible en la Jurisprudencia española.

(42) Sobre ambas posturas, SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 68 y ss.

(43) Planteando el tema como problemático, y sin pronunciarse, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español*, II. El hecho punible, Madrid, 1985, p. 42.

(44) Sobre la forma en que se configura el "juicio de acción" (como juicio de imputación de la cualidad de acción a un proceso) es fundamental el trabajo de HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, 1976, pp. 5 y ss. Por mi parte, he desarrollado la línea apuntada en el texto en SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 124 y ss. Otra vía es la seguida por GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1987, pp. 583 y ss., 604 y ss.

(45) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 58 y 59, quien cita al propio Mezger en el sentido de sentar diferencia entre acción y no-acción ha de fijarse jurídicamente, si bien en términos "adecuados a la materia".

(46) Cfr. sobre esta orientación metodológica SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 15-16 y autores allí citados.

mota que ésta sea). Si la posibilidad no fuera actual, sino previa, entonces podríamos encontrarnos ante una estructura de *actio libera in causa*; ésta, sin embargo, no convertiría al proceso examinado en acción, sino que, simplemente, afirmaría (en los términos de la doctrina dominante) la existencia de una acción en un momento anterior, acción a la que podría conectarse (dados los demás requisitos) un hecho antijurídico y culpable. Por otro lado, si la inhibición no pudiera tener lugar por vía interna, sino sólo por vía externa (desarrollando un movimiento corporal de signo contrario al impulso), tampoco merecería el calificativo de acción el impulso en sí, sino ese otro movimiento corporal de contención (cuya no realización podría ser constitutiva —dados los demás requisitos— de una realización típica omisiva).

10. Esta “vinculación negativa” de la materia puede poner freno a algún exceso *funcionalista*. Así, por ejemplo, al que, a mi juicio, tiene lugar en las consecuencias que *Schünemann* extrae de su concepto de acción como “movimiento corporal dominable”. En efecto, según entiende este autor, tal concepto permitiría incluir en el concepto jurídico-penal de acción algunos actos reflejos, concretamente los que resultan “dominables” (47). Y, sin embargo, tal conclusión, con independencia de que pueda responder a un malentendido en relación con la estructura de esas situaciones (48), resulta vetada por la propia materia ontológica, según la cual los reflejos son básicamente causales (49) y, por ello, en sí mismos inaccesibles a la motivación. En los actos impulsivos o en cortocircuito las cosas son diferentes. Ello porque, como ya hemos indicado, en los mismos, pese a la rapidez y a la reducción del nivel de consciencia, se abandona claramente el nivel de las meras reacciones causales-fisiológicas para entrarse en las capas (por profundas que éstas sean) de la personalidad (50). La personalidad es, sin embargo, el ámbito de la motivación. Así, si, al fin y al cabo, los actos impulsivos resultan ser el producto de una motivación (que, con exclusión de las representaciones contrarias, se plasma en acción) cabe pensar con fundamento en la eventual eficacia (por remota que sea la posibilidad) de una “contramotivación” normativa que el sujeto podría actualizar en el mo-

---

(47) SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 1, Teil, Tatbestands- und Unrechtslehre, GA, 1985, pp. 341-380, p. 346-347; JAKOBS, *Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, 1983, pp. 21-32, p. 26, parece incurrir en lo mismo al apuntar que “lo evitable describe el objeto de las normas”, pues también los resultados de algunos reflejos son evitables. Sin embargo, la concreción de esta noción en su *Strafrecht*, AT, Berlín, 1983, p. 122, núm. marg. 37, despeja toda duda, al distinguir entre lo que puede evitarse por vía externa e interna.

(48) Cfr. mi crítica en SILVA SÁNCHEZ, *Revista de revistas*, ADPCP, 1987, pp. 537-548, p. 538-539.

(49) La “adaptación regulativa” no es más que una anécdota dentro del carácter esencialmente causal de los mismos.

(50) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 47.

mento del impulso. Y si una contramotivación es posible, entonces estos actos son acciones. A tal conclusión sólo podría oponerse la afirmación tajante de que es del todo imposible una inhibición actual por vía interna de los impulsos o tendencias instintivas. Pero son pocos quienes esto sostienen; y, paradójicamente, aun éstos afirman el carácter de acción de los “actos en cortocircuito” (51).

11. La conclusión relativa a la inclusión de los actos impulsivos o en cortocircuito en el concepto jurídico-penal de acción no puede combatirse apelando a lo insatisfactorio de sus consecuencias político-criminales. En efecto, difícilmente pueden advertirse repercusiones negativas. Tal inclusión no supone perjuicio alguno en cuanto a una atribución de responsabilidad al sujeto: el nivel sistemático de la acción no constituye sino el primero de los “filtros” con que la teoría del delito contempla cualquier proceso pretendidamente lesivo de bienes jurídicos; de modo que los inconvenientes derivados de una supuesta “ampliación” en este primer nivel pueden corregirse en los sucesivos (52). Pero es que, además, otras consecuencias —intrasistemáticas— que tendrían lugar en el caso de que el impulso (que hemos caracterizado como acción) se estimara asimismo típico y no justificado, no sólo no resultan negativas, sino decididamente positivas. Así, la posibilidad de reaccionar en *legítima defensa* frente al impulso, o la de imponer *medidas de seguridad* al sujeto que realiza el acto impulsivo, o la de obtener un pronunciamiento de *responsabilidad civil* en favor del perjudicado por el hecho impulsivo en el propio proceso penal, resultan del todo satisfactorias y, más bien, constituyen nuevos argumentos en favor de considerar a los actos impulsivos “acciones” a los efectos del Derecho penal. Su inclusión entre las “causas de ausencia de acción” vetaría, en cambio, la incidencia de las tres instituciones mencionadas que, sin duda, se muestran como elementos que contribuyen de modo decisivo a la razonable solución del conflicto suscitado. A continuación, se expondrá brevemente como tiene lugar todo ello.

a) Pese a no ser unánime (53), sí parece posible calificar de “dominante” a la tesis de que sólo cabe reaccionar en legítima defensa contra hechos constitutivos de “acción”, dado que únicamente éstos pueden estimarse propiamente “agresiones” y llegar a ser “ilegítimos” (antijurídicos) (54). Eso significa que no cabe legítima defensa contra actos

---

(51) Cfr. por ejemplo MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. Córdoba Roda), Barcelona, 1962, I, p. 215, quien, pese a entender que “el agente carece de la posibilidad de movilizar contramotivaciones inhibitorias del comportamiento”, concluye que hay acción.

(52) Así, SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 76.

(53) Sobre el sector doctrinal que admite legítima defensa frente a “agresiones” en ausencia de acción, cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, pp. 141-142, citando a numerosos autores, desde *Binding* y *von Bar* hasta *Baumann* y *Welzel*.

(54) Así, LUZÓN PEÑA, *Aspectos*, pp. 142 y ss.

reflejos y que, del mismo modo, no cabría contra los actos en cortocircuito si los mismos se estimaran incursos en las “causas de ausencia de acción”. En el caso de los actos reflejos, la solución es comprensible: el sujeto activo parece tan ajeno al proceso agresivo como quien lo sufre; de ahí que resulte lógico someter cualquier reacción “defensiva” que se produzca, recayendo sobre el individuo de cuyo cuerpo partió el reflejo, al principio de proporcionalidad, es decir, a las reglas del estado de necesidad (55). En los actos impulsivos, no obstante, y sin caer en una argumentación circular (56), las cosas parecen algo diferentes. En efecto, resulta muy difícil no advertir una “agresión” en un hecho lesivo que tiene su origen en un “modo de ser” (es “manifestación de personalidad”), aunque se trate de algo innato, y que, en esa medida, no es ajeno a la individualidad (como sucede en los reflejos), sino que constituye una expresión directa de la misma. Por ello, en el reflejo el sujeto pasivo no tiene por qué sentirse “negado”, “agraviado”. En cambio, tal agravio, tal negación de la propia personalidad por la del otro, tal “injuria” se hace patente en el caso de los impulsos (de modo potencial, pues es preciso que los mismos resulten típicos y que no les ampare ninguna causa de justificación). Precisamente por todo ello, no parece adecuado someter la reacción que eventualmente se produzca a la limitación estricta del principio de proporcionalidad. Pero además debe añadirse que la enorme rapidez de los impulsos exige una velocidad asimismo excepcional en la reacción, de manera que un sometimiento de la misma al estricto principio de proporcionalidad (difícil de respetar en situaciones de urgencia en la respuesta) implicaría su práctico bloqueo. En conclusión, pues, todo hace pensar en lo ajustado de permitir una reacción en legítima defensa (57).

b) Si hay algo que a lo largo de esta exposición debe haber quedado claro, esto es la existencia de un cierto consenso entre los especialistas en cuanto a que las reacciones impulsivas son producto de una determinada configuración de la personalidad. Una personalidad que,

---

(55) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, ADPCP, 1982, pp. 663-690, p. 673. Ya antes, LUZÓN PEÑA, *Aspectos*, pp. 147-148. Hay que señalar que a Luzón Peña la solución del estado de necesidad le parece insuficiente para estos casos, por lo que en su día propugnó la regulación en nuestro Derecho de la institución del “estado de necesidad defensivo” (228 BGB, Código civil alemán), que permite la causación de un mal mayor, aunque no desproporcionadamente mayor, que el que amenaza (*Aspectos*, p. 148 y nota 99). Con posterioridad, Luzón ha pasado a entender que tal regulación legal no es imprescindible, resultando posible una aplicación del “estado de necesidad defensivo” como eximente suprallegal por analogía con la legítima defensa y el estado de necesidad (cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en “Comentarios a la legislación penal” (Cobo, Dir.), tomo V, vol. 1.º, Madrid, 1985, pp. 223-270, p. 232).

(56) Que consistiría en alegar que debe caber la legítima defensa contra ellos porque son acciones, y que son acciones porque es preciso que se pueda reaccionar frente a ellos en legítima defensa.

(57) Con las restricciones debidas en atención a la peculiaridad de la agresión.

en ocasiones, por su excesiva agresividad, por ejemplo, cabe calificar cumplidamente de peligrosa, lo que haría conveniente que se le pudieran aplicar *medidas de seguridad* o corrección. Ahora bien, las medidas de seguridad exigen, según convicción doctrinal asentada (58), además de la peligrosidad del sujeto, la previa comisión por el mismo de un hecho calificado por la ley como delito (en el sentido de hecho penalmente antijurídico), lo que presupone necesariamente que dicho sujeto haya realizado una acción. Si los actos en cortocircuito no se estimaran acciones, quedaría excluida *ab initio* la posibilidad de calificarlos como hechos antijurídicos y, por tanto, de aplicarles una medida de seguridad a los sujetos que los realizan. Y, sin embargo, dicha aplicación puede constituir un mecanismo importante de la solución del conflicto (por ejemplo, en términos de prevención-integración) y de la prevención especial de hechos futuros del mismo tenor. Lo más satisfactorio sería, pues, estimar que en estos supuestos hay acción y desplazar el análisis del carácter "impulsivo" del hecho al nivel sistemático de la culpabilidad (59).

c) Tan importante como las dos cuestiones anteriores es la relativa a la responsabilidad civil derivada de delito. Ella pone de relieve cómo la tesis que niega la concurrencia de una acción en los hechos impulsivos, que no resulta dogmáticamente convincente, tampoco es correcta desde la óptica de una jurisprudencia de intereses atenta a la resolución puntual y equitativa de los conflictos sociales. Dicha postura pone de relieve un desprecio por la situación jurídica de la víctima, sujeto pasivo o mero perjudicado por el hecho en cortocircuito, que, una vez sufrido el daño, para obtener una indemnización se vería obligado a presentar la correspondiente demanda civil e incoar un nuevo proceso largo y costoso (psíquica y económicamente). En efecto, como es sabido, constituye una de las peculiaridades de nuestro proceso penal (60) que el juez

---

(58) Que, por este motivo, se muestra crítica en extremo con las medidas de seguridad predelictuales. Sobre el tema, desde perspectivas constitucionales, cfr. STC 27, noviembre de 1985, 14 de febrero de 1986 o 19 de febrero de 1987. Recientemente MORALES PRATS-GARCÍA ALBERO, *Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la Ley de Religiosidad y Rehabilitación Social?*, en la Ley n.º 2697, 8 de marzo de 1881, pp. 1-6.

(59) Hay que señalar que estas consideraciones sobre la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los autores de "actos en cortocircuito" se realizan en un plano teórico-general, sin ceñirnos a la situación que se da en el Derecho español vigente. En éste, en efecto, y partiendo de una eventual ubicación de los "actos en cortocircuito" en el transcurso mental transitorio (lo que habrá que analizar más adelante) no resulta posible una imposición en medidas, pues éstas se hallan previstas tan sólo para el caso del enajenado, cuya concurrencia en estos casos no parece probable (cfr. art. 8, 1.º, párr. II y ss., CP). Vid., en cambio, en el Derecho alemán, la regulación de las medidas en el §63 StGB y su acogida de todos los supuestos de inimputabilidad del §20 StGB, incluida la "tiefgreifende Bewußtseinsstörung", en la que se incluyen los casos de "Affekt", entre los que suelen contarse (por la doctrina alemana) los que aquí nos ocupan.

(60) Que no se da del mismo modo en Alemania, por ejemplo, donde el "Adhäsionsverfahren" sigue estando hasta hoy prácticamente inutilizado, aunque la *OpferschutzG*,

que dicta sentencia se pronuncie en la misma asimismo sobre la cantidad que corresponde entregar a la víctima a título de responsabilidad civil derivada de delito. Ello sucede en las sentencias condenatorias, naturalmente siempre que quepa advertir un perjuicio susceptible de ser indemnizado, y también puede tener lugar en sentencias absolutorias. Sin embargo, en estas últimas sólo en los supuestos establecidos en el artículo 20 CP; es decir, siempre que el fundamento de la exención de responsabilidad criminal sea la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la alteración de la percepción, la minoría de edad, el estado de necesidad o el miedo insuperable del autor. En el caso de que la sentencia absolutoria dictada por el juez tenga distinto fundamento, no podrá incluir un pronunciamiento de responsabilidad civil y la víctima que desee obtener un resarcimiento habrá de interponer la correspondiente demanda civil. Algo que sucederá inevitablemente en el caso de los actos en cortocircuito si el Tribunal penal estima que en ellos falta la acción. Afortunadamente, es jurisprudencia unánime la que entiende que las sentencias absolutorias dictadas en la jurisdicción penal, con la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, no vinculan a los Tribunales de la jurisdicción civil ni prejuzgan la valoración que de los hechos puedan hacer éstos (61). Apuntado lo anterior, también hay que señalar que la exigencia de que el hecho causante del daño —y fuente de la responsabilidad civil— revista carácter de “acción” es común en la doctrina civilista relativa a la responsabilidad civil extracontractual (62). Dicho concepto de acción del Derecho civil de daños, que excluye los actos reflejos como posible base de un ilícito civil extracontractual (63), abarca, sin embargo, los automatismos (64) y los movimientos impulsivos de defensa (65). Así, es de espe-

---

de 18 de diciembre de 1986, trata de potenciarlo. Cfr. sobre esto ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20. ed., München, 1987, pp. 392 y ss.

(61) Así ya STS de 5 de marzo de 1956; 9 de febrero de 1960; 14 de diciembre de 1962; 12 de mayo de 1981; 30 de diciembre de 1981 (A. 5357), ponente Sr. De la Vega Benayas; 1 de julio de 1983 (A. 4066), ponente Sr. Pérez Gimeno; 7 de noviembre de 1985 (A. 5515), ponente Sr. Sánchez Jáuregui, y 2 de noviembre de 1987 (Rep. La Ley-8166), ponente Sr. Serena Velloso; todas ellas de la Sala 1.

(62) Cfr. ya la primera edición de SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1970, p. 22 (también la 4. ed., Madrid, 1986, p. 26); DEUTSCH, *Haftungsrecht*, I, Allgemeine Lehren, Köln, 1976, p. 120; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 7. ed., Berlín, 1985, pp. 712-713; HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1985, p. 254. También en el Derecho anglosajón: cfr. CLERK & LINDSELL, *On Torts*, 15. ed., London, 1982, capít. 1.º, núm. 68, que asimismo cita el “act” como elemento general del “wrongdoing”. En la jurisprudencia española, cfr., por ejemplo, STS (Sala 1.) de 25 de enero de 1984 (A. 383), ponente Sr. Fernández Martín-Granizo.

(63) DEUTSCH, *Haftungsrecht*, P. 122.

(64) SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, 1. ed., p. 22, nota 19.

(65) Cfr. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, p. 122, y su referencia al caso en que un individuo, en el marco general de una discusión en un baile de máscaras, le toca a otro el brazo por

rar que un Tribunal civil que hubiera de afrontar la resolución de un caso como los citados más arriba lo hiciera apreciando un ilícito civil y condenando a su autor a la correspondiente indemnización. La cuestión es, entonces, si no habría sido más sencillo que el Tribunal penal adoptara la solución que, teniendo en cuenta al autor y su circunstancia para no sancionarle, también atiende a la víctima y a su interés en un resarcimiento del daño lo más rápido y menos costoso posible. En otras palabras, si no debería optarse por la solución dogmática que, además de ser teóricamente satisfactoria, también resulta serlo en el plano práctico, al posibilitar una atención a las dos partes del conflicto: concretamente, la de analizar la trascendencia de los actos impulsivos en el nivel sistemático de la culpabilidad.

12. La idea de que los actos en cortocircuito constituyen un problema, en definitiva, de culpabilidad ha sido mencionado ya por diversos autores (66), aunque sin explicitar demasiado las razones de tal propuesta ni los términos en que se concreta. Procede, pues, profundizar algo más en la misma. Sin embargo, antes conviene efectuar alguna otra puntualización. En efecto, de la afirmación de que los actos impulsivos son acción no se desprende sin más su traslado —como problema— al ámbito sistemático de la culpabilidad. Antes debe probarse que realizan un tipo (en lo objetivo y en lo subjetivo) y que no están justificados. Ahora bien, las relativas a la realización de la parte objetiva de un tipo y a la justificación son cuestiones, a mi entender, generales y que, como tales, no se ven afectadas por el carácter de "cortocircuito" del hecho (67). En cambio, sí merece probablemente discutirse, en el plano del tipo subjetivo, y desde luego se ha discutido de modo específico, si en los actos impulsivos cabe hablar de dolo o se trata siempre de hechos, a lo sumo, imprudentes. La cuestión no es, ciertamente, la de si hay dolo en relación con el hecho más grave efectivamente producido, cosa dudosa y, en todo caso, a decidir en particular para cada supuesto, sino la de si cabe apreciar en estos actos la existencia de "algún" dolo típico, esto es, de dolo en relación con algún tipo penal.

13. Como es sabido, el dolo se define como "conocer (a lo que tradicionalmente se viene añadiendo el 'querer') la realización de un tipo penal" (68). Ahora bien, sentado esto como primera premisa, también

---

detrás, y éste golpea hacia atrás con el puño de modo que el primero recibe un impacto en el ojo que obliga a su extirpación.

(66) Cfr., a modo de ejemplo, MEZGER, *Tratado*, I, 2. ed., pp. 213-214; MAURACH, *Tratado*, I, p. 215: la atribuibilidad; SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 30.

(67) A lo sumo podrían plantearse algunas cuestiones en cuanto a la previsibilidad del resultado efectivamente producido, pero que, en fin, no afectan a la cuestión de la tipicidad genérica, sino a la de qué tipo concreto se imputa.

(68) Cfr. §16 StGB. Sostienen convincentemente la concepción cognoscitiva del dolo, que comparto, aunque no puedo entrar aquí en su defensa: JAKOBS, AT, p. 214, núm. marg. 8; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, 1983, pp. 425 y ss.; FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, pp. 255 y ss.; entre otros.

es comúnmente aceptado que el elemento cognoscitivo (al igual que el volitivo o emocional, para quienes admiten su inclusión en el dolo) puede mostrar muy diversos niveles de intensidad (69), siendo, por tanto, susceptible de una graduación. Sobre este tema existe ya hace tiempo un significativo debate científico que se ocupa de las formas menos intensas de conocimiento actual de los elementos típicos, habiéndose desarrollado concepciones de tanta relevancia como la del “*Mitbewußtsein*”, de *Platzgummer* o la del “*sachgedankliches Tatbewußtsein*”, de *Schmidhäuser* que tienen por objeto aspectos distintos del problema (70). Así pues, la cuestión es aquí, por un lado, determinar qué base psíquica debe concurrir como mínimo para que quepa imputar la existencia de dolo (71); y, por otro lado, analizar si ese mínimo requerido puede darse en los supuestos de actos en cortocircuito. Un planteamiento de las cosas en estos términos parece que se resiste a soluciones categóricas. De ahí que resulte algo simplista la postura de *Schewe*, quien, pese a afirmar que en estos casos es más que dudoso que el sujeto se haya representado algo, entiende que hay dolo por constatarse una “finalidad externa”, una dirección externa del proceso (72). Pero también lo es, en el otro extremo, la de *Stratenwerth*, quien insiste en la necesidad de que el sujeto tenga una conciencia de la realización típica (aunque sea marginal, señala) pero no ofrece vía alguna para que la misma pueda concurrir en estos casos (73). Lo cierto es que, a partir del fundamento de la sanción por delito doloso, se concluye razonablemente que el contenido mínimo del dolo se halla en una rápida representación del objeto en imágenes (esto es, “*sachgedanklich*” (74) sin necesidad de que tal aprehensión se procese a través del lenguaje (“*sprachgedanklich*”) (75). Pues bien, una mínima representación de esta índole sí parece posible que tenga lugar en los actos en cortocircuito. En éstos, a

(69) Cfr. por todos CRAMER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., §15, núm. marg. 60.

(70) Una muy buena exposición del estado de la cuestión en este punto se halla en OTTO, *Grundkurs*, 3. ed., pp. 82 y ss. Últimamente de modo crítico, FRISH W., *Vorsatz und Mitbewußtsein — Strukturen des Vorsatzes*, en *Gedächtnis schrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 311-350.

(71) El concepto de dolo es un concepto funcional: así, FRISCH. W., *Vorsatz und Risiko*, pássim. Creo, pues, que el dolo no se constata, que su afirmación no se produce en un juicio empírico, ontológico, sino que se imputa a una realidad psicológica dada, en general conocida de modo solamente indirecto o indiciario. Por su parte, el TS (en STS de 3 de febrero de 1987, por ejemplo) ha señalado que “la afirmación o negación del dolo es un juicio de valor plenamente revisable en casación”.

(72) Pese a que no vaya acompañada de una “vivencia subjetiva interna”: SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 90 y ss.; EL MISMO, *Wille und Freiheit- juristisch und medizinisch-psychologische Aspekte*, en Gerschow (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, 1983, pp. 1-19, pp. 8-9.

(73) STRATENWERTH, *Welzel-FS*, pp. 304-305.

(74) Sobre el sentido de esta expresión, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, Studienbuch, 1. ed., Tbingen, 1982, capit. 7, núms. marg. 65-66.

(75) Cfr. FRISCH. W., *Vorsatz*, pp. 176, 190-191; JAKOBS. AT, p. 216, núm. marg. 13.

diferencia de las reacciones explosivas puras, se considera que no suele producirse una "descarga motriz elemental inmediata", sino "una construcción con sentido de estímulo-reacción, una acción ya relativamente ordenada y dirigida a fin", por mucho que resulte acrítica y no guarde relación con las restantes formas de comportamiento del autor (76). En efecto, en tales movimientos suelen poderse advertir estructuras de agresión, defensa (desproporcionada), retorsión, etc., que muestran una significativa orientación de la violencia hacia el objeto: el cuerpo de otra persona, por ejemplo. Todo ello permite posiblemente hablar de que en los mismos pueda darse un hecho doloso (77). Ahora bien, asimismo debe dejarse abierta la posibilidad de que en algún caso falte la propia representación de la creación de un riesgo y, con ello, el dolo (78).

14. En todo caso, ya quepa hablar de una tipicidad dolosa, ya de una culposa, los actos en cortocircuito superan este nivel sistemático (79) y afrontan, como antes apuntábamos, la cuestión de si en los mismos hay culpabilidad. Que la problemática de tales actos se resuelva aquí tiene en parte que ver con la gran relación existente entre teoría de la acción y teoría de la culpabilidad (80). La acción —señalábamos al principio— requiere "motivabilidad" del sujeto, esto es, posibilidad de incidencia de las normas en la génesis del hecho (pues si falta esto, el hecho no puede ser prohibido). La culpabilidad, en cambio, es, según entendemos, "capacidad de motivación normal" (81). Y si bien en los actos en cortocircuito parece existir una posibilidad de motivación, también parece obvio que la misma no es "normal". En ellos, en efecto, no cabe hablar de "normalidad motivacional", porque resultan innegables las interferencias que, en el momento del impulso, han de soportar las directivas de las normas primarias para hacerse presentes y prevalecer en la motivación del sujeto. Sentado esto, el paso siguiente es ubicar tales supuestos en una causa concreta de exclusión de la culpabilidad, o, más atinadamente, de inimputabilidad. Sin embargo, el acto impulsivo puede tener un diverso origen en el plano biológico-psiquiátrico, lo que habría de conducir a pensar en diferentes posibilidades de encuadramiento sistemático del mismo en el ámbito de la inimputabilidad (82).

---

(76) Cfr. WITTER, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Berlín, 1970, p. 117.

(77) Otra cosa es —debe insistirse— que quepa imputar a título de dolo el resultado concretamente producido.

(78) Sobre esta posibilidad, FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, p. 209.

(79) Naturalmente, debe reiterarse que este juicio puede resultar matizado en función de las circunstancias específicas de un caso; así, por ejemplo, el comentado por mí en ADPCP, 1986. Cfr. concretamente pp. 931 y ss.

(80) Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, II, pp. 42-43.

(81) MIR PUIG, PG, 3. ed., pp. 586 y ss.

(82) Cfr., sobre las posibles situaciones patológicas, WEIL, F., *Irresistible Impulse: Psychiatric Viewpoint*, en "Medicine and Law" 1989 (8), pp. 463-469, especialmente pp. 465-466.

Con todo, resulta obvio que la “enajenación” (art. 8, 1.º, CP) no es la principal de ellas. En efecto, aunque cabe que el actuar impulsivo tenga como base una enfermedad mental en sentido estricto (psicosis, por ejemplo), no es desde luego lo más frecuente que en el origen del acto en cortocircuito se encuentre una tal enfermedad (83). Más frecuente puede ser quizá el caso de una psicopatía subyacente. Como apunta *Gómez Benítez*, los psicópatas impulsivos se caracterizan “por la facilidad con que llegan a caer en reacciones violentas, por su tendencia a las reacciones en cortocircuito” (84). Sin embargo, también es evidente que no siempre —en realidad, muy pocas veces— cabe advertir en el acto en cortocircuito una base caracterológica de esa naturaleza (85). De ahí que el lugar más adecuado para examinar en el plano de la culpabilidad la problemática planteada por los actos instintivos o impulsivos sea la exigente de trastorno mental transitorio (art. 8, 1.º segunda parte CP). Esta, en efecto, por un lado no exige un fondo patológico como requisito de la exención. Sin embargo, por otro lado, admite la posibilidad de su concurrencia (86), contemplando perfectamente en todo caso esa

---

(83) Cfr. WEIL, F., *Medicine and Law 1989* (8), p. 465, indicando claramente que, junto a los casos de enfermedad mental, el desorden en el control del impulso puede tener su origen en desórdenes mentales no atribuibles a psicosis, mencionando las conductas agresivas (explosivas) que presentan sujetos muy sensibles y medrosos, los casos de exhibicionismo compulsivo, así como la piromanía, cleptomanía o juego compulsivo. Un caso en el que es la enfermedad mental (neurosis) la que constituye el sustrato del acto impulsivo lo examina a STS de 14 de abril de 1989, ponente Sr. Moyna Ménguez (Rep. La Ley 9.853). En ella se analiza el comportamiento de un sujeto que realizó tocamientos a una niña, señalándose que “padece una neurosis sexual obsesiva que le impulsa a realizar tales actos con niños o niñas, sin llegar a la cópula, si bien en todo momento es conocedor de su desviación afectiva, impulso que disminuye sus mecanismos de autocontrol. Sólo a partir de fecha reciente se ha sometido a tratamiento médico”. La Sala le condena por abusos deshonestos con la exigente incompleta de enajenación mental; pero obsérvese que en el caso cabe apreciar una estructura de actio libera in causa (actio libera in omitendo), aunque su aplicación se vería condicionada por el carácter de propia mano del delito correspondiente. Sobre esta complicada cuestión no es posible obviamente entrar aquí.

(84) DI TULLIO, citado por GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría*, p. 467.

(85) Así, SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, pp. 12 y 15. Además, debe tenerse en cuenta que tradicionalmente la psicopatía no se ha estimado fundamento suficiente para una plena exención de responsabilidad criminal, dado su carácter de perturbación afectiva. Vid., sin embargo, ALONSO ALAMO, *Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 447-457, con su conclusión en p. 457, favorable a la inclusión del psicópata profundo entre los enajenados. Son muy importantes, en esta línea, sentencias del Tribunal Supremo como las de 22 de julio 1988 (ponente Sr. García Ancos) y 9 de diciembre de 1988 (ponente Sr. Vivas Marzal), en las que se va asentando una doctrina tendente a ver al psicópata como “enfermo mental” que en algunos casos puede ser plenamente inimputable.

(86) Cfr. STS de 18 de noviembre de 1986, 22 de octubre de 1987 (ponente Sr. Vivas Marzal) y 5 de abril de 1988 (ponente Sr. Jiménez Villarejo).

momentánea anormalidad motivacional que caracteriza a los actos que nos ocupan (87).

15. Una última cuestión es la de decidir en qué casos de los que nos ocupan procederá la aplicación de la eximente incompleta y en cuáles la incompleta (art. 9, 1.º) o incluso la atenuante de arrebató, obcecación u otros estados pasionales (art. 9.º 8.º) (88). A este respecto, parece compartible la tesis de *Gómez Benítez*, con significativo apoyo en la redacción legal, de que la atenuante debe quedar para casos de personalidades normales y reacciones proporcionadas al estímulo (89). En cambio, la eximente exigiría una base caracterológica anormal (de la naturaleza que sea) y una reacción desproporcionada. Una vez constatado esto, su apreciación como completa o incompleta se hallará, evidentemente, en función del grado de anormalidad alcanzado en cuanto a la capacidad de motivación (90).

---

(87) En Alemania dicho lugar viene constituido por la "tiefgreifende Bewußtseinsströng" del §20 StGB. Este precepto contempla, junto a los hechos que aquí especialmente interesan, como casos límite con la ausencia de acción, también —y sobre todo— los hechos propiamente emocionales, en los que una persona, en principio sana, pasa a encontrarse, por diversas vivencias o una cierta predisposición, en una situación "afectiva" excepcional. Así, por ejemplo, los casos de "Affekt", caracterizados por la existencia de un conflicto-base, a lo largo del cual el sujeto va perdiendo progresivamente la capacidad de dominio, hasta el estallido que a veces tiene lugar de modo casual. Cfr. al respecto KRÜMPELMANN, *Motivation und Handlung im Affekt*, Welzel-FS, pp. 327-341, pp. 334, 338; sobre los problemas que se dan, también LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., §20, núm. marg. 15.

(88) Como reitera recientemente la STS de 9 de julio de 1990, ponente Sr. Ruiz Vardillo (Rep. La Ley 13.225-R), el límite superior de la atenuante de arrebató u obcecación (art. 9.8 CP) lo constituye el trastorno mental transitorio completo o incompleto, mientras que el límite inferior se integra por el simple acaloramiento característico de la dinámica comisiva de ciertas infracciones o por el leve aturdimiento que acompaña a otras.

(89) Art. 9, 8.º CP. "... obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad".

(90) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 468-469. Naturalmente, tal exención no obsta a la posibilidad de una imputación en los términos de la doctrina de la "actio libera in causa" (por ejemplo, "actio libera in omittendo" imprudente), que, como antes se ha apuntado, habría que analizar detalladamente. Ciertamente, si el sujeto sabe que en ocasiones obra de modo tan "agresivo" o "sexualmente impulsivo", es lógico que deba adoptar medidas de precaución. Sobre todo ello, KRÜMPELMANN, *Welzel-FS*, p. 341; LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., §20, núm. marg. 15.



# Exigibilidad y derecho a no declararse culpable

M.<sup>a</sup> LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada

*“La Ley se hace para el ciudadano común, con su concepto primario de conservación de sí mismo.”*

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V. pp. 185-186

## I

Tradicionalmente, la idea de exigibilidad ha aparecido vinculada en el pensamiento penal con la necesidad de establecer los límites de la sujeción del individuo al cumplimiento de los mandatos normativos.

Cuando este concepto se incorpora al ámbito de la teoría jurídica del delito, con las primeras manifestaciones de una culpabilidad normativa (1) —y, precisamente, para servir el fundamento material a la misma (2)—, iba a ser el criterio del poder la medida de exigencia de los deberes jurídicos-penales. “La exigibilidad, afirmaba GOLDSCHMIDT, es un deber ... que presupone siempre un poder”, que existe “en el cuanto hay *dominio sobre el hecho* ... o sea, imputabilidad, significado conocido o cognoscible (esto es, dolo o culpa) y motivación normal” (3).

Este último elemento de la normal motivabilidad, que había sido concebido ya por FRANK “como límite inmanente a la norma jurídica

---

(1) *Vid.* ampliamente, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974, pp. 143 ss.

(2) “La exigibilidad, afirmaba GOLDSCHMIDT, encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad”, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de M. de Goldschmidt y R.C. Núñez, Buenos Aires, 1943, p. 24. Críticamente, ROXIN, “*Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales*”, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. y notas de Muñoz Conde, Madrid, 1981, pp. 59 ss.

(3) *La concepción normativa...*, cit., pp. 23 y 24.

como norma de determinación” (4), a partir de su propuesta inicial de integrar, en la culpabilidad el examen de la normalidad de las circunstancias concurrentes en el hecho (5), resultaba decisivo, de otra parte, en esta construcción. Y no sólo ya en cuanto módulo del poder del sujeto (6) sino, significativamente, además, en palabras del propio GOLDSCHMIDT, “como fuente real de las normas de autoconservación, cuya consideración lleva a la limitación de la exigibilidad y, por consiguiente, de la reprochabilidad” (7), a través del reconocimiento de causas de exculpación. Se trataba de ponderar la intensidad psíquica de los motivos, en unas circunstancias dadas, para llegar a determinar si los que conducían a la oposición a la norma eran tan sólidos que no podía operar frente a ellos, como contramotivo, el deber de su obediencia (8). Sólo entonces podría negarse el “poder” del autor de actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Pero esa decisión raras veces fue individualizadora ni se hizo depender de la capacidad psico-física del actuante. Someter la exigibilidad a una regla de medida ético-individual, que atendiera sólo a las cualidades y capacidades del autor concreto como propusiera FREUDENTHAL (9), se entendió que representaba “la impunidad del delincuente por convicción” (10), “el resblandecimiento del Derecho” (11), o, en fin,

---

(4) o “norma de deber” en la construcción de Goldschmidt, *La concepción normativa...*, cit., p. 26.

(5) *Vid.* la evolución de su pensamiento en GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, cit., pp. 4 ss. También, ampliamente, FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt, 1980, pp. 29 ss. SCARANO, *La non esigibilità del Diritto Penale*, Napoli, 1948, pp. 19 ss. SAINZ CANTERO, “El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de *no exigibilidad*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, AD<sup>P</sup> y CP.), 1960, pp. 426 ss.

(6) Particularmente, en Freudenthal. Cfr. ACHENBACH, *Historische...* cit., pp. 144-145, y, ampliamente, SAINZ CANTERO, “El desenvolvimiento...”, cit., pp. 438 ss. EL MISMO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, pp. 22 ss.

(7) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...* cit., p. 25

(8) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 33 ss., que caracteriza este planteamiento de “cognitivo” y “naturalístico” en cuanto que sustrae el concepto de exigibilidad a la libre decisión judicial (que sería el procedimiento “decisionístico”), para concretarlo con ayuda de criterios empíricos, tales como éste de la entidad de los motivos que han obrado sobre el actuante. Sobre este proceso de individualización a que se somete el juicio de culpabilidad, *vid.* ACHENBACH, *Historische...* cit., p. 146.

(9) Cfr. FRELLESEN, *die Zumutbarkeit...* cit., pp. 36 ss. Críticamente, sobre la confusión que esta perspectiva eticista propugnada por Freudenthal propicia entre culpabilidad jurídica y moral, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG., 2ª ed., Valencia, 1987, p. 480 nota nº 7. Ampliamente, también BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, pp. 31 ss, y 155 ss.

(10) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...* cit., p. 41.

(11) En opinión de Schumacher que se cuenta, además, entre los detractores del concepto de exigibilidad, cfr. SAINZ CANTERO, *La exigibilidad...* cit. pp. 28 y 29. Cfr. otras ci-

“un peligro para la certeza y el mantenimiento del orden jurídico (12). Prevalecería, pues, en la doctrina el criterio generalizador, que tomaba como referencia al ciudadano normal y que hacía depender la exculpación entonces no ya de criterios valorativos individuales sino de la existencia objetiva de unos motivos preponderantes en el autor o, por mejor decir, de unos motivos que el ordenamiento jurídico debía reconocer “como superiores al motivo del deber en relación al hombre medio” (13).

De esta forma, la exigibilidad de obediencia a la norma se desvincula del poder del concreto autor. Es “el poder de los otros” el que “se vuelve un deber para el autor” (14). Se valoran el instinto de conservación personal, el instinto de libertad... pero siempre en referencia al tipo general del hombre normal (15), que es quien se erige en criterio de afirmación y medida de la exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma.

Por otra parte, esa dependencia misma que se atribuía a la exigibilidad respecto de la idea de poder —aún del que se suponía al ciudadano medio—, iría haciéndose más ficticia en la medida que, por motivos de seguridad jurídica y de temor a la arbitrariedad judicial, se negó el recurso al examen del caso particular para encomendar la definición de los supuestos de inexigibilidad al legislador. Me refiero, en concreto, al abandono que experimentó la teoría de las causas supralegales de exculpación, que había nacido con la concepción normativa de la culpabilidad al amparo precisamente del criterio material de la exigibilidad y cuyo fundamento había sido el de “completar” las valoraciones de la ley positiva, ofreciendo soluciones al tratamiento de situaciones especiales que, supuestamente, habían escapado a la previsión legislativa por hallarse entonces fuera del campo de experiencia o de representación de quien legislara (16). ¿Cómo no reconocer, afirmaba JIMÉNEZ DE ASÚA, contrario a esta evolución, que *con independencia de los casos*

---

tas similares, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VI, Buenos Aires, 1962, p. 944.

(12) Cfr. SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad...* cit., p. 99. *Vid.* también MANTOVANI, *Diritto Penale*, PG., Padova, 1979, p. 271; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, PG., 2ª ed., Madrid., 1986, p. 373.

(13) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, cit., p. 38. Así, también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...* cit., VI, p. 985.

(14) Cfr. GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, cit., p. 41.

(15) Así, GOLDSCHMIDT, *La concepción...* cit., p. 39. Sobre este concepto, en relación a la exigibilidad, SAINZ CANTERO, *La exigibilidad...*, cit., pp. 103 ss. Lo que, como con razón señala QUINTERO OLIVARES, no deja de ser una ficción porque “buena parte de los delincuentes no son por definición *hombres medios y normales* y entonces medir lo exigible y lo no exigible en relación con un grupo humano teórico al que no pertenecen implica una igualación artificial e injusta”, *Introducción al Derecho Penal*, PG., Barcelona, 1981, p. 175.

(16) Así, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II, trad. por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946, p. 203. *Vid.* también, SAINZ CANTERO, *La exigibilidad...*, cit., p. 87.

*concretos expresamente establecidos por la Ley, si se prueba que no se puede exigir al agente otra conducta de acuerdo con el Derecho, es radicalmente imposible afirmar que existe culpabilidad, si esta es reproche y sólo se reprocha lo que puede ser exigido?* (17).

Y ciertamente, la afirmación de una necesaria relación de subordinación de las causas de inexigibilidad respecto de su regulación legal (18) habría de representar, en el plano real, su decisiva desvinculación de todo juicio acerca de la capacidad del autor, aún como “hombre normal”, de determinarse conforme al deber de obediencia impuesto por la norma. Reconocido entonces, según una valoración legislativa expresa, que determinadas situaciones son capaces de alterar un proceso de motivación normal por la presión psicológica que generalmente suponen para cualquiera, va a ser “el poder del término medio presumido por el Derecho”, como afirmara MAURACH (19), el que se pondera en este examen.

Explicablemente pues, las siguientes construcciones acerca de la exigibilidad —en particular, tras la segunda guerra mundial (20)— abandonarían ya todo intento de hacerla servir de fundamento material a la imputación de la culpabilidad (21) para pasar a convertirla en mero principio informador de las causas de exculpación. De esta forma, la inexigibilidad, como idea que intencionadamente quiere sugerir algo ajeno a la culpabilidad misma (22), acaba por prevalecer sobre la exigibilidad, y las decisiones sobre ésta, que habían tenido como marco de referencia el poder del autor de actuar de otro modo ... y con él, la posibilidad de un juicio de reproche personal, terminan por ser suplantadas por juicios basados en motivos de indulgencia. En estos casos, señala WESSELS,

---

(17) Como es fácil adivinar, este autor se declaraba partidario del reconocimiento de causas supraleales de exculpación: “Es urgente —decía— no abroquelarnos en el *positivismo legal* y no empeñarnos en hacer del Derecho una *lógica jurídica* sólo”, *Tratado...*, VI, cit., p. 984.

(18) *Vid.* por todos, MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, II, trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, pp. 51 ss. y JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, I, trad. y notas de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 686 ss. Con la matización que pudiera suponer un recurso excepcional a la analogía. *Vid.* SCARANO, *La non esigibilità...* cit., pp. 64 ss. y, en nuestro país, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG., Barcelona, 1984, pp. 389 ss. y 526. Relativizadamente, DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante, *CPCr.*), n.º 30, 1986, p. 655.

(19) *Tratado...*, cit., II, p. 35.

(20) Durante la etapa nacional-socialista se negaría este concepto (Schaffstein, Jobst, Sauerlandt...). Y es que todo lo que el mismo tenía de fundamento en una ética subjetivista y relativista tenía que hacerlo incompatible con la ideología característica de ese período, cfr. BARATTA, *Antinomie...*, cit., p. 47.

(21) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, pp. 61 ss. Describe con precisión e interés ese proceso LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*. Barcelona, 1990, pp. 159 ss. *Vid.* también ampliamente, SAINZ CANTERO, “El desenvolvimiento...”, cit., pp. 29 ss.

(22) Como señala SAINZ CANTERO recogiendo un pensamiento de Mittermaier, *La exigibilidad...* cit., p. 46. Así también, QUINTERO, *Introducción...*, cit., p. 177.

recogiendo un criterio enunciado inicialmente por WELZEL (23), “ya no se alcanza el límite inferior de la pena y el legislador, en vista de la motivación extraordinaria, renuncia a formular un reproche de culpabilidad, a saber, es *indulgente...*” (24).

No debe extrañar entonces que, desprovista la exculpación de una base material, se sumen a la fundamentación de la exclusión de la pena en su caso, otros argumentos que apuntan además a una disminución de injusto resultante de una valoración de los motivos del actuar: una disminución del injusto personal de la acción, afirma JESCHECK, “por el fin legítimo perseguido por el autor (salvación de un peligro...)” y del injusto del resultado del hecho, que “se rebaja en la medida del valor correspondiente al bien que el autor salva o protege” (25).

Unos y otros argumentos serían, pues, los que llevarían a prescindir de la pena en el caso concreto, bien por entenderse que político-criminalmente resulta aconsejable en esas circunstancias no pronunciar el reproche de culpabilidad “pese a permanecer el desvalor ético del hecho”, como parece sostener la opinión dominante alemana (26), bien porque replanteada la cuestión de su naturaleza jurídica, prefiera atribuirse a esas causas de inexigibilidad la de elementos integrantes de una categoría intermedia de la teoría jurídica del delito, entre el injusto y la culpabilidad, que sería la “responsabilidad por el hecho” (27), o bien, más específicamente, la de criterios excluyentes del “reproche de lo injusto”, como propone FREY (28), dado el carácter generalizador y objetivo del juicio con que se opera en ellas. Como afirmara MAURACH, “aquí ... lo exigible y lo no exigible al término medio se define tan sólo conforme a pretensiones estereotipadas que, por su misma esencia, no pueden tomar en consideración la capacidad individual del autor concreto” (29).

(23) *Derecho Penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, 11 ed., Santiago de Chile, 1976, pp. 248-249. *Vid.* también HIRSCH, *Strafgesetzbuch, LK*, vor paragr. 32 Rn. 184; STRATENWERTH, *Derecho Penal, PG.*, trad. de G. Romero, Madrid, 1982, p. 190.

(24) *Derecho Penal. PG.*, Buenos Aires, 1980, p. 120.

(25) *Tratado...*, cit., I, pp. 656-657. También, WESSELS, *Derecho Penal*, cit. p. 120; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 190. En nuestro país, CEREZO MIR, “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 92 ss. *Vid.* críticamente CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Madrid, 1984, pp. 197 ss.

(26) Por todos, JESCHECK, *Tratado...*, cit., I, p. 656. Críticamente, con razón, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 525-526. De la misma opinión, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., p. 363.

(27) Esta categoría, ideada inicialmente por MAURACH —*Tratado...*, cit., II, pp. 34 ss.— es seguida hoy en nuestro país, en forma matizadamente diferente, por BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal Español*, II, Madrid, 1985, p. 89 ss. y LAURENZO, *El aborto...*, cit., pp. 319 ss.

(28) Siguiendo a Maihofer, *Die Zumutbarkeit im Strafrecht*, 1961, pp. 8, 52, 116 ss.

(29) *Tratado...*, cit., II, p. 35. También FREY afirma que “en la medida de cualquier hombre hay definida una cuestión de injusto no de culpabilidad...”, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 8 *Vid.*, asimismo, BACIGALUPO, *Principios...*, cit. p. 90. A similares conclusiones lle-

Es en este contexto teórico, de progresiva depauperación del concepto de exigibilidad, donde debe situarse la sugestiva tesis de HENKEL orientada a potenciar su significación en el área total del Derecho y, en particular, en el ámbito de la teoría jurídica del delito, como principio regulador de las categorías jurídico penales de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Si, como parece, el principio de exigibilidad se muestra inapropiado para dotar de contenido normativo al juicio de culpabilidad, representa sin embargo, en su opinión, un irrenunciable criterio para la individualización del Derecho, que puede resultar operativo en toda aplicación de inseguros límites donde no es posible una determinación material del alcance de los deberes jurídicos más que bajo la toma en consideración de todas las circunstancias del caso particular (30). Desde esta perspectiva, la exigibilidad se configura como “principio regulador de delimitación del deber” (31).

En su calidad de “principio regulador”, la exigibilidad no tendría un contenido valorativo ni llevaría consigo regla alguna de valoración que pudiera anticipar la decisión judicial del caso concreto. No hay, pues, criterios normativos de exigibilidad en la construcción de HENKEL. La norma de valoración judicial deberá desarrollarse, entonces, sobre la base de “una concreta decisión de vida”. Por ello, sólo son determinantes las especiales y diferentes características del hecho real (32).

En el ejercicio de esta tarea de individualización, que se concibe orientada hacia la realización en la práctica de la justicia material —de “justicia individualizadora” habla HENKEL (33)—, el aplicador deberá valorar la inconfundible particularidad del caso, en la totalidad de sus elementos singulares, para alcanzar a partir de un juicio intuitivo la decisión más apropiada (34). Una operación que se manifestaría, de otra parte, especialmente útil en el área de la teoría jurídica del delito, cuando se hace necesaria una concreción de los inseguros límites de establecimiento o exigencia de los deberes jurídicos-penales: esto es, cuando la determinación de contenido de los tipos penales o la fijación de los contornos del deber —sea éste de acción, de omisión o de toleran-

---

gan en nuestro país COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, si bien en relación a lo que consideran debiera ser el entendimiento de la exigibilidad por parte de quienes propugnan un concepto “objetivo” de lo injusto, a partir de una perspectiva finalista, *Derecho Penal*, cit., p. 474. Relativiza, con razón, estos planteamientos, CÓRDOBA RODA en *Notas al Tratado de Maurach*, cit., pp. 39 ss. *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., p. 374.

(30) Cfr. HENKEL, “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip”, *Festschrift für E. Mezger*, München/Berlin, 1954, pp. 267 ss.

(31) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 64.

(32) *Vid.* HENKEL, “Zumutbarkeit...”, cit., p. 303.

(33) “Zumutbarkeit...”, cit., p. 309.

(34) Cfr. ampliamente FRELLESEN en su complejo análisis de la obra de Henkel, *Die Zumutbarkeit...* cit., en particular, pp. 68 ss.

cia ...— requieran de un corrector o complemento de la ley sobre la base de una valoración judicial individualizadora o bien, cuando esa necesidad se evidencie en la culpabilidad, para la delimitación del poder de exigencia de aquel deber (35).

Sólo los criterios de determinación de lo exigible variarán entonces, teniendo en cuenta el carácter objetivo o personal de juicio en que se sustenta cada una de esas categorías del delito: objetivo o general en el injusto, por referencia no al deber de un autor determinado sino al de cualquiera situado en las mismas circunstancias; y, subjetivo o personal en la culpabilidad, según las cualidades y capacidades del concreto autor, aunque de acuerdo con la valoración que merezcan al ordenamiento jurídico, no al propio interesado ni al juez que aplica el Derecho. En este terreno se produce una tensa y complicada relación entre deber y poder, entre norma y personalidad, cuyo esclarecimiento correspondería ya al intérprete (36). En definitiva, de su acierto y buen sentido se va a hacer depender la justicia de la decisión.

Y ello es precisamente, lo que constituye, a juicio de sus críticos, el principal —y decisivo— inconveniente de la tesis de HENKEL. Pues, como resume FRELLESEN, “la intuitiva valoración de todas las circunstancias de un caso particular no significa otra cosa que una decisión arbitraria” (37). Un criterio de solución que se crea y se aplica para la individualidad de un caso, añade el autor, presupone la unidad e irre-

---

(35) *Vid.* HENKEL, “Zumutbarkeit...”, p. 305. Como deber, contemplado desde el punto de vista del “poder de su exigencia”, en la culpabilidad es definida la exigibilidad por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 480, n. 2.

(36) *Cfr.* HENKEL, “Zumutbarkeit...”, cit., pp. 306 ss. *Vid.* también, pero desde una perspectiva más compleja que busca adaptar el concepto de exigibilidad a los criterios característicos de cada una de las categorías de la teoría jurídica del delito donde se emplee, ROXIN, “Culpabilidad...”, cit., p. 75. Acogen, en nuestro país, un planteamiento similar en la valoración de la idea de exigibilidad, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, Valencia, 1989, p. 149; PAREDES CASTAÑÓN, “Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad”, *Poder Judicial*, marzo, 1989, n° 13, pp. 123 ss. *Vid.* en esa misma línea, CÓRDOBA RODA y su anánilis, muy interesante, de supuestos concretos en el área de la justificación, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, pp. 246-247; 265 ss.; 279-280; 306 y 353. En particular, respecto de las indicaciones del aborto, como causa de exclusión de la antijuricidad y la forma de operar en ellas la exigibilidad, *vid.* por todos, LUZON PEÑA, “Indicaciones y causas de justificación en el aborto”, *CPCr.*, n° 36, 1988, pp. 634 ss., pp. 649, 652, 658, 660... Críticamente, respecto de este planteamiento, DíEZ RIPOLLÉS, “El artículo 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica”, *La reforma del delito de aborto, Comentarios a la Legislación Penal*, IX, Madrid, 1989, pp. 113 ss. que, sin embargo, parece admitir finalmente la posibilidad de configurar la exigibilidad como límite en la justificación, p. 114, *if.*

(37) *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 84. Porque además, añade FRELLESEN, la detallada consideración de la individualidad del caso, como lo pretende Henkel, es imposible en la valoración jurídica. Pues sólo interesan determinados aspectos (cualitativos o cuantitativos) dependiendo de la finalidad planteada, por lo que será ineludible la necesidad de reglas que permitan una diferenciación entre las circunstancias relevantes o irrelevantes del caso particular, pp. 74 ss.

petibilidad del hecho y, con ello, su incapacidad de generalización que es, de otra parte, condición elemental de un tratamiento igualitario como el que reclama la vigencia de un Estado de Derecho (38). El respeto a los principios que lo sustentan, en particular el de seguridad jurídica, reclamaría entonces el sometimiento de las decisiones sobre exigibilidad a una guía reglada, conforme a presupuestos normativos determinados con carácter previo e independiente del caso concreto (39). Por lo que habría que encontrar primeramente *la norma* que contuviera una declaración de contenido sobre la que elaborar los presupuestos de la exigibilidad antes de poder subsumir bajo ella el caso particular (40).

Este planteamiento, que eleva a una cuestión “cognitiva” —y no “decisionística” o discrecional— la elaboración del juicio acerca de si se cumplen los presupuestos normativos para la coacción estatal en el supuesto concreto (41) resulta, en términos generales, correcto. En efecto, parece que cualquier pretensión de hacer avanzar hoy la discusión acerca de la exigibilidad, en la línea sugerida por HENKEL, esto es, como *principio general delimitador de deberes*, pasa por reivindicar su remisión a un ámbito normativo para que sirva de referencia a la valoración judicial del caso concreto, o aún, a la valoración legislativa de ciertas materias (42). Y ese ámbito normativo del que hacer partir

---

(38) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 79, que, abundando en lo anterior, afirma que deben establecerse reglas generales que determinen los aspectos especiales del caso individual que son jurídicamente relevantes. Sólo así resulta posible identificar una circunstancia de la vida como “un caso” jurídicamente relevante y cumplir el mandato de tratamiento igual, que es condición además de la “capacidad de fundamentación de las decisiones jurídicas”: En efecto, siendo la exigibilidad un concepto indeterminado, las premisas de decisión tienen que ser completadas con reglas dogmáticas de aplicación (pp. 80-81). El desarrollo de “una dogmática diferenciada de exigibilidad” en la forma enunciada por Lüderssen, añade FRELLESEN, es función de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia —también constitucional— cuando el legislador renuncia a una concreción de las exigencias ajustadas al caso particular (p. 89).

(39) Lo que resulta un factor decisivo para la estabilidad del orden jurídico y la justicia, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 81.

(40) Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 35.

(41) Que es la vía que propone FRELLESEN sobre la base de un examen específico del alcance del deber en los tipos correspondientes de la Parte Especial: “El fin de los esfuerzos para lograr una concreción del concepto de exigibilidad debe ser el obtener criterios dogmáticos de exigibilidad a través de una concreción de la amplitud del correspondiente deber de comportamiento... (lo que) exige, en especial, una determinación de los fundamentos políticos-criminales sobre los que puede ser justificada una falta al deber de comportamiento...” Porque “si ese concepto aspira a una delimitación de deberes no puede ser concretado sin referencia al deber cuyo alcance pretende ser delimitado...”. “La concreción del concepto de exigibilidad es un problema de Parte Especial”, no de Parte General, como creían los penalistas de los años 20, afirma el autor, *Die Zumutbarkeit*, pp. 89 y 91 ss. Ampliamente, sobre la contraposición que refleja el texto entre criterios “cognitivos” y “decisionísticos” para la concreción de las reglas de exigibilidad, *vid.* pp. 28 ss. y 32 ss.

(42) Se sigue, pues, la línea marcada por HENKEL pero con la matización importante

decisiones de contenido acerca de la exigibilidad, podría ser el *constitucional*.

## II

Esta vía que, en mi opinión, resulta la más idónea para dotar nuevamente de sentido el empleo del criterio de la exigibilidad es, de otra parte, la que siguen algunas opiniones doctrinales relevantes cuando argumentan vgr. sobre la impunidad de quien, para evitar un riesgo relevante de ser penalmente perseguido, de sufrir una sanción penal, deja de cumplir un genérico *deber de socorro o de evitación o denuncia de un delito*: bien, pues, el que en una situación de desamparo no presta un auxilio personal a la víctima o encubre el delito de otra persona, no denunciándola vgr., para evitar que se descubra el propio...

Invocar en estos casos, como se ha hecho desde algunos sectores de la doctrina (43) y de la jurisprudencia (44), un derecho a la autoprotec-

---

que supone dar al principio de exigibilidad un *contenido normativo*, y no meramente regulador, operativo en los diversos momentos por los que atraviesa la teoría jurídica del delito e inspirador de mejores políticas legislativas futuras. A esto último parecen adherirse COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN cuando afirman que “el principio de no exigibilidad opera ya en el ámbito del proceso de tipificación, determinando la irrelevancia (atipicidad) de las conductas cuya realización exceda de las posibilidades del hombre medio”, *Derecho Penal, PG*, cit., p. 474. En el mismo sentido COBO/CARBONELL, *Derecho Penal, PE*, 2ª ed., Valencia, 1988, p. 569. Vid. también SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, PG*, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 724.

(43) Cfr. por todos, en la doctrina alemana FRELLESEN, siguiendo en este extremo, aunque matizadamente, las opiniones de Welzel y Geilen. El autor se muestra favorable al reconocimiento de “un interés a tolerar por el orden jurídico” en el interés del autor por la evitación de la persecución penal, aún cuando encuentre equívoco aquí el empleo de la afirmación de “un derecho a la autoprotección”, en cuanto que parece sugerir —afirma— la idea falsa de que es ilegal la persecución penal. En contra, MAURACH, *Tratado...* cit., p. 294; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 312.

En nuestro país, se acogen a aquel reconocimiento para la omisión del deber de socorro, ALAMILLO, *La solidaridad humana en la Ley Penal*, Madrid 1962, pp. 117 ss. y, previa valoración del caso concreto, SILVA SÁNCHEZ, “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro”, *ADP y CP*, mayo-agosto, 1988, pp. 562 ss. y, en especial, p. 565. Críticamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Valencia, 1966, pp. 225-226.

En cuanto a la omisión del art. 338 bis, se suma al planteamiento del texto, HUERTA TOCILDO, “Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, p. 213. En sentido distinto, CORDOBA, *Comentarios...* cit., III, p. 1.214.

(44) En particular, en Alemania, la más antigua, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...* cit., VI, pp. 936-937; FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 177. Una visión de conjunto sobre grupos de casos con pronunciamientos más modernos y también más restrictivos y aún contrarios al planteamiento inicial, en FREY, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 48 ss.

En nuestro país, donde no se ha planteado seriamente el problema, suele citarse modernamente la STS. de 27 de marzo de 1987 para poner de manifiesto, cuando menos, su conciencia del mismo cuando afirma, en relación a la omisión, que no puede prevalecer

ción, a la autotutela o bien, la necesaria impunidad del autoencubrimiento, no significa otra cosa, en realidad, que ejercitar el *derecho constitucional a no realizar acciones que puedan suponer una declaración contra uno mismo o una confesión de culpabilidad*.

Podría afirmarse entonces, desde la perspectiva anunciada que busca dotar de contenido al juicio de exigibilidad a partir del examen de una norma particular que bien pudiera ser ésta, que el reconocimiento constitucional de aquel derecho individual a una autoprotección libera *en principio* al autor del cumplimiento de otras exigencias jurídicas —y jurídico-penales— que se le opongan o desvirtúen su ejercicio. Tales como atender a un deber de solidaridad social que implica para el autor un acto de cooperación en la persecución penal que el Estado dirige frente a él (45).

Ciertamente que no puede decirse que la *jurisprudencia constitucional* española haya sabido o haya querido desarrollar adecuadamente este principio. En efecto, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su alcance en la práctica, con motivo de las dudosamente constitucionales pruebas de alcoholemia, ha optado finalmente (46) por reconocer el *deber* del ciudadano de someterse a las mismas, al considerar que éste no puede estimarse contrario al derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. Pues, señala textualmente, “no se obliga al detectado a emitir una declaración ... admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17,3 y 24,3 de la Constitución” (STC. de 4 de octubre de 1985. En parecidos términos, STC. de 7 de octubre de 1985) (47).

---

su consideración como “delito de fuga”, porque “no puede reclamarse a los culpables que se sometan voluntariamente a la acción y las pesquisas judiciales”.

(45) Ese deber de colaboración es negado por FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit. p. 179.

(46) Aun cuando, con carácter previo, un Auto 62/1983 del propio Tribunal Constitucional había reconocido el derecho a *negarse* a la realización de esas pruebas y, por tanto, su carácter voluntario, si bien, eso sí, “soportando las consecuencias que ello pudiera conllevar *así como las presunciones que en ello se puedan fundar...* Sobre esta cuestión, ampliamente, GARCÍA ARÁN, “Conducción...” cit., pp. 634 y 640 ss. Admiten también el carácter voluntario de las pruebas de alcoholemia, en contraposición al Derecho Comparado, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, *La Ley*, 6-XI-84, p. 2 y ASENCIO MELLADO, “Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia Constitucional”, *La Ley*, 18-IV-86, pp. 4-5. Sobre el elemento de convicción que la negativa a esa práctica pueda representar en un eventual proceso posterior, *vid.*, en sentido general, CALVO SOTELO, “Presunción de inocencia” del imputado e “intima convicción” del Tribunal, Barcelona, pp. 140 ss.

(47) Estas sentencias del Tribunal Constitucional tienen como precedente —literal— otra de la Audiencia Provincial de Albacete que parece haberle servido de inspiración. Para un comentario favorable a su doctrina que “de lege ferenda” reclama para nuestro ordenamiento, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio...” cit., p. 2, donde recoge, además,

El formalismo en que incurre el Tribunal Constitucional en estas decisiones es obvio al no querer reconocer que, dado el significado incriminatorio que pueden tener los resultados de esta prueba sobre el detenido, la sumisión obligatoria a la misma supone un acto de colaboración por su parte en el descubrimiento de su culpabilidad y, por tanto, implica una autoincriminación, por más que él mismo en el acto de la detención no declare nada. ¡Qué más declaración contra sí cabe que facilitar la obtención de unos resultados, que pueden ser de cargo, objetivados además por la fiabilidad de una prueba científica! Por ello puede afirmarse, como se ha hecho, que “debido a esa práctica total fiabilidad de los métodos alcoholométricos, el conductor que ha ingerido alcohol sabe que de someterse a ellos muy posiblemente le recaerá en el futuro una sentencia condenatoria por lo que, de aceptar su práctica, se le obligaría a autoinculparse y, en definitiva, se podría vulnerar —yo diría, se vulneraría en todo caso— el derecho que le asiste a no declarar contra sí mismo” (48).

Podría concluirse entonces que la posición del Tribunal Constitucional en estos pronunciamientos hace seriamente temer por la inoperancia de un principio de tan indudable repercusión en el campo jurídico-penal, como el previsto en el artículo 24,2 de la C.E. Pues, de seguirse sus razonamientos, se tendría que admitir que sólo en los casos en que la actividad del autor, favorecedora de su inculpación y el descubrimiento de su delito, fuera *declarativa* —y quizás expresa— podría considerarse constitucionalmente inexigible su realización. Por lo que poco más que el “falso testimonio” del procesado o, en su caso, de un testigo, quedarían comprendidos en el ámbito de ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable.

Una afirmación ésta que no puede admitirse desde el momento en que se entienda que las consecuencias del reconocimiento constitucional de aquel derecho exceden de las que se le atribuyen como garantía meramente procesal para pasar a ser también relevantes en el área de

---

otras sentencias de instancia de contenido esencialmente diverso (SAP. de Vitoria de 31-I-84 y SAP de Bilbao de 4-V-87). Ese deber aparece hoy expresamente previsto en el art. 12.2 de la “Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial”, cuyo texto articulado se recoge en BOE n.º 63 de 14-III-1990.

(48) Cfr., no obstante lo anterior, GIMENO SENDRA, “Valor probatorio...”, cit., p. 2. En parecidos términos, GARCÍA ARÁN, “Conducción...”, cit., pp. 638-639. Parece reconocer que la ejecución de esta prueba puede suponer “una confesión contra sí mismo”, el Mº Fiscal en STC. 30-X-1985,

De otra parte, el que el resultado de esa prueba sea positivo no permite todavía hablar de incriminación por virtud de la aplicación del artículo 340 bis a) 1 Cp., pues se requiere aún que pueda emitirse un juicio de peligrosidad objetiva de la acción en el caso concreto, *vid.*, por todos, sobre ello GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona, 1985, pp. 120 ss. y, sobre todo, pp. 131 ss. También, ALBÁCAR LÓPEZ, *Las infracciones penales de tráfico en la doctrina de los tribunales*, Madrid, 1984, pp. 255 ss.

enjuiciamiento del delito y, por tanto, en el examen de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de los comportamientos punibles.

A) En lo que afecta a la *tipicidad*, parece obvio que la realización de aquel derecho constitucional determina la impunidad del *falso testimonio* del procesado. Ello se reconoce ya expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando establece, en su artículo 387, que a los procesados no se les exigirá juramento y que podrán manifestar —según completa el artículo 396— cuanto tengan por conveniente para su exculpación, sin que puedan hacérsele por ello cargas o reconvenções. En este caso, como en el anterior con el que se ejemplificaba de *la omisión de socorro o de evitación o denuncia de un delito* de los artículos 489 ter y 338 bis del Código penal, ni siquiera surge el deber cuya infracción pudiera determinar la realización de un injusto típico.

El procesado no tiene el deber de prestar testimonio veraz porque le es legalmente inexigible proceder en su contra, como tampoco puede exigírsele al omitente, desde la perspectiva seguida en el texto, que con su auxilio se arriesgue a sufrir el perjuicio personal que toda persecución penal conlleva, incluso si la situación de peligro para la víctima hubiera sido creada por un hacer precedente suyo, como en el caso de la causación imprudente de un accidente. Pues, aun cuando pudiera entenderse que en esa situación el deber de auxilio es más relevante, como también su exigencia —lo que permitiría explicar la mayor penalidad que prevé el párrafo 3.º de ese artículo 489 ter—, ello debe subordinarse en todo caso a una ponderación, siquiera mínima, de los intereses enfrentados, teniendo en cuenta la relevancia del riesgo que representa la realización de la acción de socorro y, en particular, si afecta a un bien jurídico tolerante, como la libertad a través de la amenaza de imposición de una pena de prisión, vgr. (49). Piénsese que, en otro caso, una exigencia de cooperación por su parte vendría a ser equiparable a la de una especie de acción “obligada” —y no ya espontánea— de arrepentimiento eficaz (50).

---

(49) Así también FREY, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 48 ss. Parte de una diferenciación estricta entre un genérico y un especial deber de socorro y se plantea si en este último caso el peligro de una amenaza penal debe entenderse compensado por ser el potencial auxiliar responsable del accidente, FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., pp. 176 ss. y 200 ss. En nuestro país, propone el planteamiento del texto con detalle, SILVA, “Problemas...”, cit., p. 565, ofreciendo al efecto algunos criterios de valoración (gravedad del peligro que amenaza a la víctima y posibilidades de contrarrestarlo, gravedad del riesgo de ser detenido y de la pena que le correspondería...). La toma en consideración, como relevante, del riesgo de persecución penal con motivo de la prestación de socorro, fue ya propuesta por ALAMILLO, *La solidaridad...* cit., pp. 118-119; ZUGALDIA ESPINAR, “Omisión e injerencia en relación al supuesto agravado del pfo 3º del artículo is del Cº penal”, *CPCr.*, nº 24, 1984, pp. 581 y 590; también, MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, pp. 108-109.

(50) Para una interpretación constitucional de la atenuante de arrepentimiento del artículo 9,9 del C.p. y de sus elementos, *vid.* STC. de 25-V-1987, a partir del recurso de am-

Aquí, pues, razones político-criminales similares a las que podrían invocarse —y se han invocado, de hecho— en el *encubrimiento entre parientes*, del artículo 18 del Código penal y en el *quebrantamiento de condena*, del artículo 334 del Código penal —en particular, la proximidad del interés que se defiende y la natural inclinación de cualquiera hacia su salvación—, y que no necesitan apelar a argumentos afectantes al poder del autor y al reproche, como se ha pretendido hacer desde algunos sectores de opinión, son los que se toman en cuenta en la tipicidad para fijar los presupuestos de nacimiento del deber (51). Su *ratio* no es otra, en definitiva, que la misma razonable legitimidad del ejercicio de un derecho a la autoprotección —que alcanzaría a la protección de las personas íntimamente unidas al autor (52)— y que debe ser reconocido,

---

para nº 330/1986, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, pp. 337 ss. y, en particular, p. 342.

En un planteamiento distinto del texto y posiblemente preferible, podría entenderse aplicable esa atenuación cuando el causante del accidente prestase auxilio a la víctima procediendo, pues, a reparar o disminuir los efectos de su delito o a confesar la infracción, como previene el citado precepto. Ampliamente, *vid.* ZUGALDIA ESPINAR, “Omisión...”, *cit.*, pp. 581 y 587 ss.

(51) Cuando se refiere a la equivocidad político-criminal que supone un castigo penal a la vista de la fuerza preponderante de la motivación del auto-encubrimiento, *cfr.* FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, *cit.*, p. 177, donde se alude además a la consideración jurisprudencial de ese interés como un “derecho natural a la autoprotección”. *Vid.* también, p. 93.

Asimismo entienden que la toma en consideración de este riesgo personal afecta a la culpabilidad y no a la tipicidad, WELZEL, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 284-304 y BAUMAN, *Strafrecht, AT.*, 9ª Aufl., 1985, pp. 250-457. En nuestro país, con reservas, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro...* *cit.*, p. 229 y, en general, DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre...”, *cit.*, p. 646; NAVARRETE, “La omisión del deber de socorro”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1959, nº 6, p. 428; SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad...* *cit.*, pp. 145-146. En otro sentido, respecto de la cláusula del art. 338 bis, por su expresa mención al riesgo “ajeno” que indica que no afecta al grado de poder del eventual auxiliador, CÓRDOBA, *Comentarios...* *cit.*, III, p. 1.214. Defienden, sin embargo, la opinión del texto, por todos, EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässikeits und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, 1969, pp. 101 ss. y, en nuestro país, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes...*, *cit.*, p. 279 y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 566.

Finalmente, distinguen en Alemania una u otra calificación según que se trate de comisión por omisión u omisión pura, WESSELS, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 219; HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, *cit.*, vor par. 32, Rn. 193; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 3ª Aufl., 1988, p. 245.

(52) *Cfr.* PACHECHO, El Código penal de 1848, concordado y comentado, I, 5ª ed., 1881, p. 275, cuando afirma: “La Ley social no puede ni romper ni prescindir de las leyes de la naturaleza. Su deber es, por el contrario, fortificarlas. El padre tiene que destruir las cartas que comprometen a su hijo; la madre tiene que lavar la sangre que le acusa; el hermano, si es su carcelero, tiene que abrirle la puerta de la prisión”. Más modernamente apela a argumentos similares, NAVARRETE, “El encubrimiento entre parientes”, *ADºP y CP*, 1960, mayo-agosto, p. 238, en especial. Para una amplia visión de conjunto sobre el fundamento y la naturaleza de esta causa de exención de la responsabilidad criminal que, en realidad, parece excluir ya la misma posibilidad de afirmar la tipicidad del encubri-

como ya puso de manifiesto PACHECO en sus comentarios al Código penal de 1948, cuando afirmaba: “¿Debe por ventura, incurrir en alguna pena ... el que quebranta la sentencia que se le impuso?; y continúa: ¿Por qué no se pena al que perseguido por la justicia, apela al recurso de la fuga? ... ¿Por qué no se pena al que falta a la verdad en sus declaraciones, negando un delito que le está probado? ¿Por qué se respeta tanto su derecho de defensa, que ni siquiera se le toma juramento para declarar, cuando a cualquiera otro se le toma para proceder en juicio? ... La Ley, nuestra nueva Ley, ha concebido (en estos casos) —y esa es su honra— que no se puede castigar a un ser activo y sensible, porque trate de liberarse de una sentencia condenatoria, que está amenazando su libertad”. Y, finalmente, en una crítica a la punición existente en el Código del quebrantamiento de condena: Y “cuando ese *derecho* del reo —se refiere a la evasión— contradice los *derechos* sociales, el poder debe tomar sus precauciones para que no se realice, pero pierde su acción para llamarle delito...” (53).

Parecidas consideraciones, que apuntan a la dudosa constitucionalidad de esas tipicidades, podrían ser aplicadas también a otras figuras delictivas donde se fundamenta una pena más grave en razón, precisamente, del interés del autor por ocultar su delito o bien su persona a la acción de la policía o de la Administración de Justicia.

Me refiero, en concreto, a agravaciones como *el disfraz*, cuyo fundamento reside, según opinión jurisprudencial dominante, en su virtualidad para dificultar la identificación del culpable (STS. 2-X-1989) y fa-

---

miento bajo esas circunstancias, *vid.* GÓMEZ PAVÓN, *El encubrimiento*, Madrid, 1988, pp. 119 ss.

(53) *El Código penal...*, pp. 503-504; y continúa: “Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os escapen los presidiarios? Celad su custodia. Pero no extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos y que no fuesen hombres”. En parecidos términos, GROIZARD, cuando califica de “injsuta y contraria a la noción racional del delito toda ley que eleva a materia penal el quebrantamiento por parte del reo de la pena privativa de libertad”, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, II, Madrid, 1903, p. 643. *Vid.* también SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, Salamanca, 1940, p. 493.

En la actualidad comparten esa opinión crítica, CÓRDOBA, *Comentarios...* III, cit. p. 1.164; GONZÁLEZ GUITIÁN, “Dos problemas del artículo 334 del C.p.”, *Estudios Penales* II, Santiago de Compostela, 1978, p. 282; sobre fundamentos similares a los del texto, LUZON PEÑA, “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 543-544; MAGALDI/GARCÍA ARÁN, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *Documentación Jurídica*, II, enero-diciembre, 1984, p. 1.153; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, PE., 10ª ed. rev. y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid, 1987, p. 1.033; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE., Barcelona 1986, p. 431; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., 7ª ed., Valencia, 1988, p. 686; En otro sentido, difícilmente compartible por más que en su apoyo pueda invocarse el deber constitucional de cumplir las sentencias judiciales, que establece el artículo 118 de la CE., *vid.* VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal*, PE., 2ª ed., Valencia, 1988, p. 292.

vorecer la impunidad por el hecho cometido (54). Una actitud que, como el propio Tribunal Supremo reconoce y CORDOBA RODA refiere, “obedece a un lógico y natural anhelo” (STS. 12-VII-1875). El argumento que a veces se aduce junto a aquél, relativo a un supuesto componente alevoso en esa agravante, que apuntaría a una mayor facilidad comisiva y, por ende, a una indefensión más marcada en la víctima al haber conseguido el autor con su conducta disipar sus recelos o suspicacias (STS. 23-I, 10-II, 25-VI, 21-VII y X y 27-XI-1987 y 21 y 28-IV, 29-IX y 7 18-X-1989), se refiere más bien al componente engañoso que se puede utilizar en el uso del disfraz (vgr. empleo de una sotana o un traje militar como signos de respetabilidad) y debe ser, por tanto, reconducido a prestar una base explicativa a las demás circunstancias del artículo 10,7 (“astucia” o “fraude”) (55).

Asimismo deben hacerse extensivas estas consideraciones a aquellas otras cualificaciones cuya razón de ser se explica en base al fin de autoencubrimiento propuesto por el autor. Es el caso del tipo de *falsificación, sustitución y alteración u omisión de la placa de matrícula “con el fin de cometer algún delito o facilitar su impunidad”*, del artículo 279 bis o *el uso de nombre supuesto que tuviere por objeto “ocultar algún delito o eludir una pena”*, del artículo 322, 2 del Código penal. Agravaciones ambas que poco tienen que ver con el contenido de injusto del hecho en cuanto que, en general, sobrevienen con posterioridad al mismo y no incrementan el daño al bien jurídico y tampoco evidencian, sino más bien al contrario, una mayor culpabilidad del autor, cuya motivabilidad frente al delito aparece normalmente disminuida por el ánimo de evitar el cumplimiento de una condena, por lo que su presencia en el Código no puede justificarse sino en razón de que hacen más remota la posibilidad de aplicación de una pena (!). Son, pues, nuevamente, como con razón se ha afirmado, “casos inexplicables, pues es natural que todo delincuente trate de evitar su procesamiento o condena (es un acto de agotamiento del delito)” (56). Otros criterios empleados por el Tribunal Supremo para su fundamentación, tales como la mayor “peligrosidad” o “malicia” evidenciada por el autor (STS. 18-VI-1974 y 7-IV-1980), tampoco son convincentes (57).

---

(54) Así, STS. de 7-II-85; 22 y 23-I, 10-II, 30-IV, 27-V, 25-VI, 21-VII, 8 y 21-X, 27-XI, 11-XI-1987; 15 y 28-IV-1988; 21-IV, 29-IX 7 y 18-X-1989... Ampliamente, también MANZANARES/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1987, pp. 168 ss.

(55) Se refiere a ese componente alevoso ya GROIZARD, *El Código penal de 1870*, cit., I, p. 106. En el sentido del texto, ampliamente, CORDOBA, *Comentarios...* cit., III, p. 638; también, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, p. 386.

(56) Refiriéndose, en particular, a la agravación del párrafo 2 del artículo 322, BUS-TOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit. PE., p. 420.

(57) Cfr. MANZANARES/ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal*, cit., pp. 643 ss. y 708. *Vid.* también la interpretación que ofrece CORDOBA, *Comentarios...* III, cit., pp. 703 ss. y 1.072 siguientes.

B) Cuestión más compleja plantearía, sin embargo, la aplicación del tipo básico de estos delitos en esos supuestos en que el autor realizara tales actividades como medio, estrictamente necesario, de evitar su autoincriminación. Se trata de situaciones similares a las que podrían originar otros tantos casos que pueden darse en la práctica judicial, como el de una defraudación fiscal movida por el interés personal de ocultar ingresos procedentes de negocios prohibidos (tráfico de drogas o de armas, vgr.) (58), la simulación de haber sido víctima de un delito por parte de quien ha intervenido en él como autor (58 bis), o bien, más comúnmente aún, el falso testimonio del testigo o la acusación falsa del procesado con el fin de eludir una condena segura o acaso probable.

En definitiva, casos en que surgido ya un genérico deber de actuar, de realizar, por ejemplo, una actividad que pudiera resultar autoincriminatoria —así, para el testigo, declarar verazmente o, para el procesado, no acusar falsamente a otro de la comisión del delito que busca encubrir ...— optaran éstos, sin embargo, por la conducta prohibida, si bien con pretensión exculpatoria. Esas situaciones, pues, en que el autor realiza un nuevo delito para evitar el descubrimiento del anterior. ¿Cabría aquí invocar el ejercicio de un derecho al autoencubrimiento —como *justificación*— sobre la base de la idea de inexigibilidad, cuando un comportamiento distinto (guardar silencio) hubiera podido ser valorado, según una estimación *ex ante*, como una confesión tácita de culpabilidad?

En general, la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante niega la legitimidad de un derecho a la autoprotección o al autofavorecimiento cuando, para la ocultación de los hechos penales propios, se interfiere en el orden jurídico a través de un nuevo injusto. De forma que, si bien se reconoce que no es exigible acusarse a sí mismo de la realización de una acción punible, esa permisión no alcanzaría a acordar la impunidad del hecho posterior cometido para su encubrimiento, porque con él se ha añadido un nuevo perjuicio al Derecho (59).

En el fondo de esta argumentación, que puede reconducirse sin dificultad a los términos de una situación de necesidad en que el autor lesiona un bien jurídico para salvaguardar intereses personales y, en particular, su libertad, late sin duda la idea de que puede exigirsele ese “sacrificio” por haber provocado con su conducta anterior el riesgo existente que siendo, de otra parte, el de sufrir una pena “merecida”, no tendría la consideración de “mal” para el Derecho (60).

---

(58) Cfr. FREY, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 112.

(58 bis) En contra, recientemente, STS. 25-XI-1989. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código Penal...* cit. p. 624.

(59) Vid. ampliamente FREY, *Die Zumutbarkeit...*, cit., pp. 111 ss.; FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 179; también, JESCHECK, *Trautade...* I, cit., p. 688.

(60) Cfr. en cuanto a la materia que nos interesa, FREY, *Die Zumutbarkeit...*, cit., p. 112. Esos requisitos, que aparecen expresamente recogidos en la regulación penal espa-

Lo estricto de este planteamiento parece ceder, sin embargo, en los casos de falso testimonio. “Una excepción hubiésemos deseado que nuestro Código hubiese hecho en la materia, afirmaba GROIZARD: “Declarar no aplicables sus prescripciones al que diciendo la verdad pueda comprometer su honor o exponerse al riesgo de un procedimiento criminal” (61). Los recursos empleados para fundar la impunidad de esa conducta han sido, no obstante, muy variados. Así, afirmar vgr. que “los que tienen que explicarse sobre un hecho que les acrimina no deben ser ya mirados como testigos”, a los efectos del tipo de falso testimonio (62); o bien, más correctamente, acudir a la justificación o, en su caso, a la exculpación, como sucede cuando se invoca el ejercicio legítimo del derecho a no declarar contra sí mismo o el estado de necesidad, como causa de no exigibilidad de otra conducta (63).

Pero entonces, debieran ser aplicables, en mi opinión, idénticos principios a las restantes figuras de delito, que son de falsedad asimismo, aunque no siempre verbalmente expresada (salvo el caso de la acusación falsa) (64). Pues la razón que puede fundar aquí una exención o, en su caso, una atenuación de la pena nada tiene que ver con la circunstancia de hallarse el falso testimonio en el ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia donde la actividad que pudiera resultar reveladora de la propia culpabilidad es normalmente declarativa y se ajusta, por tanto, gramaticalmente a los términos del artículo 24,2 de la Constitución, como parece exigir en su apego a la literalidad del precepto el Tribunal Constitucional, en las sentencias antes citadas. Creo más bien que la razón que debiera apuntarse es de *orden material* y se refiere a la inexigibilidad para el autor de cualquier comportamiento dis-

---

ñola del estado de necesidad (art. 8,7), se exigen también en Alemania para la aplicación de esta eximente, por todos, JESCHECK, *Tratado...* I, cit., pp. 665 ss.

(61) *El Código penal del 1870*. cit., p. 688. También, en relación al par. 157,1 StGB., Maurach, *Derecho Penal*, II, cit., p. 49.

(62) Cfr. MILLÁN GARRIDO, “El delito de falso testimonio”, II, *Documentación Jurídica*, n° 22, 1979, p. 399, donde recoge la opinión expuesta por PUIG PEÑA y las STS. de 29-I-1885 y 21-VI-1907. El autor se lamenta, como Groizard, de que no se incluya como eximente expresa —de “estado de necesidad de particular configuración y tratamiento”— en el Código y hace una relación de países cuya legislación penal la contienen, p. 398, nota n° 303.

(63) Mantenedas en la actualidad, respectivamente, por VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal, PE.*, cit., p. 290 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, PE.*, cit., p. 678. Parecen, asimismo, compartir la primera opinión, MAGALDI/GARCÍA ARÁN, “Los delitos...”, cit, pp. 1.148 ss. y la segunda, JIMÉNEZ ASEÑO, “Falso testimonio”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IX, Barcelona, 1958, p. 540 y CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., III, p. 1.126, donde también alude a la posibilidad de estimar una eximente incompleta de trastorno mental transitorio.

(64) Que, como en el caso del falso testimonio del testigo, requieren ya una interpretación amplia de los términos del artículo 24,2 de CE., como expresan detenidamente MAGALDI/GARCÍA ARÁN, “Los delitos...”, cit., pp. 1.147-1.148.

tinto al de la ocultación de su delito o bien de su persona para eludir la acción policial o judicial.

Una conclusión que debe, desde luego, ser matizada. Pues, en realidad, lo que se plantea en esos casos —en todos los casos— en que el autor realiza una actividad delictiva para evitar su persecución penal por razón de un delito anterior, es una cuestión de *ponderación* y, por tanto, de límites a una posible justificación de su conducta (necesidad, adecuación, proporcionalidad...) (65).

Bajo esta perspectiva, podría entonces invocarse el ejercicio —“legítimo” cuando lo fuera conforme a esos criterios de ponderación (66)— de un derecho al autoencubrimiento o aún, preferiblemente, el estado de necesidad si se entiende, como debiera ser, que la situación de conflicto de intereses que aquí se genera no ha sido intencionadamente provocada por el autor (67) y que el riesgo de sufrir una pena que se crea con la comisión del delito no es un mal justo —por más que lo sea para el Estado— que aquél esté obligado a soportar en todo caso. O cuando menos, no más allá de lo que sería razonable exigir que soportara *cualquiera* en el ejercicio del derecho a su autoprotección o autotutela (68),

---

(65) Así lo entiende, para el falso testimonio, CÓRDOBA, *Comentarios...* III, cit., p. 1.125, y es un criterio ampliamente difundido en relación a los delitos de omisión. Así, FREY, *Die Zumutbarkeit...*, cit., pp. 49-50; FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit...* cit., p. 179 y, en nuestro país, en particular, SILVA, “Problemas...”, p. 565. No debieran admitirse, sin embargo, principios diferentes cuando se trata de delitos comisivos, por más que sea una idea extendida, sobre todo en la doctrina alemana, que la lesión del deber de actuar es menos grave que la lesión de la prohibición de actuar (STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 312) y que, a diferencia de los delitos comisivos en donde debe soportarse el daño personal si solo puede conjurarse mediante la comisión de un delito, en los de omisión no debe esperarse que el omitente se dañe a sí mismo mediante la ejecución de una acción ordenada (así, WELZEL, *Derecho Penal*, cit, p. 304 y HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, cit., Rn 193).

(66) Tal juicio de legitimidad es, desde luego, “un puro juicio de valor”, al que se propone como contenido la idea de que la acción constituya “un medio justo para un fin justo” (TORIO LÓPEZ, “Fin de protección y ámbito de protección de la norma”, *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, p. 400). El problema se traslada entonces a la determinación de lo que deba considerarse “justo” a la vista de los valores que informan el total ordenamiento jurídico. Para una interpretación de esos términos, vid. CEREZO MIR, “La regulación del estado de necesidad en el Código penal español”, *Estudios Penales...* X, cit., p. 90. Críticamente, con razón, respecto de una noción como ésta de lo justo/lo injusto, que no admite, a mi entender, más que una versión relativizadora como la que se ofrece en el texto, vid. QUINTERO, *Introducción...* cit., p. 176.

(67) Sobre esta interpretación, CÓRDOBA, *Comentarios...*, I, pp. 295 ss. En último término, de faltar esta exigencia legal podría acudir a la eximente incompleta del artículo 9,1/8,7. Así también, SILVA, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *ADP y CP*, septiembre-diciembre, 1982, p. 686 y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*, cit., p. 248, que se adhieren a la opinión de Córdoba, pp. 241 ss.

(68) Por más que “tolerar” el ejercicio de ese derecho por parte de los particulares pudiera representar, como señala SILVA, “una especie de contradicción del Estado consigo mismo: (al) reconocer relevancia eximente (a partir de contemplar como un mal para

lo que podría conducir, en su caso, a una exención de responsabilidad o, simplemente, a una atenuación de la pena (artículo 9,1 o 9,10 en relación al artículo 8, 7) cuando el resultado de la ponderación así lo aconsejara (gravedad del mal que cause el autor y el que debe soportar a consecuencia el encubrimiento de su delito, carácter ineludible del medio interpuesto, ausencia de daño personal quizás ...), por razones de inexigibilidad.

C) En último término, quedaría siempre el recurso más particularizado a la *exculpación*. El carácter individualizador que toda decisión acerca de la culpabilidad debe revestir habría de reservarse ya para aquellos supuestos en que la comisión del nuevo delito pudiera explicarse en razón a una alteración motivacional relevante del autor, que evidenciara una decisiva inferioridad de su capacidad de resistencia frente al hecho (69), provocada por un explicable “concepto primario de conservación de sí mismo” o, lo que es igual, de autotutela de su libertad (70).

---

el sujeto) a algo que para él es un bien —la determinación y sanción de los responsables de un delito”, “Problemas...”, cit., p. 562, nota 4.— En casos como éste podría hablarse de “tolerancia”, no ya de una valoración positiva por parte del orden jurídico, lo que no empece a la apreciación de una justificación en estos casos. Sobre esta cuestión, ampliamente, GIEMBERNAT, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, 1980, pp. 166 ss. También, QUINTERO, Introducción... cit., p. 176.

(69) Así lo expresa, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, p. 99. También recurre excepcionalmente a la exculpación, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión...*, cit., p. 229; y hablan, en esos casos, de “inexigibilidad subjetiva”, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., pp. 149-150 y PAREDES CASTAÑÓN, “Subsidiariedad...”, cit., p. 125.

(70) Que sí es un “bien personalísimo” capaz de producir ese estado de desequilibrio emocional que puede resultar suficiente para una exclusión de la culpabilidad. Sobre esta cuestión, ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Madrid, 1980, pp. 34-35, y GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 379.



# Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español (\*)

ELENA LARRAURI

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Visión global: De la crítica a la cárcel a la crítica a las alternativas. 2. Información sobre las alternativas existentes en la legislación española. 2.1. Tradicionales: ¿Hay alternativas en España? 2.2. Un intento: Ley 24 de marzo de 1988 referida a los drogodependientes. 3. La reafirmación cautelosa. 4. Posibles alternativas a las "alternativas a la cárcel". 5. Y aun la cárcel.

## 1. VISION GLOBAL: DE LA CRITICA A LA CARCEL A LA CRITICA A LAS ALTERNATIVAS

En los años setenta se asiste a una proliferación de alternativas que afectan fundamentalmente a delitos menores y/o realizados por jóvenes o drogodependientes, se crean comisiones y comisiones por profesionales y vecinos, privadas, semi-privadas y públicas, para antes de ir a la cárcel y para después, etc.

La literatura crítica que había impulsado este movimiento descarceratorio fue la primera asombrada al comprobar el entusiasmo con el que desde las esferas gubernamentales se auspiciaban y promovían todo tipo de alternativas a la cárcel. Lo que no se acertaba a explicar eran las razones por las cuales precisamente en este momento se impulsaban alternativas a la cárcel cuando parecía evidente que el fracaso de la cárcel era tan antiguo como el origen de la misma (Foucault, 1984:251).

Ello comportó una desconfianza en los motivos del legislador para

---

(\*) Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de Sociología (Madrid, Julio 1990). La participación en el Congreso fue amablemente subvencionada por la Fundación **Alexander von Humboldt** y la revisión del artículo amablemente realizada por José Cid y Francisco Larrauri.

impulsar las alternativas a la cárcel y promovió el estudio de las “verdaderas” razones del surgimiento de las alternativas: la crisis fiscal del Estado, la necesidad de desarrollar un sistema penal más eficaz, el interés de aumentar el control social, etc... (1) eran analizadas como motivos más esclarecedores que los alegados acerca de la presunta humanidad, eficacia y economía de las alternativas. Se produjo lo que Garland (1986) ha calificado de “hermenéutica de la sospecha”, y esta sospecha inicial originó las primeras críticas, confirmadas con el desarrollo posterior que emprendían las alternativas a la cárcel.

El momento álgido de la crítica viene representado en mi opinión por dos obras fundamentales en el contexto norteamericano y europeo, Scull (1984) y Cohen (1985). Que ello se aviniera con lo descrito por Foucault (1984) es lo que iba a darle tanto empuje teórico a esta criminología desencantada, que no dudo en ver en estos cambios una intensificación y dispersión de los mecanismos disciplinarios.

No es necesario repetir todas las críticas de que fueron objeto (2), baste señalar la lacónica conclusión de que las alternativas a la cárcel redundaban en unas “redes más fuertes, amplias e intensas” (Austin-Krisberg, 1981) y que comportaban un *mayor control social* (Cohen, 1985). Con ambos slogans se expresaba que las alternativas permitían abarcar a un mayor número de clientes, que estaban más difuminadas y que resultaban más intromisivas y disciplinarias. Todo este arsenal de alternativas acababan configurando en expresión en boga en los años ochenta un “archipiélago carcelario”. Quizás sí desaparecería la cárcel pero esta sería sustituida por una sociedad disciplinaria (Foucault, 1984). La perspectiva no era demasiado halagüeña.

Adicionalmente resultaba que las alternativas estaban *complementando* la cárcel. Se afirmaba que la población reclusa no había disminuido un ápice, por lo que en vez de alternativas a la cárcel resultaba más apropiado hablar de “complementos” o “añadidos”. Este efecto de complemento parecía deberse a varios motivos: por su presunta benevolencia las alternativas eran aplicadas más frecuentemente de lo que hubiera sido una condena de cárcel, al introducir nuevos requisitos introducían paralelamente nuevos motivos de encarcelamiento si estos se vulneraban, al expandir la capacidad de la cárcel los Tribunales volvían a sentenciar a la cárcel, al fracasar respecto de los considerados delincuentes duros relegitimaban que para estos la cárcel era la única posibilidad. En breve, se producía una bifurcación (Bottoms, 1983:196): la cárcel seguía repleta con los delincuentes considerados más peligrosos y las alternativas iban dirigidas a sectores (jóvenes, delincuentes por primera vez, delincuentes de cuello blanco) que tampoco eran tradicionalmente

---

(1) He desarrollado este tema en Larrauri (1987a).

(2) Véase por todos Cohen (1985).

condenados a la cárcel. Las alternativas se configuraban como alternativas a la puesta en libertad.

La aparición y difusión de estos tres libros —Foucault (1984), Scull (1984) y Cohen (1985)— marcaron el momento más crítico de las alternativas.

Sin pretender exagerar el impacto de estas críticas debe reconocerse que el sector progresista que se había caracterizado por una reivindicación de las alternativas a la cárcel empezó a verse asaltado por las dudas tras la tarea de demolición emprendida.

Tanta crítica parecía dejarnos efectivamente en una situación paradójica. La eficacia, los costes, la falta de estigma, todas ellas eran ventajas negadas a las alternativas, incluso su presunta humanidad era cuestionada. Pero la única respuesta al fracaso de las alternativas parecía ser la cárcel, conclusión esta que era negada con rotundidad. Antes de proseguir las reflexiones posteriores a este “callejón sin salida” quisiera observar la evolución ocurrida en España.

Las dudas en España eran ligeramente distintas, existía por un lado una recepción de estas críticas y una cierta simpatía hacia ellas, pero latía el temor de que extender el discurso crítico a las alternativas, antes de que estas estuviesen incorporadas a la legislación, podía dar argumentos para no emprender ninguna reforma.

No había porqué temer. Ya sea porque sólo se escuchó el discurso oficial de las alternativas, ya sea porque “algo” debe hacerse, lo cierto es que actualmente la introducción de la única alternativa en el Código Penal prevista para los drogadictos ha servido para estimular una crítica autóctona de las alternativas a la cárcel.

## 2. INFORMACION SOBRE LAS ALTERNATIVAS A LA CARCEL EN LA LEGISLACION PENAL ESPAÑOLA

### 2.1. Tradicionales: ¿Hay alternativas en España?

Es habitual cuando se habla de las “alternativas a la cárcel” en la legislación española empezar señalando que “estas no existen”.

En efecto, tradicionalmente el Código Penal Español ha conocido exclusivamente la remisión condicional. Regulada en los artículos 92 y 93 del Código Penal, la *remisión condicional* puede aplicarse por ministerio de la ley u optativa. Los requisitos a grandes rasgos son: que el reo haya delinquido por primera vez y que la pena no sea superior a un, u excepcionalmente, dos años. Los efectos son la suspensión de la ejecución de la pena durante un período entre 2 y 5 años.

La poca aplicación de esta medida —por la desmesurada extensión de las penas en el CPE y por la exigencia de que la persona haya delinquido por primera vez— más el hecho de que esta no sea asimilable a

la más europea *probation* (3) ha reforzado la imagen de que en España las alternativas a la cárcel permanecen aun a la espera de la elaboración del futuro Código Penal, largamente anunciada.

Sin embargo quisiera polemizar la afirmación de que no existen “alternativas” a la cárcel en la legislación española.

La lista de penas del Código Penal español incluye entre otras: exilio; comiso; multas; suspensión de derechos; arresto domiciliario; privación de permiso de conducir. Para categorías especiales de ofensores (i.e. enajenados mentales u otros estados de inimputabilidad) existe la posibilidad de ser internado en un centro de tratamiento o de ser sometido a tratamiento ambulatorio.

Incluso podría aludirse a otras posibilidades que no excluyen la aplicación de la pena de cárcel pero sí pueden acortar su duración. En el Código Penal se prevé la redención de penas por el trabajo y la libertad condicional (4). Adicionalmente en la Ley General Penitenciaria se regula la posibilidad de cumplir la pena de cárcel en régimen abierto (5).

A ello se le pueden añadir algunos mecanismos desarrollados informalmente en los Tribunales. Conciliaciones en accidentes de tráfico, no permitir abrir cuentas bancarias en casos de delitos bancarios. Incluso “es práctica de los Tribunales absolver determinados delitos de poca entidad (pequeñas estafas, apropiaciones indebidas, etc...) cuando consta que se ha restituido a la víctima el dinero defraudado o reparado el mal causado.” (Melero, 1989).

No parece que suframos de una escasez de penas en el Código Penal español distintas de la pena de cárcel. Entonces, ¿por qué sigue siendo habitual la afirmación de que España carece de alternativas a la cárcel?

En primer lugar debido a que todo el listado de penas acostumbra a ser *adicionales* a la cárcel. Y cuando digo adicionales no me refiero en que “acaban” transformándose en condenas de cárcel sino que en la propia legislación el Tribunal carece de posibilidades de optar. El caso más claro es el de la pena de multa, el cual se aplica además de la pena de cárcel, y para los singulares casos en que se prevé como única pena se convierte en pena privativa de libertad en caso de impago.

En segundo lugar porque las existentes son *escasamente aplicadas*. Esta falta de aplicación es debida a varias razones:

— Por un lado porque las penas previstas en el Código Penal espa-

(3) Se distingue porque no se prevé el cumplimiento de ninguna condición adicional a no delinquir en el tiempo previsto, ni el sometimiento a vigilancia por parte de oficial alguno.

(4) La libertad condicional es concedida cuando el delincuente ha cumplido 3/4 partes de la condena y es clasificado en tercer grado.

(5) Esta posibilidad requiere que el interno esté clasificado en tercer grado. Una idea de la extensión del régimen abierto puede observarse en la cárcel de hombres de Barcelona, la cual cuenta con 75 plazas de régimen abierto para una población reclusa de 2.200.

ñol son excesivas. Decir que se puede aplicar la remisión condicional cuando la pena por el delito no supere 1 o 2 años es convertir esta medida en “letra muerta”, considerando por ejemplo que el robo está castigado, si no concurren agravantes, con penas de 6 meses a 6 años, el que facilite el consumo o tráfico de drogas con la pena mínima de dos años cuatro meses, y que el delito de violación tiene asignada una pena de 12 a 20 años.

—Porque hay la concepción de que las alternativas, como por ejemplo la multa, son excesivamente benevolentes y por consiguiente contrarias a los efectos preventivos que se presupone de la pena.

—Porque se duda de su eficacia, como en el caso del internamiento en centros de tratamiento de drogodependencias, en los cuales se acostumbra a argumentar su falta de control.

—Incluso algunas “alternativas” son vistas con desagrado y su eliminación aparece como una victoria de las fuerzas progresistas. Este fue el caso del perdón en el ámbito de delitos sexuales. Regulado extensamente en el anterior código penal este fue eliminado por considerarse que ello dio origen a la “venta de perdones”, esto es, la posibilidad de que la mujer sufriese chantajes a cambio de otorgar el perdón.

En tercer y último lugar, porque no son “hijas” de los movimientos descarcelatorios de la década de los sesenta. Cierto, tenemos el exilio, el comiso, pero ¿quién consideraría esto hoy como una alternativa? Cuando se habla de alternativas a la cárcel se está pensando en determinadas alternativas con unos valores que —lamentablemente— nunca se hacen explícitos. En realidad bajo alternativas acostumbran a incluirse un catálogo relativamente preciso: TUS (Trabajo de utilidad social), mecanismos de restitución, compensación o indemnización, *probation*, tratamiento ambulatorio, arresto domiciliario, multas y recientemente el control electrónico (“*electronic monitoring*”). Y efectivamente todas ellas son desconocidas en la legislación penal española (6).

Por ello es explicable que en círculos preocupados por el continuo incremento de la población carcelaria, y la consiguiente degradación de las condiciones de sobrevivencia en la cárcel, se exija la introducción de alternativas a la cárcel. Sin embargo hay dos temas que, en mi opinión, no son suficientemente destacados: *la creación de alternativas no es sinónimo de descarcelación, y no todas las penas distintas de la cárcel son deseables como alternativas.*

La razón por la que realizó este hecho, probablemente conocido, es

---

(6) La única excepción de la cual tengo conocimiento es para el caso de ofensores menores de 16 años. En Cataluña existe los Delegados de Asistencia al Menor (DAM), asimilables a los *probation*, y los cuales extienden su ámbito de manera informal a los infractores mayores de 16 años incluidos en la legislación penal. Adicionalmente existen prácticas informales de compensación víctima-ofensor también para los menores de 16 años. Para una mayor profundidad véase Giménez-Salinas, E.; González Zorrilla, C. (1988).

para evitar una “huida a las alternativas” que concluya con una proliferación de medidas indeseadas que reproduzcan las estructuras carcelarias, y con escaso o nulo impacto en la población reclusa.

Queda por ahora apuntada mi reticencia al clamor de más alternativas, cuando ni se asegura su aplicación ni se tiene claro que tipo de alternativas, problemas estos que como veremos a continuación acechan ya a la “nueva” alternativa creada.

## 2.2. Un intento: Ley 24 de marzo de 1988. (Artículo 93 bis).

A raíz de la reforma en los artículos referidos al tratamiento penal de las drogas, el legislador ha aprovechado la buena ventura para introducir en este ámbito las denominadas alternativas a la cárcel.

Lo aportado novedoso por el artículo 93 bis intenta permitir a los toxicómanos la posibilidad de sustituir la pena de cárcel siempre que accedan a someterse a un tratamiento y no delincan durante el período de tiempo establecido.

La literatura española ha realizado los siguientes comentarios (7):

En primer lugar este artículo no soluciona el problema de los toxicómanos detenidos a la espera de proceso. El juez puede sin apoyo legal remitirlo a una comunidad terapéutica, pero puede también con apoyo legal decretar prisión provisional.

En cuanto al primer párrafo observamos:

—Se afirma “aun cuando no concurren los requisitos previstos para aplicar el artículo 93” como si de una ampliación se tratara. En realidad se exigen los mismos requisitos y ampliados. Se exige: I. que la pena no sea superior a dos años (igual que el artículo 93); II. que el sujeto no sea reincidente (la diferencia es que el artículo 93 dice que haya delinquido por primera vez); III. y adicionalmente que no haya gozado previamente de este beneficio (requisito este no exigido por el anterior artículo 93).

La exigencia de que la condena sea menor de dos años convierte a esta alternativa en inaplicable (8). Ello es debido a que la introducción de esta alternativa fue acompañada de una exasperación de las penas y una mayor incriminación de conductas referidas al consumo y tráfico de drogas. Del mismo modo es ignorar la realidad social exigir que el individuo no sea reincidente. Es inoportuno condicionar la aplicación de esta alternativa a que no le haya sido concedida anteriormente la remi-

---

(7) Véase por todos Diez Ripolles (1989) y González-Zorrilla (1990).

(8) El mismo peligro acecha a la *probation* si se mantiene la exigencia de que la pena no sea superior a dos años. Adicionalmente es de prever que los casos que puedan acogerse a la *probation* podrían ya ser actualmente solucionados con la remisión condicional, por lo que se teme que la *probation* suponga poco más que la introducción de requisitos adicionales para aplicar una alternativa ya existente.

sión condicional, ya que esta puede haberse dado en tiempo alejado y en circunstancias distintas.

—El juez “podrá”. No se determinan los criterios en base a los cuales ejercerá esta graciosa potestad. Existe la posibilidad de que ello no se determine en función de criterios de curación sino en función de la capacidad económica de las familias. Ello es debido a que el mayor número de centros, granjas o comunidades terapéuticas es privado.

—Que hubieran cometido el delito por motivo de su dependencia en las drogas. Si con ello se expresa que el sujeto esté en estado de inimputabilidad, para este viaje no hacían falta estas alforjas... existía la posibilidad de aplicar la eximente 8.1 o 9.1 en su caso que podían ser más beneficiosas al eximir de condena, y no plantear la exigencia adicional de tener que someterse a tratamiento.

En cuanto a los requisitos para aplicar la remisión condicional lo más destacable es la exigencia de que el ofensor se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento. Ello como se ha observado acertadamente supone incrementar los requisitos previstos en la suspensión condicional del artículo 93, en el que era suficiente con que la persona no delinquiera sin además tener que someterse a tratamiento.

En el último párrafo se prevé el control judicial de la evolución del tratamiento, lo cual es francamente positivo, pero se han olvidado añadir que el juez debe controlar también el respeto a los derechos del individuo.

Finalmente se señala que transcurrido el plazo y acreditada la deshabitación se acordará la remisión. O sea, pareciera que el sujeto que no haya delinquido en el plazo previsto —dos o cinco años—, que no haya abandonado el tratamiento —aun cuando los “abandonos” forman parte de cualquier tratamiento—, pero que no haya tenido la fortuna de deshabitarse deberá cumplir la pena. Adicionalmente surge la inquietante pregunta de si al tener que cumplir la pena se tomará en cuenta el período que ha estado internado o deberá cumplir la pena en su integridad.

Más allá del análisis crítico de esta “alternativa” introducida en el Código Penal que puede resumirse en su ineficacia —por su carácter restrictivo y porque los casos amparados podían ser tratados con los medios legislativos ya existentes—, y en las dudas de su aplicación —o bien no existen suficientes o los jueces no confían en remitir a las comunidades terapéuticas argumentando su falta de control—, las objeciones son extensivas al tratamiento general que se destina a los drogodependientes.

En un repaso sumario se observa que las alternativas (concesión de régimen abierto en la cárcel, posibilidad de tratamiento ambulatorio, internamiento de un centro terapéutico) son normalmente sólo aplicadas *adicionalmente* a la cárcel, sólo a *buenos internos*, implican *más requisitos* como la participación en programas de deshabitación, son frecuentemente en *centros institucionales*, no existiendo hasta hoy ningún caso

de autorización de tratamiento ambulatorio, y reproducen el régimen de la cárcel en cuanto a disciplina y estigma.

No se aceptan sobre una base voluntaria sino para evitar la cárcel; esta mezcla de sistema penal y sistema social produce numerosas tensiones; quien es apropiado para una alternativa, que alternativa y cuando se fracasa, son todas ellas situaciones decididas por el sistema penal sin participación de los trabajadores sociales.

El beneficiado por una alternativa sufre los efectos de una etiqueta, además se aplica a ofensores potenciales y ha provocado un crecimiento de los trabajadores sociales cuya intervención no está regulada por ley y se encuentran sometidos al sistema penal.

Ello se combina con la escasez de unos servicios apropiados, y con el rechazo que experimenta la comunidad en acoger a los ofensores en su seno.

Lo que he pretendido mostrar con esta breve descripción es la reproducción de las características críticas que se observan en los modernos sistemas de control. Si atendemos a estas se observa una *privatización* del control —comunidades terapéuticas privadas—, una *mayores requisitos* —que se someta a tratamiento y se deshábítue—, una *expansión de clientela* —los organismos salen a la búsqueda de clientela— y una *transstitucionalización* de servicios médicos a servicios sociales a sistemas penales.

Si anteriormente existía el temor de estar criticando unas alternativas inexistentes en base a la literatura anglosajona y paralizar con ello posibles y futuras alternativas a la cárcel, ahora existe el temor de que también en España se asista a una proliferación de medidas alternativas que reproduzcan los mismos errores observados, y que sean objeto de las mismas críticas.

Es por ello necesario intentar evitar este punto muerto, la cárcel en ningún caso, y las alternativas ¿cuándo, como y para quién?

### 3. LA REAFIRMACION CAUTELOSA

Como ya he señalado la crítica despiadada a las alternativas podía dar a entender en el mejor de los casos que “no hay salida” y en el peor parecía reivindicar un discurso “neo-clásico”, la condena de cárcel por lo menos está limitada en el tiempo, no impone tantas condiciones, etc... Pero ambas conclusiones eran desagradables (9).

Por ello este discurso crítico se empezó a cuestionar. Se observó que parecía cuando menos incongruente criticar al Estado por desarrollar

---

(9) La revitalización de una política penal basada en la pena justa (“*just desserts*”) —proporcional y determinada— tras la demolición del ideal resocializador en el mundo anglosajón, parece haber producido el efecto de incrementar las condenas de cárcel en vez de reducirlas (Carlen, 1989; Matthews, 1989).

una política *laissez faire* y simultáneamente acusarlo de estar ampliando sus redes.

Tampoco era demasiado coherente señalar que su extensión y aplicación excesiva obedecía a su apariencia benevolente que permitía al juez condenar a una medida alternativa con mayor facilidad de la que hubiera condenado a la cárcel, y al propio tiempo apuntar que no eran aplicadas porque su apariencia benevolente las desproveía del carácter de castigo.

Y también difícil de compaginar era la exigencia de atender a criterios de justicia material, a que fueran abiertas a la discusión, negociables entre las partes, atentas a la necesidad del caso concreto, y lamentar posteriormente que no se respetasen las reglas tasadas de los procesos legales.

Es cierto que esta crítica a las alternativas tuvo un aspecto ventajoso, el de cuestionar la corrección de plantear el tema en forma de *castigos alternativos en vez de alternativas al castigo*. Y en mi opinión es mérito de las corrientes abolicionistas el haber producido esta ampliación del debate (10).

La aparición de los planteamientos abolicionistas ha introducido nuevas controversias al señalar que el resultado era de esperar. En su opinión lo que nunca había sido retado era de la idea de castigo. Si las alternativas debían ser castigos reproducirían las mismas estructuras, si las alternativas debían cumplir las funciones de los castigos reproducirían sus males. Debía insistirse en “Lo Inacabado” (Mathiesen, 1974), abolir primero sin dejarse condicionar por el hecho de tener una alternativa a lo que debía y podía surgir una vez se hubiese abolido.

Pero esta posición teóricamente impecable era prácticamente incómoda. Por un lado porque exigir la abolición de la cárcel sin sugerir alternativas había demostrado tener escaso atractivo para la audiencia. Nos encontrábamos con el viejo conflicto entre ser teóricamente puros y al propio tiempo políticamente relevantes (Cohen, 1990).

No menos incomodidad provocaba el tema de las garantías. La expansión de las alternativas indicaba que cuando menos debía exigirse que se respetasen las garantías propias de las penas. Pero recurrir a las garantías del derecho penal era admitir que este tenía una función que cumplir. Por ello no es extraño que incluso Mathiesen (1986:87) manifestase “Si estas ‘alternativas’ acabadas deben ser aceptadas, deben cuando menos basarse en la condición explícita de que deben producir una reducción correspondiente de la población reclusa —por anticipado. Y deben asegurar completamente los derechos y garantías legales de los clientes en el contexto comunitario” (subrayado mío).

Pero este era el problema “si deben ser aceptadas”. La consigna “abolir primero” era desde luego atractiva, pero el problema es que las

---

(10) Una introducción sumaria en castellano puede verse en Larrauri (1987b).

alternativas “estaban allí”, no necesitaban de nuestro entusiasmo ni desaparecían con nuestras críticas. Frente a estas alternativas que no eran cárcel pero sí castigos había que pronunciarse.

Si la década de los sesenta como ha señalado Cohen (1985) fue la época de las “de’s” (carcelación, criminalización, institucionalización, estatalización, etc...), la época de los ochenta podría ser caracterizada por la “re’s” (reafirmación, realismo, recuperación, reflexión, etc...). Y así como el slogan de la década de los sesenta era que las alternativas comportan una ampliación de las redes estatales y con ello un mayor control social, la pregunta clave a fines de la década de los ochenta devino “quizás no es malo que las redes se amplien”.

El argumento, simple, por un lado se trata de ofrecer servicios sociales hacia poblaciones marginadas, desviadas, respecto de las cuales el Estado ha desarrollado una política de “olvido benigno” (*benign neglect*) permitiendo que se amontonasen en los centros de las ciudades los cuales se han convertido en verdaderos ghettos. Por otro lado aparece innegable que por malas que sean las alternativas no son, no pueden ser, peores que la cárcel.

Debe reconocerse que esta reafirmación se realiza por los propios críticos de las alternativas, consternados por las consecuencias indeseables de su posicionamiento teórico.

Fue Bottoms (1983;180) quien en mi opinión tempranamente señaló el desaguisado que suponía calificar a todas las alternativas a la cárcel como de incrementar el poder disciplinario. De acuerdo a este autor existían medidas que o bien no conllevaban una transformación técnica del individuo o que ni siquiera prevenían una supervisión penal —por ejemplo las multas—, agrupar todo bajo el título de medidas disciplinares era cuando menos poco sutil.

También Cañ (1985:57-58), refiriéndose al movimiento más amplio de justicia informal, pretendió abrir una pequeña brecha de esperanza al decir que la crítica negativa a todo dejaba sin una dirección clara en la cual avanzar y que por ello debía elaborarse una serie de criterios en base a los cuales evaluar las alternativas. Luego se trata de identificar en que alternativas se dan estos criterios y fortalecerlos en la dirección elegida.

Más tarde Cohen (1987), uno de los mayores inculpados por haber sembrado el pesimismo en torno a las alternativas, recomendó una “reafirmación cautelosa” de las mismas. Esta reafirmación cautelosa debía producirse por medio de dos estrategias: por un lado se debían reafirmar los valores que inspiraban las alternativas —más allá de como estos habían sido ejecutados en la práctica— y por otro debía procederse a una distinta lectura. Esta lectura debía cultivar una especial sensibilidad hacia el éxito —no cebarse sólo en los fracasos del “sistema”; reconocer la ambivalencia —algunas cosas habían salido bien; y no evaluar en base a la concordancia con los objetivos esperados —quizás no se habían

cumplido los objetivos propuestos pero en cualquier caso el resultado no debía ser sólo por ello negativo.

Finalmente en apoyo de las alternativas salieron los realistas de izquierda ingleses. Se defendía el principio de especificidad para ver que funciona, con quien y en que condiciones (Young, 1987:347) y se recomendaba una dosis de realismo en vez de esperar grandes triunfos.

También Matthews (1987) criticó el globalismo que tendía a hacer análisis generales (negativos) basándose en un caso concreto; el empirismo que demostraba que la cárcel no había reducido su población pero olvidaba que el número proporcional de sentencias de cárcel si había descendido; y el imposibilismo que de ello se derivaba, nada cambia sin que cambie el sistema y como el sistema no cambia nada puede cambiar.

En resumen después de un ensalzamiento global de todo lo que se presentase bajo la bandera de alternativa y posterior a la demolición de fines de la década de los setenta, parecía imponerse un criterio ecléctico: algunas alternativas son buenas para algunos grupos en algunas condiciones.

Sin embargo con la reafirmación, si mi apreciación es correcta, llegó el cansancio, el tema de las “alternativas a la cárcel” ha dejado de estar en la agenda de la criminología crítica.

El cansancio puede ser debido a que completado el ciclo, criticada la cárcel, propuestas las alternativas, criticadas estas, y reafirmadas para algunos casos en depende que ocasiones para algunos ofensores—, el trabajo que queda por hacer pareciera ser minucia, más apto para una “criminología administrativa” que para grandes discursos de política criminal.

Y este cansancio se acentua porque teóricamente parece claro que las alternativas aumentan el dispositivo punitivo del Estado pero deben en parte defenderse como “menos malo” que la cárcel, aun cuando estén lejos de plasmar nuestras prioridades; teóricamente es indiscutible la preferencia por una política tendente a resolver conflictos, pero las garantías previstas en el derecho penal para la imposición de castigos deben respetarse. La distancia entre lo preferible y lo existente emerge con toda su crudeza en el tema de las alternativas.

#### 4. POSIBLES ALTERNATIVAS A LAS “ALTERNATIVAS A LA CARCEL”

Es lógico que el tema de las alternativas empiece siempre por la cárcel por ser este el símbolo más visible del arsenal punitivo del Estado, a pesar de que todos los autores advierten, y es de presumir que también los legisladores conocen, que toda política que pretenda afectar sólo a la cárcel está abocada al fracaso (11).

---

(11) Para un tratamiento más amplio véase Mathiesen (1990:160-161).

El primer paso debiera ser exigir nuevamente la *descriminalización* de gran número de actividades que hoy pueblan los Códigos Penales, ya por ser estas inocuas y vulnerar en consecuencia el principio de mínima intervención, ya por estar claramente demostrado que el derecho penal no es el medio más eficaz para tratar determinadas actividades por su complejidad.

Es cierto que ello es de sobra conocido, pero también debe advertirse que hoy no corren buenos tiempos para la descriminalización con la alegada función simbólica del derecho penal (12). La función simbólica que antes era criticada como algo que un derecho penal respetuoso con el principio de protección de bienes jurídicos no debía hacer, aparece hoy reivindicada por los nuevos movimientos sociales, los cuales convertidos en “empresarios morales atípicos” (Scheerer, 1986a) no dudan en reivindicar que el derecho penal plasme los nuevos valores por ellos defendidos.

Y es cierto que los ejemplos propuestos de descriminalización porque el derecho penal es ineficaz o no se aplica acostumbra a ser precisamente los que los sectores críticos consideran como más merecedores de protección penal (delito de cuello blanco, delito ecológico, etc...).

Pero aún así es necesario, como afirma Pitch (1985:43), retar la visión de que el derecho penal “ordena simbólicamente la jerarquía de valores sociales”, destacar que estas relaciones no son lineales y que un derecho penal intervencionista que no reconozca sus limitaciones para intervenir en el resto de subsistemas sociales puede conducir a lo que Teubner (1984) denomina el “trilema regulador” (13). Argüir que el derecho penal debiera ceder en sus pretensiones de proporcionar respuestas sustantivas e intentar establecer el marco, en el cual los subsistemas sociales desarrollan, autónomamente, sus propias reglas de resolución de los conflictos que se producen en su seno (Teubner, 1983:257, 267, 280).

Al tiempo que destacar que favorecer la intromisión del derecho penal para afrontar todos los problemas sociales (delito ecológico, consumo de drogas, tráfico de influencias, etc...) asociados con una “sociedad de riesgo”, convierte en ilusorias cualquier esperanza de obtener un derecho penal mínimo. Y realzar que esta nueva intervención requiere de tamañas transformaciones de los principios de un derecho penal liberal que convierte en ilusorio el intento de conservar su carácter liberal.

Reconocer la existencia de graves problemas sociales no es sinónimo de admitir que el derecho penal es un medio apropiado para solu-

---

(12) Para una visión crítica de la función simbólica véase Hassemer (1990).

(13) El “trilema regulador” se refiere a los problemas que se ocasionan cuando se pretende “juridificar” todos los problemas sociales existentes. Ello conduce a una desintegración de lo social en lo jurídico, a la desintegración de los principios jurídicos, o a una indiferencia entre lo social y lo jurídico. Para una concreción en el derecho penal véase Scheerer (1986b).

cionarlos (Nelken:1987:108). Se puede predicar una disminución del derecho penal, o incluso su abolición, con el eventual traslado de numerosos conflictos a una regulación autónoma social o a otros sectores del ordenamiento jurídico. Es cierto que se corre el riesgo de “criminalizar” el derecho civil (Knap, 1986), pero este riesgo debiera ser posible de conjurar realizando la necesidad de un procedimiento negociado entre las partes y restitutorio. (14).

En segundo lugar, en el propio código penal existen previstos mecanismos *despenalizadores* como por ejemplo la multa, el arresto domiciliario, el perdón, etc...

Es claro que cada medida tiene sus problemas: así por ejemplo la multa se enfrenta a los problemas de distinta repercusión en el condenado —aún cuando ello se intenta solucionar con el sistema de días multa—, con la incapacidad de los pobres de hacer frente a ella —aun cuando no deje de ser curioso un sistema en el cual resulta más fácil privar de libertad que de patrimonio (Christie, 1981)—, etc...

El derecho refleja y reproduce las desigualdades materiales de la sociedad en que vivimos y me es difícil concebirlo como un instrumento apto para enmendar las injusticias sociales, lo que sí puede exigírsele es que no las aumente. Por ello, como afirma Carlen (1989:19) no debe admitirse que la cárcel funcione como medida aseguradora de estas alternativas, porque ello sí supone una discriminación entre los que tienen poder adquisitivo y los que no. La alternativa a la multa no es la cárcel sino o bien el trabajo de utilidad social (Shaw, 1989:45), u otro tipo de compensación a la víctima realizada incluso por el propio Estado, el cual sí tiene derecho para castigar y para tratar, bien debiera tener obligación para compensar.

Por último, entre los mecanismos despenalizadores no debiera cesar la crítica a las penas feudales y extremas presentes en el código penal español. No deja de ser *paradójico* que se hable repetidamente de alternativas a la cárcel y que las alternativas existentes en el código penal español (remisión condicional ordinaria y especial para drogodependientes) sean inaplicables porque la mayoría absoluta de delitos exceden de la pena prevista para su aplicación.

En tercer lugar atender a mecanismos procesales como la *prisión provisional*. En España la población carcelaria se compone en un 50% de población preventiva en espera (que dura meses y años) de juicio, por ello una alternativa a la cárcel efectiva —cuando menos para este 50%— sería la abolición de la prisión provisional.

Que esta es ilegítima e inadmisibles ha sido convincentemente expuesto, en mi opinión, por Ferrajoli (1990:559-572). De acuerdo a este

---

(14) Siempre que se aborda el encogimiento o la abolición del derecho penal surge el problema de las garantías previstas en este. Pero defender la idea de garantías en un procedimiento no es sinónimo de endosar la idea de castigo. He desarrollado este tema con mayor detalle en Larrauri (1991).

autor la prisión provisional vulnera la presunción de inocencia —no la inocencia sino la culpabilidad debe ser demostrada—; el principio de legalidad —es una pena, aun cuando no se la denomine así, sin juicio—; y el derecho a la libertad, la cual se ve amenazada no sólo por la realización de delitos sino por la imposición de castigos arbitrarios.

La prisión provisional justificada en un principio como un instrumento procesal (evitar la fuga del sospechoso o la destrucción de pruebas) ha terminado convirtiéndose en un instrumento penal, aplicado por razones preventivas (evitación de futuros delitos), y con ello instituyendo una verdadera presunción de culpabilidad (Ferrajoli, 1990:563).

Ferrajoli señala como los fines procesales pueden ser alcanzados por modos diversos de la prisión preventiva, aun cuando no niega que ciertamente en algunos casos pueden fracasar, pero estos fracasos son el precio a pagar si no quiere renunciarse a lo que para Ferrajoli es la razón de ser del derecho penal, la protección de las garantías de los ciudadanos. Del mismo modo llama la atención sobre la ilegitimidad de pretender alcanzar las necesidades preventivas por medio de la prisión provisional ya que “Esta idea es precisamente una de aquellas contra las cuales ha nacido el delicado mecanismo que es el proceso penal: que no sirve, como se dice, para tutelar a la mayoría, sino a proteger, incluso contra la mayoría, a aquel ciudadano singular que aun cuando sospechoso no puede considerarse, sin pruebas, culpable.” (Ferrajoli:1990:572).

Soy consciente de que con esta posición corro el riesgo de que se entienda como una negativa a introducir alternativas. No es esta mi hipótesis. Mi opinión es insistir de nuevo en la relación excesivamente simple que se observa entre introducción de alternativas penales y aplicación. Si la experiencia europea y norteamericana puede ser de utilidad alguna es para evitar una proliferación de alternativas que no reducen el número de población reclusa. Si el objetivo es descarcerar ello puede conseguirse con los mecanismos ya existentes sin necesidad de introducir nuevos. Por el contrario, si se quiere la creación de múltiples nuevos organismos que trabajen, crezcan y se multipliquen, debemos favorecer más alternativas, aun cuando la descarceración que se produzca como consecuencia de ello sea altamente improbable.

Ahora bien, aun con todo lo mencionado anteriormente puede surgir el tema urgente: frente a la persistencia de la cárcel ¿qué alternativas deben propiciarse? Y en este aspecto es necesario manifestar que *valores* estamos dispuestos a priorizar.

Podría intentarse una hipotética clasificación: a) *mínimas* las que representan un cambio de etiqueta ya que implican institucionalización en medio cerrado y privación de libertad (i.e. granjas agrícolas para drogadictos) o suponen simplemente la aplicación de beneficios penitenciarios para quien está en la cárcel; b) *medias* son también castigos pero tienden a ser en medio abierto (i.e. multas, remisión condicional); c)

*máximas* (15) éstas persiguen la resolución del conflicto con la participación de los afectados (i.e. restitución en forma de compensación o indemnización, perdón, trabajo en la comunidad), en tanto las dos primeras atienden al sujeto infractor.

Es lógico que cada grupo tropiece con sus peculiares problemas. En el primer caso aparece incluso cuestionable su carácter de alternativas al tratarse de un intercambio de instituciones (Greenberg, 1975), o presuponer la condena de cárcel (en el caso de beneficios penitenciarios).

La clasificadas en el grado medio comportan el problema de aumentar el control y la disciplina, fundamentalmente en el caso de la remisión condicional, la cual en Europa se empieza a denominar "*intensive probation*", ya sea por la imposición de un gran número de condiciones, ya sea porque además se prevé el arresto domiciliario adicional, ya sea por el gran poder de vigilancia concedida al oficial de *probation*.

También comportan, como he destacado, el problema de su ingente extensión. La mayoría de autores admiten que el problema de las alternativas es precisamente que funcionan con los infractores denominados "*soft end*", delincuentes juveniles, delincuentes ocasionales, ciudadanos que transgreden los índices de alcohol, etc... Esto es, con aquellos ciudadanos que es de pensar que tampoco obtendrían condena de cárcel, o con aquellos que es de prever que cualquier medida funcionaría.

Comportan finalmente el problema de la aparición de nuevos métodos como el "*electronic monitoring*" que evoca imágenes "*orwellianas*" y quizás por ello, aun con su pretendida ventaja de que permite al infractor seguir trabajando y viviendo "*normalmente*", dificulta la decisión de que el medio abierto es en sí una medida preferible (16).

Las clasificadas en el grado máximo tampoco están libres de problemas, desde su inaplicabilidad en determinados casos en los que no exista una voluntad de resolver el conflicto, hasta su apoyo implícito en la cárcel como "*espada de Damocles*" en caso de incumplimiento.

Como este listado de problemas, de sobras conocido, la pregunta que surge es cuales estamos dispuestos a priorizar en atención a nuestros valores, ya que *todas* comportan problemas de aplicabilidad. En mi opinión son preferibles —de más a menos— aquellas dirigidas a la restitución, con la participación de los afectados, en medio abierto, sin intromisión intensiva.

---

(15) Tengo dudas de si puede afirmarse que éstas son alternativas al castigo en vez de castigos alternativos. Tienden efectivamente a la restitución, pero el hecho de que sean *impuestas por el Estado* en vez de negociadas por las partes, me impide pronunciarme de forma definitiva acerca de su carácter.

(16) Lógicamente toda clasificación es en bastante medida arbitraria, podría objetarse que el arresto domiciliario es efectivamente una institucionalización, o que el "*electronic monitoring*" supone llevar la cárcel a cuestras. Frente a las medidas "*inclusivas*", el tratamiento en la comunidad, y "*exclusivas*", el encierro en instituciones, se acuña el término de "*seclusión*" (Berry-Matthews, 1989:106) para designar estos productos híbridos.

Finalmente, no debiera olvidarse, aun cuando en el mundo anglosajón se insista en hablar de “redes”, que el sistema *penal* no trata con oferta de servicios sociales, sino con imposición de castigos. Por ello, la intromisión del Estado, debe estar sometida a todas las garantías tradicionales: mínima intervención, no antes sino después de la realización de un injusto, determinadas en el tiempo, etc...

En breve, después de la loanza, demolición y recuperación, parece haber un cierto consenso en tres cuestiones: se trata de *evitar la proliferación* de alternativas si estas no sustituyen efectivamente la pena de cárcel. La segunda indicación que parece consensuada es que las alternativas deben poseer unos *valores* para merecer el título de alternativas. Finalmente parece también claro que estamos en presencia de *castigos* alternativos, y que por consiguiente deben ser sometidos a los límites y requisitos que actualmente requiere toda intervención punitiva del Estado.

## 5. Y AUN LA CARCEL...

Pareciera extraño tratar la cárcel en un artículo que en principio está previsto para las alternativas. Ello es debido a varias razones.

Ya tempranamente Greenberg (1975) advirtió del peligro de que los criminólogos críticos creyesen el espejismo de cárceles semi-vacias y se preocupasen sólo de las alternativas. Parece que ello es lo que ha sucedido. Las cárceles actuales están en manos de una criminología administrativa, se trata de asegurar su funcionalidad —lo que traducido significa que funcionen lo más silenciosamente posible. El hecho de que además se hayan extinguido los movimientos de presos coadyuva a este olvido.

En segundo lugar se requiere prestar atención a la cárcel debido a la relación existente entre las alternativas y la cárcel. Debido a que la proliferación de alternativas no disminuye los índices de encarcelamiento, o cuando menos no afecta al considerado sector peligroso de los ofensores, es de prever, si atendemos al aumento de población reclusa y a la construcción de nuevas cárceles, que esta seguirá existiendo por un tiempo. E incluso que se pretenderá que la cárcel es necesaria como un aval de las alternativas, su eficacia parece requerir la presencia amenazadora de la cárcel (17).

---

(17) La literatura ha prestado poca atención al hecho de que también la cárcel necesita de las alternativas para funcionar (Pavarini, 1989). Ello es debido a que ni siquiera los criminólogos administrativos confían en la posibilidad de resocializar en la cárcel, por ello defienden que su misión es conseguir la “funcionalidad” de la propia cárcel. Para ello es desde luego necesario contar con alternativas que se ofrecen a modo de “premios” y que permiten establecer un régimen disciplinario con mayores posibilidades de ser cumplido.

Por ello pareciera que el tema de las alternativas no debe verse como la posibilidad de que estas sustituyan a la cárcel de forma natural, evolutiva y progresivamente. Sin mencionar múltiples países en los cuales el tema de las alternativas sigue postergado para tiempos futuros o en espera de próximas reformas de códigos penales.

Debiera recuperarse, en mi opinión, la consigna sugerida por Mathiesen (1986:88), exigir una *moratoria* en la construcción de las cárceles. Soy consciente de que ello puede redundar en una sobremasificación, como advierte Matthews (1990:133), pero, como el propio autor reconoce posteriormente (Matthews, 1990:149), la construcción de más cárceles puede estimular su uso, al tiempo que perpetuar la imagen de que la cárcel es un mal necesario, a pesar de ser ineficaz e ilegítimo.

Adicionalmente pueden seguirse desarrollando reformas negativas, también sugeridas por Mathiesen (1986:87), esto es, reformas cuya finalidad sea la limitación, restricción, socavamiento del sistema penitenciario cerrado. De nuevo es cierto que la distinción entre reformas negativas y reformas positivas no será siempre de una claridad meridiana, pero en mi comprensión simple de las mismas entiendo que significa promocionar aquellas reformas que tiendan a “abrir la cárcel” como dice Mathiesen (1986:86), o que afecten a la “intensidad” del encierro como dice Matthews (1990:147).

Un último motivo de no olvidar la cárcel es debido a los virajes teóricos y prácticos que han surgido en la década de los ochenta. Los nuevos movimientos partidarios de la criminalización hablan de las funciones simbólicas del derecho penal, pero guardan un embarazoso silencio acerca de la aplicación de este “símbolo”. Los realistas de izquierda insisten en que el delito es un problema y en la misión de proteger a la víctima no excluyen la pena de cárcel. Y la discusión propulsada por los abolicionistas omite destacar lo que en privado se afirma ¿qué hacer con el reducto de infractores que no admiten la negociación, con el reducto de infractores que presentan un peligro?

Por todos estos motivos pienso que el tema de la cárcel debe, lamentablemente, seguir en la agenda de la criminología crítica.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUSTIN, J.; KRISBERG, B. (1981), “Wider, stronger and different nets: The dialectics of criminal justice reform”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*.
- BERRY, B.; MATTHEWS, R. (1989), “Electronic Monitoring and House Arrest: Making the right connections”, en Matthews, R. (ed) *Privatizing Criminal Justice*. London: Sage.
- BOTTOMS, A. (1984), “Neglected Features of contemporary penal systems”, en Garland, D.; Young, P. (eds), *The Power to Punish*. London: Heinemann.
- CAIN, M. (1985), “Beyond informal justice”, en Matthews, R. (ed) (1988) *Informal Justice?* Sage: London.

- CARLEN, P. (1989), "Crime, inequality and sentencing", en Carlen, P.; Cook, D. (eds), *Paying for Crime*. Milton Keynes: Open University Press.
- CHRISTIE, N. (1981), *Limits to Pain*. Oslo: Universitetsforlaget.
- COHEN, S. (1985), *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press. Traducción al español de Larrauri, E. (1988), *Visiones de Control Social*. PPU: Barcelona.
- (1987) "Taking Decentralization seriously: Values, visions, and policies", en Lowman, J.; Menzies, R.J.; Palys, T.S. (eds), *Transcarceration: Essays in the sociology of social control*. Aldershot: Gowman. Traducción al español en *Nuevo Foro penal*, 1989, n. 45.
- (1990) "Intellectual scepticism and political commitment: The case of radical criminology", en *Stichting W.A. Bongers-Lezingen*, Amsterdam.
- DE SOLA, A.; GARCIA, M.; HORMAZABAL, H. (1986), *Alternativas a la prisión*. Instituto de Criminología de Barcelona.
- DIEZ RIPOLLES, J.L. (1989), *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Madrid: Tecnos.
- FERRAJOLI, L. (1989), *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari-Roma: La Terza.
- FOUCAULT, M. (1984), *Vigilar y Castigar*. 4ª ed. Madrid: Siglo XXI.
- FUNES, J.; MAYOL, I. (1989), *Incorporarse a la Sociedad*. Cruz Roja Española, Departamento de Toxicomanías.
- GARLAND, D. (1986), "The punitive mentality: its socio-historic development and decline", en *Contemporary Crises*.
- GIMENEZ-SALINAS, E.; GONZALEZ ZORRILLA, C. (1988), "Jóvenes y cuestión penal en España", en *Jueces para la Democracia*, Abril.
- GONZALEZ ZORRILLA, C. (1990), "Remisión condicional de la pena y drogodependencia", en *Comentarios a la Legislación Penal*. Madrid: Edhersa.
- GREENBERG, D. (1975), "Problems in Community corrections", en *Issues in criminology*, vol. 10, n.1.
- HASSEMER, W. (1990), "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", en *NSiZ*, Heft 12. Traducción al español en *Pena y Estado*, n. 1.
- KNAP, J. (1986), "Criminal Law does not lead to Justice", en Bianchi, H.; van Swaaningen, R. (eds) *Abolitionism. Towards a nonrepressive approach to crime*. Amsterdam: Free University Press.
- LARRAURI, E. (1987a), "Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- (1987b) "Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y Control*, n. 3.
- (1991) *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo XXI.
- MATTHEWS, R. (1987), "Decarceration and Social Control: Fantasies and Realities", en Lowman, J.; Menzies, R.J.; Palys, T.S. (eds) *Transcarceration: Essays in the sociology of social control*. Aldershot: Gower. Traducción al español en *Poder y Control*, n. 3.
- (1989) "Alternatives to and in Prisons: a realist approach", en Carlen, P.; Cook, D. (eds) *Paying for Crime*. Milton Keynes: Open University Press.
- MATHIESEN, T. (1974), *The Politics of Abolition*. London: Martín Robertson.
- (1986) "The politics of abolition", en *Contemporary Crises*.
- (1990) *Prison on Trial*. London: Sage.
- MELERO, J. (1989) "Las alternativas a la prisión en España". Ponencia pre-

- sentada en las *II. Jornadas Criminalización en Euzkadi. Alternativas a la cárcel*. Organizadas por Salhaketa, Vitoria.
- NELKEN, D. (1987), "Critical Criminal Law", en Fitzpatrick, P.; Hunt, A. (eds) *Critical Legal Studies*. Oxford: Basil Blackwell. Reimpresión 1990.
- PAVARINI, M. (1989), "Las alternativas a la prisión en Europa Occidental: análisis y críticas". Ponencia presentada en las *II. Jornadas Criminalización en Euzkadi. Alternativas a la cárcel*. Organizadas por Salhaketa, Vitoria.
- PITCH, T. (1985), "Critical criminology, the construction of social problems, and the question of rape", en *International Journal of Sociology of Law*, 13.
- SCHEERER, S. (1986a), "Atypische Moralunternehmer", en *Kriminologisches Journal*, Beiheft 1.
- (1986b) "Limits to Criminal Law", en Bianchi, H.; van Swaaningen, R. (eds) *Abolitionism. Towards a non-repressive approach to crime*. Amsterdam: Free University Press.
- SCULL, A. (1984), *Decarceration*. 2ª ed. New York: Rutgers University Press.
- SHAW, S. (1989), "Monetary penalties and imprisonment: the realistic alternatives", en Carlen, P.; Cook, D. (eds) *Paying for Crime*. Milton Keynes: Open University Press.
- TEUBNER, G. (1983), "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", en *Law and Society Review*, vol. 17, n. 2.
- (1984) "Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en Zacher (ed) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden.
- YOUNG, J. (1987), "The tasks facing a realist criminology", en *Contemporary Crises*, n. 11.



# Delitos contra los derechos de autor (\*)

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Profesor Titular de Derecho Penal

## I

La Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre, modificó la regulación de los delitos contra los Derechos de autor. La doctrina ha trabajado intensamente sobre esta reforma (1) lo que me permite limitar este tra-

---

(\*) Por encontrarse este artículo concluido y en pruebas de imprenta, no pude tener en consideración el muy interesante trabajo de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", publicado en ADP, 1990, p. 803.

(1) Cfr. ARROYO ZAPATERO, L y GARCÍA RIVAS, N., "Protección penal de la propiedad intelectual" en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirig. por R. BERCOVITZ, Madrid, 1989, CARMONA SALGADO, C. La nueva Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1988, y "Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre Propiedad Intelectual", en Poder Judicial, Número especial IX. CHIRINOS RIVERA, S. "A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual de autor" en Poder Judicial, Número especial IX, DELGADO PORRAS, Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual, Madrid, 1988. GIMBERNAT ORDEIG, "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual", en Poder Judicial, Número especial IX, GÓMEZ BENÍTEZ J. M y QUINTERO OLIVARES, G. Protección de los derechos de autor y conexos, Madrid, 1988, GUERRERO ZAPLANA, J. "Algunas cuestiones derivadas de las denuncias por delitos contra la propiedad intelectual, cometidos durante la emisión de películas cinematográficas y por los llamados videos comunitarios" en Poder Judicial, Número especial IX, JORGE BARREIRO, La tutela penal de la Propiedad Intelectual (Ejemplar mecanografiado), MORILLAS CUEVAS, L, Sobre la denominación de Sección III del Capítulo IV del Título XIII, del Libro II del Código penal, en Poder Judicial, Número Especial IX, POLAINO NAVARRETE, M. "Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual" en Poder Judicial, Número Especial IX, ROLDÁN BARBERO, "Personalismo y patrimonialismo en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales", en La Ley, 1988, II, ROMEO CASABONA, C. M. Poder informático y seguridad jurídica, Madrid, 1988, y SOTO NIETO, "Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual", en Poder Judicial, Número especial IX. Véase también la Circular n.º 2/1989 de la Fiscalía General del Estado, titulada "Precisiones sobre algunos aspectos

bajo al análisis de los aspectos que presentan mayores problemas interpretativos.

La primera de estas cuestiones es la caracterización de los artículos 534 bis a) y b) como normas penales en blanco o bien como preceptos cuyo texto agota la descripción de la materia prohibida. En este sentido, la reforma de aparente solución al principal problema que presentaba la regulación anterior. El derogado artículo 534 sancionaba a aquel que infringiera intencionadamente los derechos de autor. Se trataba de una ley penal en blanco que remitía íntegramente a la legislación civil, es decir, a la Ley de Propiedad intelectual de 1879. Los nuevos artículos 534 bis a) y b) definen las conductas merecedoras de sanción penal. Ahora se sancionan ciertos comportamientos, como reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente una obra literaria, artística o científica sin autorización.

Para un importante sector doctrinal la nueva formulación del tipo penal implica el abandono de la técnica de la ley penal en blanco, "en cuanto que son enunciadas todas las conductas básicas que pueden dar lugar al delito" (2). En esta línea de argumentación, dice QUINTERO OLIVARES que "utilizando un criterio meramente práctico podría incluso decirse que la actual normativa penal sería aplicable incluso si se derogara la Ley de Propiedad Intelectual, al ser una ley completa que cuenta con precepto y sanción, lo único que sucedería es que determinados conceptos tendrían que ser interpretados por el juez penal sin contar con el auxilio normativo de otra ley" (3). Inmediatamente agrega que esta afirmación no puede malinterpretarse como una desvinculación absoluta de la Ley de Propiedad Intelectual con el Código penal. Agrega enconces QUINTERO que una ley penal impregnada de elementos normativos, que exige una interpretación fundada en preceptos extrapenales no es equiparable al recurso a la ley penal en blanco, pues esta última implica una renuncia a mantener en sede penal la definición de los comportamientos punibles. Una interpretación totalmente opuesta formulan ARROYO Y GARCIA RIVAS (4), para quienes se siguen tratando de una ley penal en blanco. Pero como la nueva ley define el núcleo esencial de lo prohibido, quedan cubiertas las exigencias del principio de legalidad. Para tomar partido por una u otra posición, hay que resolver dos cuestiones. En primer lugar, aclarar si la reforma penal es autosuficiente para definir el ámbito de lo prohibido, es decir, si los artículos 534 bis a) y b) contienen toda la materia de prohibición. En segundo término, de comprobarse la necesidad del recurso a la ley extra-

---

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".

(2) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático y seguridad jurídica, op. cit. p. 153.

(3) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Protección penal, op. cit. p. 28.

(4) Cfr. Protección penal de la propiedad intelectual, op. cit. p. 1987. En igual sentido RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal, parte especial, 11 edic., Madrid, 1988, p. 535.

penal, hay que resolver si un elemento del tipo que exige tan remisión puede considerarse como un elemento normativo o bien entender que se trata de una ley penal en blanco.

La trascendencia práctica de la cuestión es escasa. Antiguamente, cuando sólo se admitía el error de prohibición en el supuesto del llamado “error de derecho extrapenal” la caracterización como elemento normativo del tipo o ley penal en blanco suponía un tratamiento diferente, ya que no se admitía el llamado “error de derecho penal”. En la actualidad, al admitirse el error de prohibición con carácter general, en aplicación del artículo 6 bis a) la solución será la misma en uno u otro caso.

De todas maneras, la naturaleza de ley penal en blanco debe ser reconocida por otro género de consecuencias, que no hacen a la solución concreta de eventuales problemas interpretativos sino a la esfera de garantías individuales. Un amplio sector doctrinal entiende que el recurso a las leyes penales en blanco debe limitarse lo máximo posible ante el ataque que presentan o pueden presentar hacia las garantías individuales, más concretamente hacia el principio de legalidad. La ley penal en blanco genera una mayor incertidumbre y puede provocar confusiones en los sujetos hacia los que va dirigida.

a) La primera cuestión, referida la autosuficiencia del tipo penal para delimitar totalmente el ámbito de lo prohibido, es objeto de interpretaciones opuestas. Como acabo de señalar, para QUINTERO OLIVARES en el supuesto de la tutela penal de los derechos de autor no existiría la necesidad de recurrir a la ley civil para completar el tipo penal. Pero este razonamiento no puede ser suscrito porque la ley penal depende de la ley civil, y de tal manera que si desapareciera dicha ley civil no existiría ninguna posibilidad de brindar protección penal a los derechos de autor. Los derechos de autor se construyen sobre la normativa extrapenal.

Es cierto que aunque no existan leyes civiles o mercantiles que regulen los derechos de autor, nos seguiremos encontrando con sujetos que realizan obras literarias, artísticas y científicas. Esos sujetos podrán ser plagiados o tal vez padezcan una disminución en sus ingresos económicos por la actuación de extraños que se dedican a la reproducción o difusión de sus obras sin autorización. Pero el derecho de autor no tiene ningún significado sin la ley civil, pues la ley civil está delimitando el ámbito situacional que va a tener relevancia para la ley penal (5). En definitiva, en materia de derechos de autor la ley penal sin ley civil produce una caída en el vacío. Por ello puedo afirmar que la ley civil integra el tipo penal, es indispensable para delimitar el ámbito de lo prohibido, por lo que puede caracterizarse este nuevo precepto penal como

---

(5) Por ejemplo, la ley de Propiedad intelectual indica que una obra ya divulgada puede reproducirse *sin autorización de autor* cuando sea para uso privado del copista siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa. En este supuesto la ley civil es requerida para delimitar el tipo penal.

un elemento normativo del tipo de naturaleza idéntica a una ley penal en blanco.

b) Una vez comprobado que la ley penal requiere el recurso inexorable a la ley extrapenal para definir el ámbito de lo prohibido, debemos señalar las coincidencias materiales con las leyes penales en blanco.

El artículo 534 bis no define completamente el supuesto de hecho, sino que remite a otras normas jurídicas encargadas de llenar el vacío legislativo. El complemento se encuentra en otra ley, que en este caso ha emanado de la misma instancia legislativa. El tipo posee un elemento normativo que funciona como una ley penal en blanco. Con este recurso se gana un poco en certeza y precisión al no existir una remisión indiscriminada a la normativa extrapenal, como sucedía con la regulación anterior a 1987. Con los nuevos preceptos el tipo describe las líneas generales del ámbito prohibido, que será completado por la ley extrapenal. Pero eso no implica que pueda afirmarse la autosuficiencia del precepto penal cuando define la conducta prohibida. Esa interpretación se queda en lo formal porque materialmente el alcance de la prohibición no lo da la ley penal, sino la extrapenal.

Reitero que la naturaleza equiparable a una ley penal en blanco no tiene la trascendencia práctica que pudo tener antes de la reforma del error en el Código penal, aunque produce algunas consecuencias. En primer lugar, permite aclarar la verdadera naturaleza jurídica de estos elementos para su valoración desde una perspectiva político criminal. Pero también sirve para recordar al intérprete y al encargado de la aplicación de la ley penal el alcance mayor de la consciencia de la antijuricidad, que debe abarcar las características impuestas por la ley extrapenal cuando se cuestionen los límites del error de prohibición en estos delitos.

El segundo aspecto conflictivo de esta reforma penal reside en la determinación de bien jurídico protegido, que condiciona el fundamento de la intervención penal, la ubicación sistemática y la denominación de los delitos en análisis. Para resolver esta cuestión hay que tener presente que la reforma penal va unida, e incluso depende de la modificación operada en la legislación civil. La ley (civil) de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (en adelante, LPI), y la Ley Orgánica que modificó estos delitos coinciden en asignar a los derechos de autor dos grandes ámbitos o zonas con relevancia jurídica. Por una parte están los derechos personales y morales, por la otra los aspectos referidos a la propiedad intelectual, es decir, las consecuencias de índole patrimonial que produce para el autor y cesionarios la divulgación de la obra. En definitiva, para el Derecho positivo el autor de una obra recibe protección tanto por los aspectos morales irrenunciables e inalienables (por ej. los derechos de divulgación o de paternidad de la obra: artículo 14 LPI) como por los derechos de explotación, de claro contenido económico, que surgen a partir de comercializar esta obra en el mercado (artículos 17 a 23 LPI). Este ámbito tan diferente de derechos tiene que ser el re-

sultado de la protección de un bien jurídico que no se agota en los aspectos patrimoniales, un bien jurídico distinto al mero patrimonio del autor.

Toda la doctrina reconoce la distinción entre los aspectos personales y patrimoniales, y que los dos ámbitos reciben tutela por parte del derecho penal. Es una conclusión inevitable que surge de constatar la regulación jurídica que realizan las leyes civiles y penales. Pero a partir de esta afirmación las opiniones comienzan a matizarse y dividirse. Las alternativas pasan por entender que existen dos bienes jurídicos diferenciados, o bien que existe un único bien jurídico, denominado para unos Propiedad Intelectual y para otros Derechos de autor.

Una primera interpretación (6) entiende que existen dos bienes jurídicos, ambos de carácter individual, derivados del derecho de autor. Por una parte, el derecho a la propia imagen, que sería una síntesis del derecho moral y, por otra parte, el derecho de explotación de la obra, es decir, todo el beneficio patrimonial que se puede obtener de ella. Consecuentemente se propone la creación de tipos penales distintos para proteger cada uno de esos bienes jurídicos. Por mi parte, entiendo que se lesiona un solo bien jurídico en el que existen dos zonas de protección. Se trata, en principio, del mismo sujeto, es decir, el autor de la obra, y del mismo objeto, su obra, que puede recibir múltiples ataques. Por ello no parece aconsejable dividir la caracterización de aquello que se protege, dado que los aspectos personales y patrimoniales están muy unidos, y sugieren la presencia de un único bien jurídico tutelado. Ocurre algo parecido en los delitos contra la Hacienda Pública, en los que se constata un único bien jurídico con dos aspectos diferenciados de protección. Por una parte, el aspecto recaudatorio que está tutelado por el delito fiscal y el delito contable. Por el otro lado, el gasto público, tutelado por el fraude de subvenciones.

Otro sector doctrinal entiende, implícita o explícitamente, que el bien jurídico no está constituido por los Derechos de autor sino por la Propiedad Intelectual, es decir, por aquellos aspectos de naturaleza patrimonial. Se reconoce la existencia de aspectos personales y patrimoniales, pero se considera que el legislador da tal preeminencia a los aspectos patrimoniales que los personales o morales quedan opacados, en una segunda e inferior categoría (7). Esta línea interpretativa, llevada a

---

(6) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático, op. cit. p. 153.

(7) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal, Parte Especial, Valencia, 1988, p. 287, quien entiende que "en las distintas infracciones del derecho de autor que se tipifican en el Código Penal, se protege este derecho en su vertiente predominantemente patrimonial, sin excluir que, en algún caso, se proteja la paternidad de la obra o su integridad artística". Agrega que es el derecho patrimonial el que normalmente motiva la intervención del derecho penal. Siguen esta línea de razonamiento ARROYO y GARCÍA RIVAS op. cit. p. 1989, quienes entienden que el fundamento de los derechos de autor, tanto en lo que se refiere a los derechos morales como a los de explotación, se encuentra en el art. 33 de la

sus extremos, conduce a la interpretación *contra legem* de algún autor, para quien “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” (8). Tampoco puedo suscribir estos planteamientos. Se pretende basar la distinción en el diferente grado de protección que da el Código penal a los aspectos personales y patrimoniales. Pero estos mismos autores reconocen que el plagio, como manifestación del aspecto moral del derecho de autor, es “considerado desde siempre el más grave atentado contra los derechos de autor” (9).

Por último, otro sector doctrinal entiende que se otorga similar importancia a los aspectos morales y patrimoniales. Para fundamentar la relevancia de los aspectos morales se recurre a la Constitución, concretamente el artículo 20, 1, b) que establece, entre los derechos fundamentales, que se reconocen y protegen los derechos... “A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica” (10). La discusión acerca de la protección constitucional del derecho de autor a través de ese precepto es muy amplia en los ámbitos civiles (11) y ha pasado al derecho penal. En general, se tiende a realizar la siguiente distinción. Por una parte está la tutela de los derechos de autor, entendidos como derechos que recaen sobre una obra ya realizada (a través de la LPI). Por otra parte están los derechos de producción y creación intelectual (artículo 20.1. b) de la Constitución), que serían los derechos sobre una obra futura. Estos últimos recibirían protección a través de los delitos de coacciones o amenazas. Ambos supuestos, tanto los que afectan a una obra ya realizada como a una obra futura, se refieren exclusivamente al *corpus mysticum*, esto es, a la creación intelectual por lo que se diferencian del derecho de propiedad sobre el objeto en el que se asienta la obra, es decir el *corpus mechanicum* (12).

---

Constitución, que protege la propiedad privada. Para estos autores existe un desequilibrio protector en favor de los intereses patrimoniales. Dan relevancia a las consecuencias económicas que, según ellos, subyacen detrás de todos los supuestos contemplados en la reforma, ya se trate de derechos personales o morales, concluyendo que los aspectos morales de la tutela penal ocuparían una posición inferior respecto a los patrimoniales. En consecuencia, entienden correcta la inclusión de estos nuevos preceptos penales entre los delitos patrimoniales, y su designación como *Delitos contra la Propiedad Intelectual*. Cfr. también POLAINO, Aspectos, op. cit. p. 425 y ss, y CARMONA SALGADO, Sujetos penalmente protegidos, op. cit. p. 338.

(8) Cfr. DELGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 117.

(9) Cfr. ARROYO-GARCÍA RIVAS, op. cit. p. 1993.

(10) Cfr. BOIX REIG, en COBO-BOIX-ORTS-CARBONELL, Derecho penal, Parte Especial, Valencia, 1988, p. 241, y ROLDÁN BARBERO, Personalismo y patrimonialismo, op. cit. p. 916.

(11) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Comentarios a La ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1989, p. 22.

(12) Cfr. STORCH DE GARCÍA ASENSIO, J. “Derecho a la producción y creación in-

Por mi parte, entiendo que lo tutelado son los derechos de autor, entendidos como las facultades personales y patrimoniales que jurídicamente corresponden al autor sobre su creación. En otras palabras, la doble manifestación de los derechos de autor (13) que siempre resultará afectada, en alguna medida, con estos comportamientos delictivos. Comprende, por una parte, los derechos morales del autor sobre su obra y, por otra, el monopolio de la explotación económica que otorga la ley al autor o a sus cesionarios. Los límites jurídicos están señalados por la legislación extrapenal sobre derechos de autor, sea ésta civil o mercantil.

Los derechos de autor son intereses asentados en la realidad que reciben protección jurídica. La primera protección la reciben del derecho civil (y eventualmente del derecho mercantil), delimitándose el ámbito de tutela jurídica. En un segundo momento el derecho penal impondrá sus límites de protección. Por ese motivo, dado que las leyes civiles, mercantiles y penales protegen aspectos patrimoniales y morales, hay que admitir que ambos aspectos constituyen por igual los componentes del bien jurídico "Derechos de autor". Inclusive, puede hablarse de una ligera preeminencia de los derechos morales sobre los derechos de explotación (14), lo que explica que en el tipo básico no se exija un perjuicio económico aunque se afecten derechos de explotación (ej. reproducción ilegal de una obra que aún no ha sido puesta a la venta). Esta circunstancia elimina la caracterización de la *Propiedad Intelectual* como bien protegido y propugna una nueva ubicación sistemática, tal vez en un nuevo título, para que quede suficientemente claro que no se tutela exclusivamente el patrimonio del autor de la obra, sino que existe un ámbito moral de tutela. Respecto a la proyección constitucional del bien jurídico, creo que no es necesario ni recomendable entrar en esa discusión. A los efectos fundadores y prácticos del derecho penal es indiferente que la tutela de los derechos de autor esté o no consagrada explícitamente en el texto constitucional. En la actualidad no gozan de ningún predicamento las teorías constitucionales estrictas sobre el bien ju-

---

telectual. Derecho de autor y Derecho de propiedad sobre la obra concreta" en La Ley, 1986. Esta discusión también existe en el seno del Tribunal Supremo. Al resolver un famoso caso en el que el escultor Pablo Serrano solicitaba la defensa de su derecho moral de autor pudo comprobarse la división de opiniones en el Alto Tribunal. Los propietarios de un hotel malagueño, a quien el artista había vendido la obra, desmontaron su escultura "Viaje a la luna en el fondo del mar" causándole graves daños. La sentencia del Tribunal Supremo no reconoce relevancia constitucional al derecho moral del autor, por la vía del artículo 20, 1, b). Pero existe un voto en disidencia que otorga relevancia constitucional al derecho moral del autor, lo que ha sentado las bases de la discusión doctrinal. BOIX y ROLDÁN se adhieren al magistrado disidente y entienden que el aspecto moral del derecho de autor tiene relevancia constitucional en virtud del precepto comentado.

(13) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., Manual de Derecho penal. Parte Especial. II. Delitos patrimoniales y económicos. Madrid, 1987, p. 224. Cfr. también SOTO NIETO, Delitos, op. cit. p. 382.

(14) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comenarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dir. por R. BERCOVITZ, Madrid, 1989, p. 331.

rídico, que exigían la mención expresa de aquél dentro del catálogo de valores constitucionalmente relevantes (15).

Concretando el bien jurídico tutelado, diré que se trata de los derechos de autor y ciertos derechos conexos, ya que la protección penal no se agota con la defensa de los derechos de autor en sentido estricto sino que comprende otros derechos como son los que corresponden a intérpretes o ejecutantes respecto a su interpretación o ejecución. En todo caso, dado que es un bien jurídico que posee naturaleza mixta (16) quedan comprendidos tanto los aspectos personales como patrimoniales. Por todo ello deben denominarse delitos contra los Derechos de autor, y no delitos contra la Propiedad Intelectual, ya que esta última fórmula señala solamente uno de los aspectos tutelados (17). Por otra parte, la naturaleza mixta del bien jurídico "Derechos de autor" hace difícil su ubicación sistemática. Es necesaria una reordenación del Código, que extraiga estos delitos del capítulo destinado a las defraudaciones, pues se producen confusiones interpretativas cuando se trata de la protección de los aspectos no patrimoniales.

Respecto al *sujeto activo*, los comportamientos descritos por los artículos 534 bis a) y 534 bis b) no presentan limitaciones en orden a quienes pueden realizarlos. Son delitos comunes, por lo que cualquiera puede ser sujeto activo. La cuestión más interesante que se presenta radica en determinar si el propio autor de la obra o creación original puede ser sujeto activo de estos delitos, en el supuesto en que su comportamiento afecte los derechos de los cesionarios. Cuando el autor cede sus derechos "en exclusiva", atribuye al cesionario la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona, inclusive el propio cedente (artículo 48 LPI). Si la cesión no es en exclusiva, hay que atenerse a los términos del contrato (artículo 50.1 LPI) pero, en principio, las facultades de explotación que se ceden corresponden al cesionario, con exclusión del propio cedente.

Hay que determinar qué solución se da cuando el autor autoriza a un tercero para que reproduzca, divulgue, distribuya, etc. su obra en contra de los derechos adquiridos por el cesionario en virtud de un contrato previo. Para un sector doctrinal, el autor de la obra puede ser autor

---

(15) Esta exigencia de la consagración expresa en el texto constitucional limita la criminalización de conductas, pues la Constitución no puede contener todos los valores que podrían ser relevantes para esta sociedad y su derecho penal, ni en el momento actual ni en el futuro. Toda reforma penal sobre materias no reguladas constitucionalmente requeriría una reforma constitucional previa, lo que es de por sí absurdo. Por eso, es suficiente que el valor o interés que se considera digno de tutela, en este caso los derechos de autor, no entre en contradicción con los valores constitucionales considerados en su conjunto y, más concretamente, con la forma de Estado social y democrático de Derecho.

(16) Cfr. BOIX REIG, Derecho penal, op. cit. p. 238.

(17) Expresamente a favor de considerarlos delitos contra la Propiedad Intelectual, MORILLAS CUEVA, Sobre la denominación, op. cit. p. 421 y ss.

del delito en el caso en que se afecten los intereses del cesionario (18). En cambio, otro sector excluye la posibilidad de apreciar en el autor de la obra la condición de autor del delito. En tal caso sólo puede darse un delito de estafa o, en último término, será un comportamiento exclusivamente relevante en sede de responsabilidad civil. (19).

Como señala CARMONA SALGADO (20) el bien jurídico sigue perteneciendo al autor, aunque solo le quede el aspecto moral intransmisible. Tras esta afirmación parece un tanto absurdo que un sujeto sea, al mismo tiempo, titular de un bien jurídico de una naturaleza tan peculiar e íntimamente relacionado con él, como son los derechos de autor, y sujeto activo de un delito que afecta a ese bien jurídico.

La solución está en determinar qué tipo de comportamientos quieren ser evitados con la tutela penal de los Derechos de autor. Sin duda, el tipo pretende motivar a la comunidad para que no se violen los derechos del autor y sus cesionarios. Las relaciones internas entre autor y cesionario no aparecen como un objeto directo de tutela penal, dado que los preceptos no ponen su empeño en prohibir comportamientos del autor o del cesionario. Parece que esas conductas deben buscar sus correctivos en otros preceptos penales, o en las relaciones de derecho privado que unen a ambos sujetos.

Como consecuencia directa de todo ello, el tercero que contrata con el autor en contra de los intereses del cesionario no realiza ninguno de los comportamientos prohibidos por el artículo 534 bis. Su conducta es atípica, lo que impide cuestionar si conocía o desconocía la existencia o límites de la cesión. Ello no excluye su eventual responsabilidad por estafa o las correspondientes reponsabilidades de naturaleza civil.

Igual solución hay que dar cuando el incumplimiento de los términos del contrato es realizado por el cesionario en contra de los derechos patrimoniales del autor. El cesionario también es titular del bien jurídico, en relación con los aspectos patrimoniales que ha adquirido. Los incumplimientos contractuales deben quedar reservados a la regulación civil o, en su caso, al delito de estafa.

Mayores problemas se presentan en el supuesto en que el cesionario afecte derechos morales, que son intransmisibles por vía contractual (artículo 14 LPI). Respecto a esos derechos morales, el cesionario no adquiere la titularidad del bien jurídico en ningún caso, aunque pueda resultar él también perjudicado por la lesión. Por eso, podrían sancionarse penalmente esos comportamientos, aunque de todas maneras pa-

---

(18) Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Protección penal*, op. cit., p. 82. GÓMEZ BENITEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 155.

(19) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, 2.ª edic. puesta al día por GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1978, p. 630.

(20) La nueva ley, op. cit. p. 274.

rece preferible que la vía civil absorba esas conductas que se desarrollan dentro del ámbito contractual (21).

El *sujeto pasivo* del delito no se limita al autor de la obra literaria, artística o científica. También pueden revestir esa condición otros sujetos, personas físicas o jurídicas, en cuanto también son titulares del bien jurídico protegido.

Por tratarse de un bien jurídico de naturaleza mixta, que comprende aspectos personales y patrimoniales, habrá sujetos que serán titulares de ambos segmentos del bien jurídico tutelado (ej. autores, sucesores *mortis causa*), mientras que otros solo podrán serlo del aspecto patrimonial, único transmisible entre vivos, a diferencia del aspecto moral intransmisible.

El sujeto pasivo de estos delitos será en primer lugar, el titular de los derechos de propiedad intelectual. Estos están determinados por la Ley de Propiedad Intelectual (22). Por otra parte, el artículo 534 bis se refiere expresamente a los cesionarios (23). Estos sujetos acceden a los derechos económicos de explotación del derecho de autor en virtud de un contrato. A raíz de la nueva regulación legal el cesionario posee un verdadero derecho de autor, aunque de carácter derivado frente al original que es exclusivo del autor (24). Son también titulares del bien jurídico y, por lo tanto, no se trata de simples perjudicados por el delito en cuanto se afecta el aspecto patrimonial que les pertenece, aunque serán simplemente perjudicados en el supuesto de afección a los aspectos morales. También reciben protección los titulares de derechos conexos a los derechos de autor. Se trata de intérpretes o ejecutantes, que son sujetos pasivos en cuanto se lesionan sus derechos sobre esas interpretaciones o ejecuciones. Estos sujetos no son autores, pero el derecho les

---

(21) Por su parte, GÓMEZ BENÍTEZ entiende que infringe los derechos de autor con relevancia penal el cesionario autorizado a divulgar que se extralimita en las formas y límites del contrato (para este autor se infringe el derecho de divulgación cuando se realiza en forma distinta a la autorizada). Por ej. A cede a B su última obra literaria, para ser divulgada en Cataluña. B la divulga en todo el territorio español. En mi opinión, es un supuesto de incumplimiento contractual que posee sus correctivos perfectamente delimitados en sede civil o mercantil. Cfr. Protección penal, op. cit. p. 151.

(22) En esta categoría quedan incluidos: El autor de la obra literaria, artística o científica, es decir, la persona física que crea la obra (art. 5 LPI). También el transformador de la obra. Así el traductor y el adaptador respecto a la traducción o adaptación (en contra, QUINTERO OLIVARES, op. cit. p. 55). También se encuentran incluidos los sucesores "mortis causa" (artículo 42 LPI) respecto al derecho de explotación durante 60 años tras la muerte o declaración de fallecimiento del autor (artículo 26 LPI), momento en que dichos derechos pasan al dominio público (artículo 41 LPI). Respecto a los derechos morales, las personas que gozan de esos derechos durante los plazos previstos por los artículos 15 y 16 LPI. Además, los artículos 7, 8, 87 y 119 de la LPI consagran supuestos especiales.

(23) Críticamente, ROLDÁN, *Personalismo y patrimonialismo*, op. cit. p. 923.

(24) Cfr. QUINTERO, op. cit. p. 80.

protege en cuanto imprimen su propia personalidad al actuar (25).

No pueden ser sujetos pasivos de este delito aquellos que no son titulares de derechos de autor, ni cesionarios, ni titulares de los derechos conexos expresamente previstos por el artículo 534 bis a). El Código penal distingue a los autores de los titulares de los derechos conexos, y dentro de estos sólo menciona a intérpretes y ejecutantes. De tal manera, no puede otorgarse protección penal por vía de la analogía, pues se aumenta la esfera de lo prohibido (26). Entre los excluidos se destacan especialmente los titulares de otros derechos conexos previstos en la LPI como, por ejemplo, el productor de un fonograma (27).

En cuanto al *objeto material del delito*, es indispensable distinguir el *corpus mechanicum*, que es el objeto tangible en el que se materializa la creación, del *corpus mysticum*, que puede caracterizarse, siguiendo a BERCOVIZ, como una creación original, una composición distinta a las existentes con anterioridad, combinación nueva de palabras, formas, colores o notas musicales. El artículo 10 de la LPI ayuda a aclarar esta cuestión, cuando se refiere a las creaciones originales literarias, artísticas o científicas (*corpus mysticum*) expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (*corpus mechanicum*).

El *corpus mechanicum* tiene escasa relevancia en materia de derechos de autor. Recibe la misma protección que cualquier otro objeto que se encuentra en la realidad, por lo que se le aplican las reglas generales sobre derecho de propiedad (28). La trascendencia del *corpus mechanicum* en el ámbito de los derechos de autor se relaciona con la necesidad de asentar las ideas en un cuerpo material. Los derechos de autor no protegen las ideas en abstracto, sino la materialización de ideas a través de una obra. Por ese motivo, como señala QUINTANO RIPOLES (29) es indispensable un sustrato material que manifieste externamente las ideas: libro, partitura, lienzo, mármol. Por este motivo el *corpus mechanicum* adquiere una dimensión secundaria pero relevante para la delimitación de los derechos de autor y, consecuentemente, su protección penal. Como establece el artículo 56.1 de la LPI el que adquiere la propiedad del soporte al que se haya incorporado la obra no tendrá, por ese sólo título, ningún derecho de explotación sobre la obra. Los derechos de autor siguen perteneciendo al autor o cesionario.

---

(25) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *La protección del derecho moral de autores y artistas intérpretes o ejecutantes en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*. Revista General de Legislación y jurisprudencia n.º 4, 1988, p. 592.

(26) Cfr. QUINTERO, *Protección penal*, op. cit. p. 52.

(27) En contra, JORGE BARREIRO, *La tutela penal*, op. cit. p. 69 y CARMONA SALGADO, *La nueva ley*, op. cit. p. 259.

(28) Desde esta perspectiva, el objeto sobre el que recae la creación puede ser, por ejemplo, robado o dañado. En este último caso, el titular recibirá protección jurídica por el menoscabo a su derecho de propiedad.

(29) Cfr. *Tratado de Derecho penal*, op. cit. p. 605.

Sobre el *corpus mysticum* la situación es diferente, pues recibe su tutela como derecho de autor en sus vertientes personales y patrimoniales. El propio artículo 534 bis a) delimita el *corpus mysticum* con relevancia penal (30). Se trata de todo o parte de:

a) *Una obra literaria, artística o científica*. Según el artículo 10.1. de la LPI estas obras deben ser creaciones originales, (poemas, libros, conferencias, composiciones musicales, obras cinematográficas, programas de ordenador, etc.) y es indiferente el medio o soporte en el que se asientan. La doctrina entiende, unánimemente, que el derecho de autor no protege las ideas que dan contenido a una obra, sino la forma en que aparecen recogidas dichas ideas. Con carácter general, las ideas pueden utilizarse libremente, pues lo contrario llevaría a frenar el desarrollo social, cultural y científico de la comunidad (31).

b) *La transformación de una obra literaria, artística o científica*. Por ej. la traducción o adaptación de una obra, o un programa derivado de ordenador. Esta transformación constituye una obra diferente (artículo 21 LPI), y el que realiza la transformación posee, respecto a su obra, los mismos derechos patrimoniales que corresponden a una obra original. Por ese motivo es indispensable contar con la autorización del autor de la obra preexistente.

c) *Las interpretaciones o ejecuciones artísticas*. Ellas existen cuando una persona representa, canta, lee, recita o ejecuta de cualquier forma una obra (artículo 101 LPI). El objeto material del delito es la interpretación o ejecución artística.

Un análisis particularizado exige el supuesto de la transformación de la obra. Mientras la LPI le brinda tutela jurídica a efectos del derecho privado, no hay protección penal alguna en el supuesto en que se

---

(30) El *corpus mysticum* corresponde al autor por el sólo hecho de su creación. La ley de 1879 condicionaba el derecho de autor a la previa inscripción registral de la obra. Ante las críticas doctrinales y jurisprudenciales, se eliminó el requisito registral aunque es un excelente medio probatorio que puede utilizar el autor que proceda a registrar su creación.

(31) Cfr. BERCOVITZ, Comentarios, op. cit. p. 212. Las obras literarias y, en general, las artísticas no están definidas por la ley. Como señala QUINTERO OLIVARES (Protección penal, op. cit. p. 47), estas obras se caracterizan por ser el resultado de una actividad destinada a producir belleza y emoción estética. Para delimitarlas, es de utilidad el tradicional catálogo de las artes (música, escultura, pintura, literatura, arquitectura, teatro, cine). Las obras inmorales también reciben tutela por parte del derecho penal. Aunque puedan existir dudas en la doctrina (BERCOVITZ, Comentarios, op. cit. p. 216), no se cuestiona el reconocimiento del derecho de autor en estos casos. El derecho penal no puede eliminar la protección de obras sobre las que el orden jurídico proyecta derechos de autor por calificarlas de inmorales, cuando el Derecho penal no tiene como misión imponer una moral determinada sino, a lo sumo, permitir la coexistencia pacífica de los diferentes órdenes éticos existentes en la comunidad. En cuanto a las obras científicas, éstas se caracterizan por la utilización del método científico (QUINTERO OLIVARES, Protección penal, op. cit. p. 49). Ello puede advertirse en la realización de mapas, diseños topográficos, programas de ordenador, etc.

realice una transformación de la obra (por ej. traducción, adaptación, etc., art. 21 LPI) sin autorización del autor.

Pese a que un sector doctrinal entiende que la transformación es una de las modalidades de acción típica (32) ello no es así. El nuevo precepto sanciona al que reprodujere, plagiare... etc. una obra literaria, artística o científica "o su transformación". La transformación no es una modalidad de acción (sería "transformare") sino la referencia a un eventual objeto material de este delito. Una obra traducida o adaptada es una obra nueva, que como tal puede ser plagiada, distribuida, etc. sin autorización del titular de los derechos de autor (autor originario, traductor, adaptador, cesionarios, etc.). De no hacerse una mención expresa a la transformación en el precepto penal, en su carácter de objeto material del delito, estos comportamientos que atentan contra las transformaciones podrían quedar impunes, ya que existen dificultades para considerar a la transformación como "creación original de carácter literario, artístico o científico" pese a que se trata, según la propia LPI, de una obra nueva.

Interpretar que el comportamiento de transformar no es penalmente relevante implica un mayor respeto hacia el principio de legalidad, aunque lleve a la impunidad a todo traductor o adaptador que transforme una obra sin autorización. Pero sin lugar a dudas sigue siendo delictivo cualquier otro comportamiento relacionado con las obras transformadas (plagiarlas, reproducirlas, etc.) si no se cuenta con la autorización del autor o traductor, según el caso.

Por idénticos motivos se rechaza la interpretación doctrinal (33) que incluye entre las acciones prohibidas la de "interpretar o ejecutar" sin autorización. El precepto penal se refiere a "interpretaciones o ejecuciones artísticas" como objetos materiales del delito y no como comportamientos prohibidos. Esta afirmación no impide que para realizar alguna de las acciones prohibidas haya que "interpretar o ejecutar". Cuando se plagia una interpretación o ejecución (objeto material), hay que realizar, naturalmente, una interpretación o ejecución (comportamiento plagario).

Párrafo aparte merece la interpretación de DELGADO PORRAS (34). Entiende este autor que "no hay una explicación lógica para que el legislador haya excluido de sanción penal la transformación no autorizada de una obra, si no es la de haber considerado ya inculpada tal acción... a través de la figura del plagio" Como veremos al tratar los comportamientos prohibidos en particular, el plagio no tiene nada que ver con la transformación de la obra, si entendemos transformar en

---

(32) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático, p. 156. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 243.

(33) Cfr. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 243, RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español, p. 539, JORGE BARREIRO, La tutela penal, p. 70.

(34) Cfr. Panorámica... op. cit. p. 118.

el sentido que le da el propio ordenamiento jurídico a través de la LPI. Esta interpretación conduce a aplicar analogía contra reo, y por ello debe ser rechazada.

Por último, y antes de entrar en el concreto análisis de las diferentes modalidades delictivas, debo reiterar que estos comportamientos nada tienen que ver con las defraudaciones ni resultan avasallados por los aspectos que poseen naturaleza estrictamente patrimonial. Aunque el desacierto del legislador de 1987 haya llevado a mantener estos delitos contra los Derechos de autor en el Capítulo IV (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra la propiedad) del Libro II del Código penal, no se puede ignorar que muchos de estos comportamientos no afectan la propiedad ni pueden ser considerados defraudatorios, ya que el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial no son requisitos necesarios para su consumación (35).

## II

Entrando ya en el análisis de los nuevos preceptos, vemos que tanto el tipo básico, consagrado en el artículo 534 bis a), como el agravado del 534 bis b) protegen aspectos personales y patrimoniales de los derechos de autor. En el tipo básico se intenta proteger el aspecto personal con la persecución del plagio. Respecto a los intereses patrimoniales tutelados, se sancionan los ataques contra algunos derechos de explotación (artículos 17 a 23 LPI), concretamente aquellos comportamientos que atentan contra la reproducción, distribución y comunicación pública de la obra. A estos se suman otros comportamientos prohibidos, que no constituyen “derechos de explotación” en el sentido estricto de la LPI, pero que se relacionan directamente con éstos. Se trata de la importación, exportación y almacenamiento de obras ilícitas.

El tipo agravado, por su parte, incrementa las penas cuando se afectan otros derechos morales: infringir el derecho de divulgación del autor, usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella, usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución y, por último, modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

La *reproducción* es el primero de los comportamientos prohibidos por la figura básica del artículo 534 bis a), y afecta el aspecto patrimonial de los derechos de autor. Para definir la reproducción hay que re-

---

(35) GIMBERNAT entiende que estos comportamientos son defraudatorios en cuanto exigen un perjuicio patrimonial, pero que no requieren engaño (Cfr. Consideraciones, op. cit. p. 354 y sig.). Sin embargo, ese perjuicio patrimonial no se exige en el precepto salvo en la modalidad hiperagravada del art. 534 bis b) 2. Recuérdese que es perfectamente posible plagiar, usurpar, alterar sustancialmente la obra, etc. sin producir un perjuicio patrimonial, y ello tendrá trascendencia penal.

currir al art. 18.1 LPI que la delimita como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella”.

Naturalmente que existen muchos medios por los que se puede reproducir una obra. El caso más frecuente y relevante para el Derecho penal es el supuesto de piratería de programas de ordenador, vídeos o cassettes. Pero también puede tener relevancia penal la reproducción de fotocopias o, inclusive, la publicación de una obra sin autorización del autor o cesionario. Es indispensable que exista un *corpus mechanicum* para poder realizar, en base a él, las copias. Si se trata de una obra oral (una clase magistral) habrá que transcribirla en forma escrita o fijarla en algún otro soporte (cinta magnetofónica) para extraer las copias. Para poder hablar de reproducción deben extraerse copias de la obra que la reproduzcan con la mayor fidelidad. El delito se consuma con el solo hecho de obtener las copias, sin necesidad de introducirlas en el tráfico mercantil (36).

Respecto a las causas de justificación, por la vía del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8, nº 11 CP) y distintos artículos de la LPI aparecen supuestos en que la reproducción de una obra sin autorización no está prohibida. Se trata de supuestos en que pueden reproducirse obras literarias, artísticas o científicas sin autorización del autor o cesionario. En todo caso deben ser obras ya divulgadas (Cfr. artículo 31 LPI) (37).

---

(36) Así lo resolvió el Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de abril de 1979, previa a la reforma penal, condenando a quien realizó más copias de una producción musical que las autorizadas, aunque no llegó a introducirlas en el mercado (Cfr. ARROYO-GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1995). Esta solución es evidente, porque permite diferenciar los ámbitos de la reproducción y la distribución posterior de una obra ya reproducida. Como señala RIVERO HERNÁNDEZ (Comentarios, op. cit. p. 361), habrá reproducción aunque no haya perjuicio económico ni jurídico de ninguna clase. Si las obras se mantienen guardadas en un almacén, no habrá perjuicio, que aparece con la comercialización de la obra, pero el delito estará consumado. Naturalmente, esto lleva a caracterizar el comportamiento prohibido como delito de mera actividad.

(37) En el supuesto de obras reproducidas para uso privado del copista, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, se presentan problemas a la hora de decidir cuando se trata de uso privado por parte del copista. La propia ley utiliza criterios que ayudan a delimitar los supuestos en que se puede reproducir libremente una obra divulgada. En primer lugar no debe existir una finalidad comercial en la reproducción (“utilización lucrativa”). En segundo término se rechaza la utilización “colectiva” de la copia. Esto último debe entenderse como la puesta a disposición de un gran número de usuarios reales o potenciales. Pero la utilización “colectiva” se relaciona directamente con la finalidad lucrativa. La copia de una obra (libro, videocassette) y su utilización “colectiva” en el marco de una actividad pedagógica o científica debe encontrarse dentro de la legalidad y amparada por la eximente (Cfr. LLEDO YAGÜE, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirg. por R. BERCOVITZ, p. 501). Conforme a ello, la reproducción de un programa de ordenador para uso personal y sin autorización del titular del derecho de explotación es un comportamiento lícito, al estar amparado por esta causa de justifi-

El *plagio* es el mayor ataque posible contra el derecho moral del autor, aunque no está definido por la ley civil. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, plagiar es “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”. Un sujeto se aprovecha abusivamente del ingenio ajeno (38) por lo que su obra ya no es una “creación original”. Quien plagia no puede ser considerado autor de la obra, ni puede gozar de los derechos patrimoniales y morales que brinda la LPI.

Como he dicho *ut supra*, los derechos de autor no protegen las ideas que se encuentra en una obra, sino la forma en que aparecen recogidas esas ideas (39). Por ese motivo, como las ideas no son susceptibles de apropiación sino base de inspiración, queda fuera del precepto penal la utilización de ideas preexistentes. El comportamiento prohibido consistirá en apropiarse de la expresión formal de las ideas (40).

Un problema de singular importancia es desentrañar el significado y el ámbito de prohibición que corresponde al comportamiento de plagio, contenido en el artículo 534 bis a) en relación con la modalidad agravada de usurpación de la condición de autor o del nombre de un artista. Sea cual fuere la interpretación que se adopte, el concepto de plagio permanece inalterado y se discute sobre el significado y ámbito de la usurpación. Por ese motivo será allí donde abordaré este problema.

Continuando el análisis del artículo 534 bis a), hay que tener presente que existen dos grandes vías para hacer llegar una obra a sus destinatarios. La primera de ellas es la distribución, un camino indirecto para que una creación original artística, literaria o científica, o una interpretación o ejecución lleguen al público. La otra manera de acceso es directa y se denomina comunicación pública.

La *distribución* está definida por el artículo 19 LPI como “La puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma”. La primera peculiaridad que presenta esta modalidad es que la puesta a disposición del público de la obra debe entenderse como una oferta hacia una generalidad de personas, aunque nadie la adquiera o sienta inquietud por dicha obra.

El objeto que se pone a disposición del público es el “original” o “copias de la obra” lo que comprende, como señala RIVERO HERNANDEZ (41) la distribución de obras de arte de ejemplar único, salido directamente de las manos del creador como podría ser una escultura original, y las obras que se reproducen mediante copias, siendo estas últimas las que se comercializan (libros, discos, etc.).

---

cación (en otro sentido, ROMERO Poder informático, op. cit. p. 158, y JORGE BARREIRO, La tutela penal, op. cit. p. 70).

(38) Cfr. QUINTANO RIPOLLES, Tratado, op. cit. p. 619.

(39) Cfr. BERCOVITZ, Comentarios, op. cit. p. 212.

(40) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1993.

(41) Cfr. Comentarios, op. cit. 372.

Con esta caracterización se llega a determinar un elemento esencial para la distribución: la obra debe estar asentada en un *corpus mechanicum* que permita su venta, alquiler, préstamo, etc. Las interpretaciones o ejecuciones pueden distribuirse cuando se encuentren fijadas en un soporte.

Por su parte, y como ocurre en todas las modalidades del tipo básico, no se requiere ánimo de lucro y, por lo tanto, una distribución gratuita es sancionable por el Derecho penal (42), con independencia de que se cause o no un perjuicio patrimonial al titular de los derechos de autor o cesionario.

Respecto a las causas de justificación, y al igual que en el supuesto de reproducción de una obra, la LPI establece en su artículo 33 casos concretos en que la distribución de la obra sin autorización del titular de los derechos de autor está justificada, en virtud del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8 n° 11 CP).

La *comunicación pública* es la otra manera de hacer llegar una obra al público. Dice el artículo 20 LPI que “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. Sin embargo, se agrega inmediatamente que no es pública la comunicación que se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

La propia LPI ejemplifica, en el artículo 20.2. algunos actos de ejecución pública: representaciones escénicas, proyección de obras cinematográficas, emisiones de radio o televisión; exposición de obras de arte, el acceso a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, etc. Como puede apreciarse, aquí no existe ningún *corpus mechanicum* como en la distribución. Por el contrario, la presencia de un *corpus mechanicum* entregado como ejemplar de la obra excluye la figura de la comunicación pública. Existe un espectador, alguien que comunica (actuando, recitando, conversando) y una obra o interpretación que se desarrolla de manera directa (representación teatral) o indirecta, cuando existe una fijación en un soporte material, previa a la comunicación pública (película emitida por televisión). Este último no es un supuesto de reproducción, sino que la fijación en un soporte es un paso previo e independiente de la comunicación pública (43).

La comunicación pública implica, como la distribución, que la obra se oferte al público, en este caso que exista un acto de comunicación. Pero se exige, además, que llegue al público, es decir, que al menos algunos destinatarios de la obra tengan acceso directo a ella (44). La exi-

---

(42) Cfr. ARROYO y GARCIA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1996.

(43) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. cit. p. 388.

(44) Existe un supuesto de atipicidad. El artículo 20.1 2.º establece que no se considerará pública la comunicación celebrada en un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Por ese motivo no

gencia de que no exista distribución previa de ejemplares de la obra permite delimitar correctamente los ámbitos de la distribución y la comunicación pública.

La *importación, exportación y almacenamiento* configura una de las modalidades más complejas del precepto. Esto es así porque no encuentra referencia alguna en la LPI, lo cual priva del auxilio interpretativo de la ley civil. El primer problema consiste en determinar si las obras que deben ser importadas, exportadas o almacenadas son aquellas que están dentro del marco de legalidad, o bien las que son objeto de las modalidades delictivas consagradas por el propio artículo 534 bis a). En otras palabras, hay que resolver si se sanciona el utilizar ejemplares fraudulentos (plagiados o reproducidos ilícitamente) o utilizar ejemplares lícitos sin autorización (45).

Una primera interpretación dice que se trata de obras que cumplen todos los requisitos establecidos por la LPI, pero el titular de los derechos de autor o cesionario no autorizan la importación, exportación o almacenamiento. Desde esa perspectiva el comportamiento delictivo tendría tal carácter con independencia de las otras conductas previstas en el artículo 534 bis, y quien lo llevara a cabo estaría realizando un genuino tipo de autor. El sujeto activo afectaría directamente uno de los derechos de explotación de la obra: el derecho de distribución (46). Pero no se trataría del derecho de distribución en el sentido utilizado por el artículo 17 de la LPI y por el propio artículo 534 bis a), es decir, como puesta a disposición del público del original o copias de la obra. Aquí pueden no existir una puesta a disposición del público, que inclusive nunca será necesaria en el supuesto de almacenamiento. Se trataría de “distribuir” entendido en un sentido más general, como la manera en que se divide o reparte la obra en el mercado, ya sea nacional o internacional.

La otra alternativa interpretativa señala que las obras objeto de importación, exportación o almacenamiento deben ser reproducciones no autorizadas o bien obras plagiadas que están fuera del marco de legalidad. En consecuencia, no entran dentro de esta categoría las obras lícitas sometidas a una distribución no autorizada (47), pues son obras que al margen de esta falta de autorización se encuentran dentro del marco

---

hay tipicidad, pues la comunicación no es pública. El ámbito estrictamente doméstico hace referencia a representaciones en reuniones familiares o círculos muy reducidos exigiéndose, en general, que tengan carácter gratuito. Este supuesto de atipicidad debería comprender también las reuniones o representaciones en centros educativos, si éstas tienen carácter gratuito. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. cit. p. 396. En cuanto a las causas de justificación, se reiteran los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho aplicables a la distribución cuando el comportamiento realizado consista en una comunicación pública. Véase asimismo el artículo 38 LPI.

(45) Cfr. QUINTERO OLIVARES Protección penal, op. cit. p. 103.

(46) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1996.

(47) En contra, DELEGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 125.

de legalidad. Solo cuando se compruebe que las obras son fraudulentas por ser reproducciones o plagios cabrá aplicar estos tipos, con independencia que se afecte o no el derecho de distribución. Entiendo que ésta es la solución correcta. En primer lugar, es impensable que el legislador sancione penalmente el almacenar obras lícitas sin autorización del titular de los derechos de autor o su cesionario. Dicho comportamiento no requiere autorización dentro de un sistema de economía de mercado y, por ello, no puede ser considerado delictivo según la legislación vigente. Esta conclusión, aplicable a la modalidad de almacenamiento, debe ser idéntica a la que se aplique a las otras dos modalidades de importar o exportar. En definitiva, las obras a las que se refiere el último párrafo del artículo 534 bis a) deben ser fraudulentas.

Se presenta un pequeño problema interpretativo, pues el precepto hace referencia a la ausencia de consentimiento del titular del derecho de propiedad intelectual o cesionario, respecto a estos comportamientos de importar, exportar o almacenar. Para QUINTERO OLIVARES (48), la referencia al consentimiento es supérflua, pues es evidente que quien se aprovecha de ejemplares ilícitos no puede contar con la autorización de aquel a quien ha defraudado.

Sin embargo, esta inclusión puede tener su lógica. Si el titular del derecho de autor puede pedir que se le entreguen las obras ilícitas decomisadas como parte de la reparación del daño causado (artículo 124.3 LPI) puede ocurrir que dicho autor decida que esas obras ilícitas no sean exportadas, importadas o almacenadas. En tal supuesto se necesitará autorización, y, de faltar, esos comportamientos serán sancionados por el derecho penal.

Todos estos supuestos de importación, exportación y almacenamiento son actos de participación elevados a la categoría de delitos autónomos que, de otra manera, quedarían en la impunidad. Son conductas que se superponen con las reglas de complicidad, encubrimiento o receptación (49). Adviértase que en este ámbito es perfectamente aplicable el artículo 13 del Código penal relativo a delitos y faltas que se comenten por medio de la imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. Ello conduce, en muchos supuestos, a la exclusiva responsabilidad de los autores y a la impunidad de los demás partícipes, lo que obliga a crear un precepto como el aquí analizado.

Respecto a la autorización del titular del derecho o su cesionario, el tipo otorga relevancia al consentimiento del titular del derecho afectado. Si existe tal consentimiento, el comportamiento será impune. Ello es lógico, porque el tipo debe limitarse dado que los comportamientos básicos de reproducir, distribuir o comunicar públicamente obras litera-

---

(48) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 104.

(49) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Protección penal, op. cit. p. 75.

rias, artísticas o científicas son realizados a diario dentro del tráfico mercantil. Aquí hay que resolver dos cuestiones. En primer lugar, si la autorización del titular es un supuesto de atipicidad o una causa de justificación. En segundo término, quién es el sujeto que puede dar válidamente es la autorización.

Respecto a la naturaleza jurídica de la autorización, es mayoritaria la posición que la considera un supuesto de atipicidad. Para ARROYO y GARCIA RIVAS (50), el autor puede disponer íntegramente de su bien jurídico. Por ese motivo el consentimiento, que es normalmente una causa de justificación, ha sido seleccionado como elemento típico y, por lo tanto, si hay autorización no hay tipo.

A esta solución se opone ROMEO CASABONA (51) en virtud de que los derechos morales del autor son irrenunciables e inalienables según el artículo 14 de la LPI. No sería válida la autorización para plagiar, o para modificar sustancialmente la integridad de la obra. Por el contrario, el titular del derecho puede consentir los comportamientos que afecten aspectos económicos (reproducir, distribuir, etc.). ROMEO CASABONA relaciona esta cuestión con la problemática más amplia del consentimiento en el derecho penal que operaría unas veces en el tipo y otras en la antijuricidad y que, aplicada en el ámbito de los derechos de autor, coloca el consentimiento sobre los aspectos patrimoniales en el tipo (son disponibles y la autorización para hacer o deshacer sobre ellos no está prohibida) y el consentimiento sobre aspectos morales en la antijuricidad (son indisponibles y eso lleva a operar con el esquema prohibido-permitido).

Aunque el planteamiento es ingenioso debe ser rechazado. Como veremos a continuación las caracterizaciones que formula la ley civil pierden entidad en este ámbito concreto, lo que impide dar un tratamiento diferenciado (en el tipo o en la antijuricidad) a la autorización sobre aspectos morales o patrimoniales. Como destaca BOIX (52), dado que el contenido moral de la obra es irrenunciable e inalienable, la autorización dada por el autor será nula para la ley civil. Por ese motivo, si hay que admitir la caracterización de irrenunciable e inalienable que da la LPI para los derechos morales, no habría en ningún caso causa de justificación, pues el comportamiento sería siempre prohibido.

Sin embargo, la autorización del autor tiene relevancia penal, ya sea afectando los aspectos patrimoniales, ya sea referida al aspecto moral. Y esta circunstancia conduce a interpretar el supuesto del consentimiento referido a derechos morales como una esimente estrictamente penal que aparece al configurarse el tipo objetivo. En síntesis, recayendo sobre aspectos patrimoniales o morales, el consentimiento pertenece al tipo y su presencia excluye este elemento de la teoría del delito.

---

(50) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 1998.

(51) Cfr. Poder informático, p. 163 y sig.

(52) Cfr. Derecho penal, op. cit. p. 246.

¿Quiénes pueden dar la autorización? El Código penal establece que la autorización deben darla “los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o... sus cesionarios” Estos coinciden, en principio, con los sujetos pasivos del delito, que analizamos *ut supra* (53).

Se pueden presentar algunos problemas si la autorización la concede una persona que no está habilitada para darla. Así, por ej. si la concede el mismo autor que no puede hacerlo por haber cedido previamente sus derechos. En la relación del tercero con el cesionario perjudicado, podrá darse un error de tipo que recae concretamente sobre la autorización, que lleva en todo caso a la impunidad por no existir la modalidad imprudente para estos delitos.

Entiendo que las relaciones entre el autor y el cesionario no deben llegar a la vía penal en virtud de los preceptos que tutelan los derechos de autor. Entre las partes, deben prevalecer los terminos y sanciones estrictamente contractuales, salvo que exista estafa u otro delito que pueda ser de aplicación.

También cabe preguntar si las modalidades del tipo básico requieren un perjuicio patrimonial para su consumación. La doctrina mayoritaria considera innecesario el perjuicio patrimonial en este tipo básico, lo cual produce como inevitable consecuencia su caracterización como delito de mera actividad. Las acciones de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente sin autorización afectan por sí solas los derechos de autor, con independencia del perjuicio económico que pueda o no padecer el titular del bien jurídico (54).

---

(53) Sin embargo, existen supuestos que presentan peculiaridades. En pimer lugar, aquel que divulga una obra anónima o que se encuentre bajo seudónimo o signo no es el titular de los derechos de autor, pero posee el ejercicio de esos derechos hasta que el autor revele su identidad. En este caso, el consentimiento pretado por el divulgador es plenamente válido, pues de lo contrario nadie podría autorizar la explotación de la obra. Por idénticos motivos, los representantes legales de menores e incapaces son quienes deben consentir cuando se trata de los intereses de aquéllos sometidos a tutela o curatela.

(54) Cfr. QUINTERO, Protección penal, op. cit. p. 30. Esta afirmación no siempre fue incuestionable e inclusive ahora merece un comentario aclaratorio. Hasta la reforma penal de 1963 era indispensable el perjuicio económico, pues la penalidad estaba referida a la prevista para la estafa y por ello era ineludible cuantificar económicamente el perjuicio causado (Cfr. QUINTERO, op. cit. p. 22). Pero a partir de esa reforma y ante la incorporación de la tutela de derechos morales ajenos a las cuestiones patrimoniales, se dividieron las opiniones entre quienes exigían el perjuicio y quienes negaban ese requisito. Nadie discute que en la afección a los derechos morales del autor no cabe exigir un perjuicio patrimonial. Así, el plagio queda consumado sin necesidad de ese menoscabo económico. Los reparos pueden provenir de la afección a los derechos de explotación, de naturaleza exclusivamente patrimonial. Me pregunto por qué se exige ese perjuicio patrimonial en los delitos patrimoniales de enriquecimiento, y no se exige ese perjuicio cuando se afecta el aspecto patrimonial de los derechos de autor. Adviértase que con la nueva regulación también recibe amplia protección penal el cesionario. Suele tratarse de un empresario (gran empresario) que ve incrementada la protección penal de su patrimonio por haber invertido en la explotación de los derechos de autor. Recibe un trato desigual e inexpli-

El *tipo subjetivo* requiere dolo directo, sea éste de primero o segundo grado. Ello es así por la utilización del término “intencionadamente” en el texto legal. Se elimina, de tal forma, todo recurso al dolo eventual y a la imprudencia, aunque algún autor excluye también el dolo directo de segundo grado (55).

El dolo es aquí conocer y querer plagiar, reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra o una interpretación o ejecución.

Como señalan ARROYO y GARCIA RIVAS (56) no se exige un concepto de dolo que comprenda la conciencia de defraudación. Ese dolo funcionaría como el dolo malo, con consciencia de la ilicitud de lo actuado. Por ese mismo motivo se excluye el requisito de intentar lesionar los derechos de autor (57). Tampoco es necesario tener consciencia de la ajenidad de la cosa (58).

El tipo básico doloso no requiere ánimo de lucro, que configura la primera modalidad agravada. Sin embargo, sería un requisito político-criminalmente aconsejable para este tipo básico (59).

### III

Las *modalidades agravadas* que analizamos a continuación deben ponerse en directa conexión con alguno de los supuestos contemplados en el tipo básico. Así lo exige el precepto que se dirige a “quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior...”. Como señala BAJO (60), estos comportamientos operan como “circunstancias” cuando en realidad se trata de nuevas tipicidades. Esto implica afirmar que se darán con frecuencia estos comportamientos desconectados de las conductas contempladas en el tipo básico y serán, entonces, conductas atípicas. Por ello es necesario conectar en todos los supuestos los comportamientos agravados con las modalidades básicas.

Es de destacar que, salvo el ánimo de lucro, las demás agravantes son manifestaciones de una afección al derecho moral del autor. De to-

---

cablemente privilegiado. Sin embargo, este planteamiento político criminal no encuentra ningún eco en el artículo 534 bis a), pues su texto no exige ningún perjuicio patrimonial. pese a que la circunstancia agravante del artículo 534 bis b) 2, letra b), requiere un perjuicio patrimonial, dicha exigencia no puede extenderse a las modalidades básicas. Así lo entiende, con razón, BOIX (Cfr. Derecho penal, op. cit. p. 244), para quien el tipo legal es taxativo y el perjuicio no afecta a la consumación del delito sino sólo a su agotamiento. Cfr. también la posición de GIMBERNAT, Consideraciones... op. cit. p. 351 y ss.

(55) Cfr. QUERALT, Derecho penal español, Vol. I., Barcelona, 1986, p. 337.

(56) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 1999. En contra, SOTO NIETO, Delitos... op. cit. p. 387.

(57) Cfr. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 243.

(58) Cfr. QUINTERO, Protección penal, op. cit. p. 108.

(59) Cfr. CARMONA SALGADO, La nueva ley, op. cit. p. 332.

(60) Manual, op. cit. p. 222.

das maneras, la primera modalidad agravada —el ánimo de lucro— se dará con mucha frecuencia, lo que llevará a aplicar la penalidad de este tipo agravado casi como regla general (61).

La primera circunstancia agravante afecta tanto al tipo subjetivo de la modalidad básica como a la modalidad hiperagravada del artículo 534 bis b) 2. Se exige que el sujeto *actúe con ánimo de lucro*, con la intención de obtener una ventaja patrimonial (62). El ánimo de lucro no tiene nada que ver con el perjuicio patrimonial efectivamente causado. Por ese motivo podrá darse una modalidad del tipo básico con ánimo de lucro y sin perjuicio patrimonial, que llevará a aplicar la pena de esta modalidad agravada (Ej. reproducir una obra literaria ajena sin autorización, que todavía se mantiene en depósito, con el ánimo de obtener beneficios económicos por su venta). El ánimo de lucro puede entrar en conexión con cualquiera de las modalidades contempladas en el tipo básico.

*Infringir el derecho de divulgación del autor.* El artículo 4 de la LPI define la divulgación de la obra, en cuanto acto que se da en la realidad, como “toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma”. Sobre este concepto se deben elaborar los “derechos de divulgación del autor” que reciben tutela penal (artículo 14.1. LPI). El derecho de divulgación quedará concretado en el consentimiento que debe prestar el autor para que su obra llegue al público por primera vez de cualquier forma. La legislación reconoce el autor el derecho “de inédito” de naturaleza personal, con lo que se pone el acento en la libertad que tiene el autor para difundir o no su obra. Hasta cierto punto se protege su derecho a la intimidad. Las causas por las que un autor no quiere divulgar la obra pueden ser múltiples. Piénsese que esa obra puede ser un diario personal, una carta o una obra artística en plena etapa de realización.

Como contrapartida, la divulgación permite al autor colocar su obra en el mercado y obtener provecho económico a través de la explotación. El comportamiento prohibido consiste en divulgar cuando el autor no lo desea. Pero debe tratarse de la primera vez. Si ya ha sido divulgada la obra, la situación jurídica cambia. La divulgación es un acto único e irrepetible, y la obra queda divulgada para siempre. Los efectos que se producen son múltiples, y van desde el comienzo de la explotación económica hasta permitir la reproducción de la obra sin autorización en los casos legalmente previstos, por ej. por el artículo 31 LPI (63).

Si un sujeto hace llegar al público una obra ya divulgada con anterioridad, sin respetar la voluntad en contrario del autor estará consumando, en su caso, el tipo básico del delito, pero nunca esta modalidad

---

(61) En ese sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 126.

(62) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 127.

(63) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. 78 y sig.

agravada. Sin embargo, el hecho de que se haya divulgado una obra en contra de la voluntad del autor no priva a éste de su derecho de inédito. Aunque desde una perspectiva fáctica la obra ya fue divulgada, jurídicamente la obra sigue siendo inédita y el autor conserva aún su derecho de divulgación. Los comportamientos que violen sucesivamente este derecho seguirán siendo sancionados por la modalidad agravada (64).

Según la LPI, para que exista divulgación la obra debe llegar al público en cualquier forma (edición, representación, exposición, etc.). Entonces se cuestiona si aquel que hace accesible la obra al público de una *forma distinta* a la autorizada afecta el derecho de divulgación del autor.

Para GÓMEZ BENÍTEZ (65), la divulgación en forma distinta a la autorizada es ilícita, ya que el artículo 14.1 LPI otorga al autor el derecho a decidir la forma en que la obra será divulgada. Este planteamiento debe rechazarse. Al margen de cualquier otra observación, es imposible conectar ese comportamiento con el tipo básico. Debería darse una reproducción, distribución, comunicación pública, exportación o importación *no autorizada*, que se realice de una forma *distinta a la autorizada*.

El único titular de este derecho es, en principio, el propio autor, que lo posee en calidad de derecho irrenunciable e inalienable. La ley le concede la exclusiva facultad de autorizar la divulgación (66).

No pueden dar el consentimiento ni los cesionarios, ni los titulares de derechos conexos. Los cesionarios podrían ser eventuales perjudicados por el delito (67). Adviértase que los titulares de derechos conexos no poseen derechos de autor. Dentro de los derechos conexos no existe

---

(64) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. cit. p. 72 y GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 31.

(65) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 137.

(66) La LPI regula quién debe dar la autorización en el supuesto de que el autor fallezca dejando la obra sin divulgar. En primer lugar, el derecho corresponde a la persona física o jurídica a la que el autor le haya confiado expresamente este derecho por disposición de última voluntad. En su defecto, corresponde a los herederos. De no existir estos sujetos, o ignorarse su paradero, la legitimación correspondería al Estado, las Comunidades Autónomas, Corporaciones locales e Instituciones públicas de carácter cultural (artículo 16 LPI). En cualquiera de los casos, existe un plazo máximo de disfrute de este derecho de 60 años desde la muerte o declaración de fallecimiento (artículo 15.2 LPI). La ley establece una limitación para los sucesores que no ejerciten el derecho de divulgación. Si se vulnera el artículo 44 de la Constitución, el derecho de acceso a la cultura, el juez puede ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las Instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo. Si se trata de una transformación, el derecho de divulgación corresponde al transformador (Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit. p. 145) ya que posee los derechos de autor sobre la nueva obra, sin perjuicio de los derechos del autor originario. En el caso de una obra en colaboración, se necesita el consentimiento de todos para ejercitar los derechos morales que les corresponde. Si no hay acuerdo sobre la divulgación de la obra, decidirá el juez (artículo 7.2 LPI).

(67) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 134.

un derecho de divulgación equivalente y sus intereses no pueden resultar protegidos por este precepto penal agravado.

El comportamiento de afectar el derecho de divulgación del autor puede conectarse perfectamente con la modalidad básica de reproducir sin autorización. También puede entrar en conexión con la modalidad básica de importar o exportar (68), y con la de distribuir o comunicar públicamente la obra sin autorización (69).

La puesta en relación con las modalidades del tipo básico no implica en ningún caso una superposición con los comportamientos prohibidos por dicho tipo básico (70). Por el contrario, las afecciones al derecho de divulgación podrían representar tipos autónomos y no una simple agravante de las modalidades básicas. Por ese motivo, los supuestos en que la infracción al derecho de divulgación no se conecta con el tipo básico (por ej. divulgar de una forma distinta a la contratada) quedan fuera del ámbito penal.

Por último, hay que considerar la relevancia del derecho de arrepentimiento. El autor puede, con ciertos límites, retirar del tráfico una obra ya divulgada (artículo 14.6 LPI). No puede pensarse que si alguien vuelve a poner en circulación la obra se afecte el derecho de divulgación, porque no se haría accesible la obra *por primera vez* al público.

*La usurpación de la condición de autor* sobre una obra o parte de ella, o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución configura una modalidad bastante compleja. Al tratar el plagio quedó apuntada la problemática que conlleva esta modalidad agravada. Hay que delimitar el ámbito de prohibición que corresponde al plagio del que corresponde a la usurpación, tema sobre el que existe poco acuerdo doctrinal.

Existen dos interpretaciones posibles. La primera considera la usurpación como un plagio agravado, la segunda entiende que la usurpación es suplantar el nombre del autor o artista, colocando el nombre ajeno a una obra propia (71).

---

(68) En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 132.

(69) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 2001.

(70) En contra, BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 244 y JORGE BARREIRO, La tutela, op. cit. p. 77.

(71) El ámbito que incide mayormente en este problema es el de la falsificación de obras de arte, en que se coloca el nombre de otro autor a la obra propia (firma su cuadro como Miró, Dalí, etc.) o de supuestos del mal llamado "plagio de grabación", como el que tuvo que resolver la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984. Encontrándose vigente la anterior regulación, se decidía la responsabilidad penal de quien comercializó varios miles de cassettes interpretados por un sujeto desconocido para el público, engañando a los compradores pues parecía la interpretación de un conocido cantante. Entendió el Tribunal Supremo que los comportamientos prohibidos como "defraudaciones contra la propiedad intelectual" se reducen al "plagio y la suplantación de la personalidad del autor, de modo que si el primero, de acuerdo con su significación semántica, trata de copiar la obra original o auténtica ...sea de modo total o parcial, la suplanta-

a) Plagio y usurpación de la condición de autor son dos formas de plagio en sentido amplio, diferenciadas por la mayor o menor gravedad del comportamiento. Esta es la posición mayoritaria, que entiende por usurpación una modalidad agravada de plagio. En el plagio, el sujeto tiene la intención de crear una obra nueva pero copia en todo o en parte del contenido de una obra ajena (72). Por el contrario, quien usurpa no se conforma con copiar la obra ajena dándola como propia, sino que llega a la aniquilación del nombre del autor, se coloca en el lugar del autor (73).

Mi crítica a esta posición se basa en la falta de límite entre estos pretendidos supuestos de “plagio leve” y “plagio grave”, pues no son delimitables en lo más mínimo. Todo aquel que copia un párrafo de otro (plagio leve) se pone en el lugar del autor porque firma la nueva obra como propia, con su nombre y excluyendo el del autor real (plagio grave). Además, la modalidad agravada sanciona la usurpación de la condición de autor sobre una obra “o parte de ella”. Copiar parcialmente una obra sería usurpación pero también respondería a la modalidad básica del plagio, con lo que los límites desaparecen. No resulta lógico que existan dos clases distintas de plagio, ambas sancionadas por la vía penal, sin que se prevean criterios para delimitar *ex-ante* una de otra. Por ese motivo, dentro de quienes propugnan esta interpretación, todos los supuestos deben reconducirse a la modalidad básica del plagio (74) o la modalidad agravada de la usurpación (75).

b) La segunda interpretación es aplicada a la nueva regulación por ROLDAN BARBERO (76). Para este autor, mientras el plagio sigue limitado al comportamiento de copiar una obra ajena, dándola como copia, usurpar la condición del autor es atribuir una obra a un autor que no la ha creado ni tiene nada que ver con ella. El sujeto activo del delito pretende aprovecharse de la fama y mérito intelectual de otro. No es un plagio sino el reverso del plagio, la suplantación de la personalidad del creador. Así, quien plagia se apodera de las ideas, quien suplantata se apodera del autor.

Esta interpretación ha recibido muchas críticas. Así, en el ámbito del derecho civil, se destaca lo ilógico que resulta equiparar la protección del derecho de autor con la falsa atribución de la paternidad de la obra. Es un supuesto que afectaría la regulación del nombre y el dere-

---

ción tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor...”.

(72) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático, op. cit. p. 157.

(73) Cfr. GIMBERNAT, Consideraciones, op. cit. p. 355 y ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1995. Cfr. también SOTO NIETO, Delitos, op. cit. p. 391.

(74) Cfr. DELGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 135.

(75) Cfr. JORGE BARREIRO, La tutela penal, op. cit. p. 75.

(76) Personalismo y patrimonialismo, op. cit. p. 921.

cho al honor (77), porque “ninguna prerrogativa del autor ni del artista resulta infringida por la implantación a éste de una obra o interpretación que no ha creado o ejecutado” (78).

c) Toma de posición. La segunda alternativa interpretativa, que reserva la modalidad agravada para el supuesto en que se atribuya falsamente a otro la paternidad de la obra es la que delimita más acertadamente el tipo básico del plagio (artículo 534 bis a) de la usurpación de la condición de autor (artículo 534 bis b). Esto no impide que sea necesario señalar el error legislativo de incluir dicha modalidad agravatoria en este precepto penal y también, por otra parte, presagiar la total inaplicación práctica del apartado, se interprete como se interprete.

No se trata de la protección del derecho moral al reconocimiento de la condición de autor de una obra (artículo 14.3 LPI) ni del derecho al reconocimiento del nombre como intérprete o ejecutor (artículo 107 LPI) sino de todo lo contrario, el reconocimiento de que no se es autor de la obra ni intérprete o ejecutante, con las responsabilidades penales y civiles en que se pueda haber incurrido (79).

Uno de los miembros de la comisión redactora de la reforma, ESPIN CANOVAS (80) entiende que “distinto es el caso de la usurpación de nombre, en que una persona se atribuye el nombre de un autor para emplearlo como propio en su beneficio, que lesiona ciertamente el derecho de autor, aunque es discutible si afecta la lesión a su condición de autor o más bien a su propia persona en cuanto incide en su propia reputación. Esta última tesis aduce que el derecho moral del autor protege al autor a través de sus obras, mientras que la usurpación del nombre sólo lesiona su reputación si le perjudica, por lo que la responsabilidad se regirá por las leyes ordinarias”. ESPIN CANOVAS agrega, a continuación, que el Código penal tipifica la usurpación en el artículo 534 bis b).

Es posible pensar que los casos de “plagio de grabación” como el resuelto por la STS de 14-2-84 (ver nota 71) llevarán al legislador a adoptar la posición de sancionar penalmente esos comportamientos, incorporando como modalidad agravada la falsa imputación de la paternidad de la obra. Y esto resultaría aún más evidente con la segunda parte de esta modalidad, que se refiere a “usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución”. Aquí lo que realmente se sanciona es haber tomado el nombre de otro artista para realizar una interpretación o ejecución, con independencia que se copie el estilo o el arte del otro o se utilice un estilo o arte propio.

Si esta es la interpretación más coherente, no deja de merecer la

---

(77) Cfr. CAFFARENA LAPORTA, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dir. por R. BERCOVITZ, Madrid, 1989, p. 275.

(78) Cfr. DELGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 119.

(79) En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 157.

(80) Cfr. La protección del derecho moral... op. cit. p. 575.

más rotunda crítica. Fundamentalmente por desconocer el bien jurídico tutelado. Estos supuestos de usurpar el nombre de otro autor o intérprete no afectan los Derechos de autor ni los derechos conexos, aunque pueden lesionar intereses patrimoniales o personales de sujetos que gozan de prestigio como autores e intérpretes. Por ese motivo, una correcta interpretación judicial, que resuelva con la vista puesta en el bien jurídico tutelado, tendrá que sancionar por estafa u otra modalidad delictiva que pueda ser aplicable, pero no por el artículo 534 bis b).

Por último, quiero destacar que cualquiera de las interpretaciones recién mencionadas conducirán a la inaplicación práctica de esta modalidad. Si se interpreta como atribución falsa de la paternidad de la obra, no hay que olvidar que para aplicar la modalidad agravada debe darse el tipo básico. Y ese tipo básico no puede darse en ningún caso. Los comportamientos de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente la obra o interpretación requieren la falta de autorización de los titulares del derecho de propiedad intelectual o sus cesionarios. Pero en este caso, el titular de los derechos de autor sobre la obra o interpretación es justamente aquel a quien se persigue por el delito. El sujeto coloca a su propia obra el nombre de una persona distinta para beneficiarse de su fama. El es el titular de los derechos de autor sobre la obra, su obra, y, por tanto, es absurdo preguntar si cuenta o no con autorización.

Una interpretación posible es dividir la modalidad agravada, diciendo que el primer supuesto (usurpar la condición de autor) es un plagio agravado y el segundo supuesto (usurpar el nombre del artista) un caso de atribución falsa a otro de una interpretación o ejecución realizada por el propio imputado. Esta solución no posee mucha lógica, pues es difícil pensar que el legislador contemplara dos supuestos tan diferentes dentro de la misma modalidad agravada.

El mayor problema práctico de entender que se trata de una modalidad agravada de plagio está, sin duda, en la falta de límites y en la superposición de las dos modalidades. Si la usurpación de la condición de autor puede darse respecto a una parte de la obra, ello hace referencia a plagios parciales perfectamente incluíbles en la modalidad básica. Pero como todo plagio (modalidad básica) implica usurpar la condición de autor, pues quien plagia debe colocar su nombre sustituyendo al del autor originario, una interpretación como la propugnada implicaría afirmar que el legislador no posee un discernimiento mínimo para determinar los comportamientos que deben merecer mayor o menor sanción penal, ya que desvalora como más y menos grave al mismo comportamiento, estableciendo penas notoriamente desiguales. Todo ello sin siquiera preguntarnos por la ya imposible distinción entre el plagio leve del artículo 534 bis a), el plagio grave del artículo 534 bis b) y el que podría resultar de la modalidad hiperagravada del artículo 534 bis b) 2 b). En definitiva, esta modalidad está destinada a sancionar la atribución falsa de la

paternidad de una obra, o la usurpación del nombre de un artista. En la práctica, es una modalidad destinada al fracaso.

*La modificación sustancial de la integridad de la obra sin autorización* encuentra su punto de referencia en el derecho moral irrenunciable e inalienable del artículo 14.4. de la LPI: “Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”.

Sin embargo, esta remisión y referencia no goza de aceptación doctrinal unánime. GOMEZ BENITEZ (81) señala la diferencia entre ilícito penal e ilícito civil. El ilícito penal requiere una modificación *sustancial* de la integridad de la obra (esto es, modificación importante o fundamental), mientras que la LPI considera ilícita *cualquier* deformación, alteración o atentado contra la obra, en cuanto afecte legítimos intereses o menoscabe la reputación del autor.

Por una parte, los ejemplos que este autor propone como modificación sustancial admiten su caracterización como ilícitos civiles y penales: emitir una película coloreada por ordenador en TV, sin autorización del autor, distribuir obras censuradas o a las que se ha suprimido parte del texto sin autorización del autor, etc.

Pero hay que advertir, por otra parte, que el problema interpretativo es tan evidente que la doctrina civil recurre al auxilio del precepto penal, en cuanto exige una *modificación sustancial*, para interpretar el propio artículo 14.4 de la LPI (82). No hay que olvidar que los ilícitos civiles y penales estarán normalmente superpuestos, y que su coexistencia es pacífica ya que responden a finalidades muy diferentes.

En definitiva, parece claro que el término “sustancial” introduce un elemento valorativo de difícil concreción (83), por lo que el Juez podrá apreciar como sustanciales aquellas deformaciones, alteraciones o atentados contra la obra que supongan un perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor.

En todo caso, no quedan comprendidas en esta modalidad las interpretaciones artísticas, ya que el intérprete o ejecutante no es autor sino titular de un derecho conexo.

La conexión de este apartado con el tipo básico requiere un análisis pormenorizado. En primer lugar, la única modalidad con la que no puede conectarse es el plagio, dado que éste consiste en mantener la obra inalterada, sustituyendo el autor real por el ficticio (84) y el comportamiento aquí prohibido exige alterar sustancialmente la obra. En cambio, puede darse una reproducción de la obra modificándola sustancial-

(81) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 165.

(82) Cfr. CAFFARENA LAPORTA, Comentarios, op. cit. p. 282.

(83) Cfr. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 245.

(84) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 2.002.

mente (85). Piénsese en el comportamiento de aquel que quita partes importantes de una obra literaria y luego la publica, todo ello sin autorización. Todas las demás modalidades (distribución, comunicación pública, almacenamiento, exportación e importación) pueden entrar en relación con este supuesto agravado (86).

El número 2 del artículo 534 bis b) incrementa las penas si, además de existir ánimo de lucro, concurre 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 el primer supuesto hay que determinar cuándo esas copias poseen especial trascendencia económica. Para ARROYO y GARCIA RIVAS (87), esa trascendencia debe valorarse objetivamente. Por el contrario, para BOIX la valoración debe basarse en la trascendencia económica para el sujeto pasivo (88). La primera solución parece más lógica, aunque dada la indeterminación de la fórmula empleada todo quedará librado al arbitrio judicial, con un posible menoscabo hacia la seguridad jurídica (89).

La segunda modalidad hiperagravada exige que el daño causado revista especial gravedad. Sin embargo, la doctrina está dividida. Un sector entiende que el daño al que se hace referencia es un daño o perjuicio patrimonial (90), que permite diferenciar este supuesto de la otra modalidad hiperagravada que no exige perjuicio económico (cantidad o valor de las copias con especial trascendencia económica) (91). La otra

(85) En contra, ARROYO y GARCÍA RIVAS, *Protección penal*, op. cit. p. 2.002.

(86) Se podrá sancionar penalmente por esta vía, supuestos como el del pintor Sistiaga cuyo cuadro resultó "descuartizado", o la zarzuela "La Tabernera del Puerto" de Pablo Sorozábal (Comunicación pública y modificación sustancial de la obra), mientras quedarán fuera del ámbito del derecho penal los supuestos en que la modificación sustancial de la obra no puede conectarse con el tipo básico (Ej. el caso de la escultura de Pablo Serrano, "Viaje a la luna desde el fondo del mar" que ni siquiera entra en el concepto de "almacenamiento" del tipo básico, por no ser una obra "ilícita") En el supuesto de fallecimiento del autor, las mismas personas que poseen el derecho a divulgar la obra pueden autorizar la modificación sustancial de la misma (artículo 15 y 16 LPI).

(87) *Protección penal*, op. cit. p. 2.003.

(88) Cfr. *Derecho penal*, op. cit. p. 243.

(89) Por otra parte, como señala un sector doctrinal (Cfr. BOIX, *Derecho penal*, op. cit. 245. GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 178), no es necesario un perjuicio patrimonial, que en este supuesto sería difícilmente estimable. Las copias pueden no estar aún en el mercado, con lo que no existe perjuicio alguno, pero pueden poseer por su cantidad o valor, una gran trascendencia económica. Por este motivo, la especial trascendencia económica se refiere a la conducta realizada y no al perjuicio ocasionado (Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 179).

(90) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit. p. 290, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, op. cit. p. 540.

(91) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit. p. 184.

corriente doctrinal entiende que este apartado se refiere a causar un daño moral (92).

Sin embargo, atendiendo al tenor literal de la agravante y al carácter mixto del bien jurídico tutelado, entiendo que hay que poner en conexión el concreto comportamiento y el bien jurídico protegido. Si la conducta en análisis afecta el aspecto moral de los derechos de autor, por ejemplo, una modificación sustancial de la obra, se aplicará esta modalidad hiperagravada si el daño moral causado es particularmente grave. Si por el contrario, es una conducta que afecta el aspecto patrimonial de los derechos de autor, habrá que valorar la lesión de este aspecto económico. Por último, cuando se de uno de los supuestos más frecuentes de lesión simultánea de aspectos materiales y morales (por ej. plagio que lesiona seriamente el derecho patrimonial del autor), cualquiera de ellos podrá tener la gravedad suficiente como para habilitar la aplicación de la agravante.

La fórmula técnica utilizada en esta agravante coincide en su indeterminación con la otra modalidad hiperagravada, y merece por ello las mismas críticas dado que puede afectar el principio de legalidad penal (93).

#### IV

En virtud de todo lo expuesto se propone, para una eventual reforma de los delitos contra los Derechos de autor.

a) Un cambio en la ubicación sistemática, apartándolos de los delitos patrimoniales, ya que se sancionan penalmente comportamientos que no afectan el patrimonio del sujeto pasivo.

b) Debe exigirse ánimo de lucro en todas las modalidades que afectan derechos de explotación (patrimoniales), desapareciendo la modalidad agravada del artículo 534 bis b) 1 a).

c) Debe eliminarse el supuesto de usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución (artículo 534 bis b) 1 b), porque no protege el bien jurídico aquí tutelado.

d) Las modalidades agravadas del artículo 534 bis b) 1 c) y d) deben regularse como tipos autónomos, desconectados de las modalidades básicas del artículo 534 bis a).

---

(92) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, *Protección penal*, op. cit. p. 2.004, BOIX, *Derecho penal*, op. cit. p. 247.

(93) Cfr. BOIX, *Derecho penal*, op. cit. p. 246.



# Los elementos normativos y el error

CELIA SUAY HERNANDEZ

Profesora titular de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO.**—I. Introducción.—II. El artículo 6.º bis a) del Código penal y el artículo 13 del anteproyecto de 1990.—III. La conceptualización dogmática de los elementos normativos y el error.—IV. La discusión doctrinal en España.—V. Crítica a la posición tradicional.—VI. Opción a favor de la Filosofía Analítica del Lenguaje.—VII. Presupuestos doctrinales.—VIII. Posición personal: A) Los elementos normativos. B) Objeto del error y proceso de imputación. C) Error de subsunción. D) Supuestos concretos. D.1) Términos legales normativizados. D.2) Términos legales vagos. E) Los elementos normativos y las leyes penales en blanco. F) Error de tipo y error de prohibición.—IX. Resumen.

## I. INTRODUCCION

El presente trabajo trata acerca de las definiciones de elemento normativo y de las consecuencias que se derivan para el tratamiento del error en el ámbito del tipo; en particular para el denominado error de subsunción. Van a ser abordados pues, dos tipos de problemas, los correspondientes a la teorización general del error y los que resultan de las propias características de los elementos normativos.

Tras la regulación del error en el artículo 6.º bis a) del Código penal, la discusión general del error se ha de reconducir a la interpretación que se ha hecho de dicho artículo. Los elementos normativos, por el contrario, son una creación doctrinal que no depende directamente de precepto legal alguno; es por tanto una cuestión que ha de ser abordada en el marco de la discusión teórica, y con presupuestos vinculados, preferentemente, a criterios formales y sistemáticos; en definitiva, convencionales.

Según esta última consideración, las soluciones que aquí se proponen se basan en determinadas aportaciones de la llamada Filosofía ana-

lítica del lenguaje. Orientación que si bien hasta la fecha no ha influido apreciablemente en los trabajos de dogmática penal que se realizan en España, ya ha consolidado su presencia en la discusión que se lleva a cabo en Alemania. Se ha optado por dicha metodología por entender que desde planteamientos analíticos se facilita la solución de los problemas que tradicionalmente se han suscitado acerca del error sobre elementos normativos. Por tanto, el material teórico precedente sobre Derecho penal se agrupa en dos apartados: el de los trabajos realizados según la metodología dogmática tradicional (apartados III y IV) y el de aquellos otros que toman en consideración los conceptos utilizados por la Filosofía analítica del lenguaje (apartado VII). No obstante, se ha procurado mantener la vinculación entre los conceptos y terminología de la dogmática tradicional y de la Filosofía analítica (en particular a partir del apartado VI), así como con los términos legales, especialmente con los del artículo 6.º bis a) del Código penal y los del artículo 13 del Anteproyecto de reforma del Código penal de 1990.

## II. EL ARTICULO 6.º BIS A) DEL CODIGO PENAL Y EL ARTICULO 13 DEL ANTEPROYECTO DE 1990

No es ésta la ocasión para resucitar la polémica en torno a qué teoría responde el artículo 6.º bis a), o en qué medida responde más a una o a otra, o a cual de sus variaciones (1). Me interesa constatar, eso sí, que al menos semánticamente ha eludido la terminología de ambas: ni se menciona la dicotomía error sobre los hechos, error sobre el dere-

---

(1) El artículo 6.º bis a) del Código penal coincide en lo fundamental con el artículo 20 del Proyecto de 1980. Es por ello que, en general, la interpretación del uno puede aplicarse a la del otro. Del mencionado artículo 20 se ha dicho mayoritariamente que responde a la teoría de la culpabilidad (cfr. HUERTA TOCILDO (1980: 91), BACIGALUPO (1981: 919), ROMEO CASABONA (1981: 740), MAQUEDA ABREU (1983: 701), CEREZO MIR (1985 a: 345, nota 44) y (1985 b: 279), ROXIN (1987: 81) y que “es rehusada la Teoría del dolo” (TORIO, 1980: 249), e incluso que “quedan absolutamente excluidas del ámbito interpretativo del artículo 20 del Proyecto las soluciones que al problema jurídicopenal del error proponen las denominadas “teorías del dolo”” (ZUGALDIA ESPINAR, 1981: 514). Sin embargo, también se ha defendido la posibilidad de interpretarlo a favor de la teoría del dolo, al menos el tercer párrafo (cfr. MIR PUIG (1981: 644) y (1985: 548 y s.), COBO-VIVES (1987: 500), JOSHI JUBERT (1987: 698). Lo cual ha sido contraargumentado (cfr. BUSTOS RAMÍREZ (1985: 713), CEREZO MIR (1985 b: 280). También hay posiciones eclécticas (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS (1980: 1), CUELLO CONTRERAS (1987: 278, de acuerdo con el art. 1.º). Más allá de la polémica a favor o en contra de la teoría del dolo y de la culpabilidad, MUÑOZ CONDE (1989: 43) propone que la interpretación del artículo 6.º bis a) se libere de la adscripción del intérprete a una u otra teoría del error, tal y como hace con su propia propuesta. BUSTOS RAMÍREZ (1985: 712), por su parte, entiende que la discusión en torno al artículo mencionado no tiene que ser subsidiaria de la que se ha producido en Alemania acerca de las teorías del dolo y de la culpabilidad, y que del artículo 6.º bis a) surge un planteamiento diferente.

cho, propia de la teoría del dolo, ni la de error de tipo, error de prohibición propia de la teoría de la culpabilidad. En el borrador del Anteproyecto del Código penal de 1990, artículo 13, se menciona la palabra “hecho”, sin embargo, no se contraponen a “Derecho”, ya que en el 3.º párrafo se habla de “error” invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción (2).

Según el artículo 6.º bis a) hay que diferenciar entre el error que recae sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, de la creencia errónea de obrar lícitamente. Me interesa señalar también, que según el texto legal, no es obligado atenerse estrictamente a las reglas de la teoría del dolo ni de la culpabilidad. Sin embargo, la diferenciación entre los supuestos propios de los dos primeros párrafos y del tercero, es realizada por la doctrina de acuerdo con los conceptos de la teoría del error. Es por ello que en este trabajo la investigación la llevé a cabo según la terminología propia de la teoría del error y posteriormente las conclusiones obtenidas las referiré a las expresiones legales que se contienen en el artículo 6.º bis a) y en el artículo 13 del mencionado Anteproyecto de 1990.

Doy preferencia, no obstante, a la terminología de la teoría de la culpabilidad por dos razones. En primer lugar porque los autores españoles y el Tribunal Supremo la utilizan mayoritariamente (3), y en segundo lugar, porque el error sobre elementos normativos tienen mayores repercusiones en el seno de esta teoría.

Hay que advertir que para la teoría del dolo, y dado que el dolo, como *dolus malus*, se integra tanto del conocimiento de los hechos como del conocimiento de la antijuricidad, el error sobre un elemento normativo del tipo excluye el dolo, tanto se considere que estos elementos, o una parte de ellos, pertenecen a la antijuricidad o a la tipicidad. Por el contrario, la teoría de la culpabilidad diferencia entre el error que recae sobre los elementos del tipo y el error que recae sobre la cognoscibilidad de antijuricidad. En el primer caso se trata

---

(2) No interpreto, pues, la nueva denominación en el sentido de la teoría del dolo. Por tanto, la palabra “hecho” no se refiere a los hechos desnudos, en sentido naturalístico, sino a los hechos en los que también intervienen elementos jurídicos en los casos en que lo exige la redacción legal.

(3) El primer y segundo párrafo se refieren al error de tipo y el tercero al de prohibición (cfr. MAQUEDA ABREU (1983: 702), BACIGALUPO (1985: 65 y ss., matizadamente), MIR PUIG (1985: 210), CUELLO CONTRERAS (1987: 280), JOSHI JUBERT (1987: 698, y 700 para la jurisprudencia). No obstante, en un primer momento se planteó una superposición entre los párrafos 1 y 3 del artículo 6.º bis a), pues tanto abarcaría los errores de tipo como los de prohibición (cfr. BACIGALUPO (1981: 919 y ss.), en sentido próximo ZUGALDIA ESPINAR (1981: 514).

de un error de tipo y en el segundo, de un error de prohibición. Presupuesto básico de este planteamiento es poder diferenciar claramente los elementos del tipo de los que fundamentan la antijuridicidad.

Por lo que respecta al artículo 6.º bis a) hay que tener en cuenta que mayoritariamente se considera que los dos primeros párrafos se refieren al error que recae sobre los elementos del tipo y el tercero sobre la prohibición. No obstante, las consecuencias que se hacen derivar para la solución de los casos concretos no son uniformes (4). Ello es debido a que, por una parte, no existe una construcción unitaria del concepto de tipo y por otra, a que el propio error de tipo es definido de manera diversa por los partidarios de las formulaciones estricta y limitada de la teoría de la culpabilidad. Por lo que respecta al error sobre los elementos del tipo (positivo) no se discute que venga regulado en los dos primeros párrafos del artículo 6.º bis a), y ello tampoco parece discutible para la palabra “hecho” del Anteproyecto de 1990.

El error de prohibición está regulado en el tercer párrafo del artículo 6.º bis a), y 13 del Anteproyecto de 1990. Según las diversas formulaciones doctrinales, el error de prohibición consiste en el desconocimiento de la licitud, de la antijuridicidad, de la significación antijurídica de la conducta, o que el hecho se halla prohibido por la ley (5). El error de prohibición se puede derivar del desconocimiento de la norma penal en sí, de su vigencia y de la existencia o límites de una causa de justificación o norma de autorización (6). Hay acuerdo en que el error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación, considerada en su conjunto, es un error de prohibición (7). La discusión se plantea acerca de la calificación que merece el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, pero éste, es un aspecto de la cuestión cuyo tratamiento no forma parte de este trabajo.

Aquí interesa más considerar las diferencias entre el error en el ámbito del tipo y en el de la antijuridicidad. En la doctrina se ha discutido si el tipo de conocimiento, a cuya ausencia se alude en los dos primeros párrafos del artículo 6.º bis a), es de diferente entidad que el del tercero. Es decir, se ha discutido qué ha de entenderse por “creencia erró-

---

(4) Cfr. BACIGALUPO (1985: 65 y 78) y JOSHI JUBERT (1987: 717) sobre las diferentes propuestas por la doctrina.

(5) Cfr. MIR PUIG (1985: 208 y 536), OCTAVIO-HUERTA (1986: 308), QUINTERO OLIVARES (1986: 411), COBO-VIVES (1987: 493 y 496), MUÑOZ CONDE (1989: 22).

(6) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ (1984: 490), BACIGALUPO (1985: 78 y s.), OCTAVIO-HUERTA (1986: 312), COBO-VIVES (1987: 496).

(7) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ (1984: 490), OCTAVIO-HUERTA (1986: 312), COBO-VIVES (1987: 496), JOSHI JUBERT (1987: 698).

nea”, y si dicha creencia errónea es cualitativamente análoga a la falta de conocimiento que produce un error de los mencionados en los dos primeros párrafos.

Según Bustos Ramírez (1985: 711 y ss.), no se trata de un problema de conocimiento, sino de valoraciones referidas a lo justo o injusto del comportamiento, a la conciencia o comprensión cultural de los valores y de la racionalidad del propio sistema jurídico y político; de ahí que en el tercer párrafo se mencione la creencia y no el error. Esta posición se ha criticado, porque el error de prohibición quedaría como un problema de conciencia diferente sin que se hubiera resuelto la delimitación entre conocimiento y conciencia, y ello tendría que ver con los casos de delincuencia por convicción (8).

La materia, regulada en el tercer párrafo del artículo 6.º bis a) es lo que tradicionalmente se ha denominado desconocimiento de la antijuridicidad, y en eso no hay discrepancias doctrinales. Entendiendo que el desconocimiento de la antijuridicidad ha de ser desconocimiento, por parte del sujeto, de la contradicción entre el ordenamiento jurídico y una conducta concreta, que afecta a un bien jurídico, bajo particulares circunstancias de hecho conocidas correctamente. Para el sujeto significa una creencia errónea en cuanto a su situación frente al Derecho. Este tipo de desconocimiento, en general, ya no es de la misma clase que el desconocimiento de elementos en el ámbito del tipo; es por ello que se puede establecer una diferenciación entre los respectivos conocimientos (9).

Entiendo pues, que en el tercer párrafo del artículo 6.º bis a) se regulan aspectos referidos a la apreciación jurídica que el sujeto tiene de sus actos. Es decir, si el sujeto sabe, o no, que se enfrenta al Derecho —en su conjunto y no sólo a una parte de él— una vez que ha conocido todos los elementos que constituyen la conducta conminada con pena, incluso aquellos que tienen que ver con el conocimiento de cuestiones jurídicas. Es decir, si sabe que con la realización del hecho se sitúa en una posición enfrentada al Derecho. En particular se da el error de prohibición cuando el sujeto cree, que la conducta no es contraria al Derecho en general, o bien cree que en aquel supuesto particular, la conducta queda justificada o disculpada a pesar de ser, en general, contra-

---

(8) Cfr. MUÑOZ CONDE (1989: 28, nota 29) y CUELLO CONTRERAS (1987: 287). Vid. COBOS GÓMEZ (1987: 161 y ss.) para la discusión general.

(9) Según consideraciones axiológicas, para BUSTOS RAMÍREZ (1985: 713), “no es, por tanto, un problema de conocimiento de aquél u otro elemento, sino que el obrar en su conjunto se cree lícito, es decir, se le da una valoración positiva, no se estima que es injusto o delicto. No estamos pues al nivel de la estructura del conocimiento, sea de carácter fundamental sensorial o intelectual, respecto de un determinado elemento o supuesto, sino de la conciencia concreta que tiene el sujeto respecto del conjunto de su obrar”.

ria al Derecho. Esta conciencia que el sujeto tiene de su posición frente al Derecho es una manera más pragmática de expresar que el sujeto tiene una creencia errónea respecto de la licitud de su obrar de la antijuridicidad o respecto del valor que protege el Derecho. Pues este criterio puede ser comprobado por el juez con más facilidad que lo erróneo o acertado de la conciencia sobre la licitud en términos generales, ya que del plan estructurado por el autor siempre se pueden tomar indicaciones que lo corroboren (10). Lo dicho también vale para la expresión “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”, del artículo 13 del Anteproyecto de 1990. En VIII F) se volverá sobre ello.

Hechas las anteriores precisiones respecto de la regulación legal del error, corresponde ahora ocuparse de la discusión acerca de la naturaleza de los elementos normativos del tipo.

### III. LA CONCEPTUALIZACION DOGMATICA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS Y EL ERROR

Reseñar la historia de lo que ha sido la discusión dogmática acerca de los elementos normativos excedería con mucho los límites de este trabajo. Por tanto, aquí me voy a limitar a exponer los orígenes de la discusión, las cuestiones dogmáticas en ella implicadas, y los efectos que produce un error acerca de dichos elementos.

Frecuentemente se conviene en que la expresión “elemento normativo” la introduce en la dogmática penal Max Ernst Mayer en 1915. Sin embargo, Herberger señala como origen un trabajo de Eduard Kohlrausch publicado en 1904, en un libro colectivo en memoria del centenario de la muerte de Kant (11). En este trabajo, de inspiración neokantiana, Kohlrausch plantea la diferencia entre descripciones y valoraciones; diferencia que se corresponde con un dualismo metodológico referido a las ciencias de la naturaleza y a las ciencias del espíritu, propio de la filosofía neokantina. Los elementos normativos se van a caracterizar con precisiones ontológicas, epistemológicas y sistemáticas, que se corresponden con las siguientes notas:

- a) no son perceptibles sensorialmente,

---

(10) Así, por ejemplo, se hace en las STS de 7 de julio de 1987 (*La Ley* 1987-4, 347), 3 de noviembre de 1987 (*La Ley*, 1988-1, 323) y 26 de enero de 1988 (*La Ley*, 1988-1, 653), que se ocupan de supuestos de evasión de capitales, ya que se dice que de la clandestinidad del plan estructurado se infiere que los intervinientes no tenían una creencia errónea acerca de la ilicitud de la evasión del capital. Es decir, de los hechos probados se deduce que los sujetos conocían su posición frente al Derecho, y que por tanto no concurría el supuesto del tercer párrafo del artículo 6.º bis-a).

(11) Se trata del trabajo de Eduard Kohlrausch “Über deskriptive und normative Elemente im Vergleichungsbegriff des Strafrechts”, Halle, 1904 (cfr. HERBERGER, 1976: 124).

- b) están referidos a procesos de valoración o de comprensión intelectual no descriptivos, y
- c) son elementos de la antijuridicidad.

Tres notas que evidentemente están relacionadas con el elemento intelectual del dolo y con el error, puesto que aluden al objeto del dolo, al modo en el que se obtiene el conocimiento del objeto y a la calificación dogmática como error de tipo o error de prohibición. Se puede decir que en la discusión dogmática las dos primeras notas se han mantenido pero no la tercera, puesto que mayoritariamente se acepta que los elementos normativos son elementos del tipo y no de la antijuridicidad. Sin embargo han aparecido otros elementos que han obtenido para sí dicha cualidad, sin que se puedan diferenciar claramente de los elementos normativos en los casos concretos. Me refiero, en particular, a las especiales características de la antijuridicidad, a los elementos de valoración global del hecho o a las leyes en blanco, a los que aludiré más adelante.

Para comprender las consecuencias sistemáticas que resultan de la introducción de los elementos normativos en la dogmática penal, es útil recordar que según el estado de la teoría del delito en aquel momento, al tipo se lo caracterizaba sin referencias a contenidos de valor (12). Según la conceptualización de Beling, el tipo sólo contiene elementos objetivos, es decir elementos cuya realización en el mundo exterior es perceptible sensorialmente. Mayer, al igual que Beling, diferencia entre esencia de la antijuridicidad y su relación con el tipo. Sin embargo, para Beling la antijuridicidad es puramente negativa, antijurídico significa meramente contrariedad (formal) al Derecho. Por el contrario, Mayer define la antijuridicidad materialmente: antijuridicidad es contrariedad a las normas de cultura. Las normas jurídicas no son sino normas de cultura reconocidas por el Derecho. Un comportamiento no es antijurídico porque sea típico, sino que es típico porque es antijurídico (contrario a una norma de cultura). No obstante, para Mayer la tipicidad sigue siendo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad: el tipo penal da a conocer qué normas de cultura y en qué ámbito han sido reconocidas jurídicamente. Esa función indiciaria la da el tipo como un todo, es decir, la antijuridicidad del comportamiento la muestran la totalidad de los elementos típicos. Y es frente a esta regla donde aparecen los elementos normativos como excepción: en tanto, generalmente, la antijuridicidad es señalada por la totalidad de los elementos típicos, hay tipos que contienen elementos que no contribuyen a la función indiciaria, sino que más allá de esto, fundamentan la antijuridicidad. Estos son los elementos normativos del tipo. Para Mayer son parte, *ratio essendi*, puros elemen-

---

(12) En lo que sigue me baso en los trabajos de KUNERT (1958: 28 y ss.) y TISCHLER (1984: 60 y ss.), donde se da una completa panorámica de lo que ha sido el desarrollo de la dogmática alemana relativa al error sobre los elementos normativos.

tos de la antijuridicidad, y por tanto impuros elementos del tipo, cuerpos extraños en él.

Tras la introducción de los elementos normativos éstos fueron aceptados rápidamente por la doctrina. Grünhut diferencia entre conceptos normativos estrictamente jurídicos y generales. Mezger los clasifica en tres grupos: jurídicos, culturales y subjetivos, en atención a la procedencia de los criterios de valoración. Más allá de esto, entiende que la interrelación entre los elementos del ser y los referidos al juicio de valor impide realizar una separación tajante entre tipicidad y antijuridicidad. De modo que la adecuación típica de una acción ya no es *ratio cognoscendi* sino *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Conviene observar que la introducción de los elementos normativos, así definidos, está en la base de las profundas transformaciones originadas en el sistema del delito. Por una parte la puesta en discusión del sistema Liszt-Beling y su sustitución por el sistema causalista valorativo, y por otra, las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad que habrían de llevar al desarrollo del tipo total de injusto. Junto a ello, la discusión acerca de qué clase de conocimiento requieren los elementos normativos en las realizaciones dolosas y si un error en ellos es un error de tipo o de prohibición.

Del desarrollo posterior es conveniente señalar las dos posiciones más significativas respecto del procedimiento con el que el autor puede captar en el mundo de los hechos la especificidad de los elementos normativos. Ambas posiciones, que se mantienen fieles al presupuesto neokantiano de contraposición entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, pueden ser representadas por Mezger y Welzel, respectivamente. Para Mezger, el autor ha de realizar una valoración en tanto que para Welzel lo que ha de realizar es un acto de comprensión intelectual. Para Mezger, lo específico de los elementos normativos es que precisan de una valoración de los hechos. Para Welzel, los elementos normativos se diferencian de los descriptivos, en que su contenido de significación sólo puede ser comprendido intelectualmente. En cualquier caso, para la imputación dolosa ni basta el mero conocimiento de los hechos, ni se necesita una exacta subsunción por parte del autor. Antes bien, éste ha de comprender la significación del elemento (típico) en su contenido material, sin que sea preciso que le dé un nombre concreto. Estas exigencias constituyen lo que se conoce con el nombre de valoración paralela en la esfera del profano —según expresión de Mezger— o de juicio paralelo en la conciencia del autor, en expresión de Welzel. Fórmulas, que tienen su antecedente en el criterio propuesto por Binding, de la subsunción al modo del profano.

Sin embargo, dichas indicaciones generales no son un criterio operativo eficaz para reconocer a los elementos normativos. En realidad, con la introducción de los elementos normativos se inició también el problema de su delimitación de aquellos otros elementos que no son normativos, y de su caracterización frente a los descriptivos. Cuestión hasta

la fecha irresuelta, y cuestión en absoluto fácil de resolver desde estos presupuestos. Ello se pone en evidencia en la discusión iniciada por Welzel en torno a determinados tipos considerados abiertos, vinculados a expresiones tales como “adecuada a derecho”, “válido jurídicamente”, “competente”, etc., cuyo contenido ha de ser completado con normas procedentes de otras ramas del Derecho (Welzel, 1969: 82). Según Welzel, estas expresiones son presupuestos objetivos de la antijuridicidad del comportamiento, que no dependen del dolo. Es decir, los términos anteriormente citados —y otros análogos— son “especiales características de la antijuridicidad”, no son circunstancias del hecho. Por tanto, un error sobre éstos es un error de prohibición (Welzel, 1969: 168). Junto a ellos estarían los elementos normativos referidos a expresiones tales como “carácter lascivo”, “ajenidad”, “embargo”, “documento”, “funcionario” etc. En este caso, determinados errores son errores de tipo (Welzel, 1976: 233; 1969: 166), y otros errores, en el caso de elementos normativos complicados, son, por el contrario, errores de subsunción equivalentes al error de prohibición (Welzel, 1976: 242 y s.; 1969: 173 y s.).

Roxin ha criticado la posición de Welzel —y a su vez la de Armin Kaufmann— porque no permite una nítida diferenciación entre los elementos del tipo, las causas de justificación y los momentos de la antijuridicidad. En general rechaza que esos elementos que para Welzel son especiales características de la antijuridicidad, sean exclusivamente tales elementos de la antijuridicidad, puesto que también contribuyen a la descripción del hecho (Roxin, 1970: 66 y ss.; 1979: 99 y s.). Rechaza también que sean únicamente elementos pertenecientes al tipo o que sean considerados como condiciones objetivas de punibilidad. Según Roxin se trata de elementos que tanto aluden al injusto como a la antijuridicidad formal. Por tanto son elementos que han de ser situados tanto en el tipo como en la antijuridicidad. Consecuentemente, un error sobre ellos tanto puede llevar a un error de tipo como a un error de prohibición. Habrá error de tipo en tanto la falsa representación tenga que ver con su aspecto descriptivo determinante de lo injusto. Habrá error de prohibición en tanto el error, con un correcto conocimiento de las circunstancias que constituyen el injusto, haya recaído sobre la prohibición (Roxin, 1970: 132 y ss.; 1979: 209 y ss.). Con Roxin se da entrada a lo que se conoce como elementos de valoración global del hecho.

En este contexto hay que tener en cuenta también la caracterización de ciertos elementos como conceptos complejos. Estos, al igual que sucede con los elementos normativos, se refieren a hechos valorados; pero por el contrario, el dolo únicamente ha de abarcar la propia situación de hecho, como condición necesaria y suficiente (Weber, 1953: 161). Sin embargo, los elementos normativos sí que han de ser captados tanto en los hechos como en la valoración (cfr. Weber, 1953: 162). La dificultad está en que no se proporcionan criterios con los que diferenciar entre los elementos normativos y los conceptos, sino que para ello se remite a la parte especial (Weber, 1953: 162). El error sobre los hechos es error

de tipo y el error sobre la valoración, error de subsunción como subespecie del error de prohibición (Weber, 1953: 164).

También se ha relativizado la distinción entre elementos normativos y descriptivos, dado que también los elementos descriptivos contienen componentes normativos. No obstante, y a pesar de la relativización mencionada, los autores siguen diferenciando —al menos conceptualmente— entre elementos descriptivos y normativos.

Tischler, historiador y último monografista en Alemania de este tema, reconoce que no se ha establecido una clara delimitación entre los elementos descriptivos y normativos. El problema consiste en que, por una parte, los elementos normativos contienen ciertos momentos de realidad comprensible sensorialmente, es decir elementos descriptivos. Por otra parte, los elementos descriptivos señalan también contenidos que van más allá de la pura cognición; de modo que su significación social no puede ser comprendida mediante un mero conocimiento de los hechos. Por tanto, el dolo referido a elementos descriptivos del tipo presupone también una valoración paralela en la esfera del profano. Aunque ciertamente en muchos elementos descriptivos esa valoración va dada con el conocimiento de los hechos. En ellos, el paso de la percepción sensorial a la comprensión de su contenido de significación social es sencillo, en tanto que en los normativos el paso de la aprehensión sensorial a la comprensión intelectual del contenido de sentido puede ser difícil y complicado. Entre los elementos descriptivos y normativos no hay ninguna diferencia cualitativa fundamental, sino cuantitativa; ninguna diferencia en cuanto a la clase de comprensión, sino de grado. Todos los elementos del tipo son más o menos descriptivos o normativos (Tischler, 1984: 34 y ss.). Para este autor, y ahora según consideraciones prácticas, el tránsito del error sobre elementos normativos del tipo al error de prohibición es tan resbaladizo, la frontera entre ambos es tan difusa, que la jurisprudencia puede traspasarla en ambas direcciones (Tischler, 1984: 365).

Resulta desolador comprobar que tras el exhaustivo estudio de Tischler —que abarca la teorización del error sobre elementos normativos desde sus orígenes en 1915 hasta 1983— no se pueda dar una definición precisa y operativa de los elementos normativos. Consecuentemente, las cuestiones relativas al conocimiento que fundamenta el dolo y el error sobre dichos elementos tampoco pueden ser convenientemente precisadas.

#### IV. LA DISCUSION DOCTRINAL EN ESPAÑA

La repercusión que las anteriores cuestiones han tenido en la doctrina española ha sido diversa. En general, los elementos normativos se contraponen a los descriptivos (cfr. Bustos Ramírez, 1989: 168). Las de-

finiciones que de ellos se dan también suelen ser de carácter epistemológico, pues están en función del procedimiento utilizado para conocerlos. Según estas definiciones, los elementos normativos se aprehenden o comprenden mediante un proceso intelectual o valorativo. Así opinan Rodríguez Mourullo (1978: 260), Bacigalupo (1984: 84 y 1985: 69), Bustos Ramírez (1989: 168), Gómez Benítez (1984: 193), Muñoz Conde (1984: 45), Cerezo Mir (1985 a: 332). Como variantes se pueden mencionar la de Quintero Olivares (1986: 77 y 322), de carácter metodológico, que orienta la valoración en la indagación de otras ramas del Derecho. La que da Mir Puig (1985: 172) es de carácter normativo factual: los elementos normativos “aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social”.

Como se muestra a continuación, la cuestión acerca de si el error que recae sobre elementos normativos del tipo lleva a un error de tipo o de prohibición, no es pacífica; las mayores dificultades se producen en el análisis de los supuestos concretos: sobre todo si hay que decidir si se está, o no, ante un elemento normativo. Al igual que en Alemania, el problema tiene su origen en la diversidad terminológica y conceptual (13). Por lo que hace a la teoría de los tipos abiertos, a los especiales elementos de la antijuridicidad, o a los elementos de valoración global del hecho, la aceptación ha sido diversa. En un primer momento Córdoba Roda (1962: 354) admitió la diferencia entre las características especiales de la antijuridicidad y los elementos normativos de carácter valorativo, que pertenecen al ámbito de la tipicidad. Un error sobre los primeros es un error de prohibición, en tanto que sobre los segundos es un error de tipo. Bacigalupo (1985: 66 y ss.) entiende que el error que recae sobre elementos normativos puede llevar en unos casos al error de tipo y en otros al error de prohibición; un error acerca de elementos que contienen referencias a la antijuridicidad ha de ser tratado como un error de prohibición, en razón de “una mejor distribución de los riesgos de la vida social”. Sin embargo rechaza la construcción de los elementos de valoración global del hecho. Cobo-Vives (1987: 256 y 495), por el contrario, han rechazado la construcción de las características especiales de la antijuridicidad aunque no excluyen la existencia de cláusulas con referencias a la antijuridicidad. Sin embargo, y por lo que hace a los elementos normativos opinan que el error de tipo puede ser error de derecho si tiene su origen en una comprensión errónea del alcance de un término normativo. También Cerezo Mir (1985 a: 318, nota 67) ha rechazado la construcción de los tipos abiertos. En ambos casos porque se entiende que pertenecen al tipo (de injusto) todos los elementos que constituyen lo injusto específico de cada figura delictiva. Con el mis-

---

(13) Cfr. MUÑOZ CONDE. 1989: 129, para las dificultades que se plantean en los casos concretos, y 97 para la discusión al término “indebidamente” del artículo 349 del Código penal, con indicaciones. Cfr. LUZÓN PEÑA (1991: 14) acerca de las posibilidades interpretativas del término “ilegalmente” del artículo 184.

mo fundamento Octavio-Huerta (1986: 167) tampoco admiten dicha construcción. Para estos autores, en los casos en los que ciertas características típicas obliguen al juez a formular juicios de valor de carácter general, o a establecer una relación con otros elementos del tipo, lo procedente es atenerse a los métodos regulares de interpretación. Por su parte, Gómez Benítez (1984: 194 y s.), interpreta ciertos términos legales como “elementos que condicionan la antijuridicidad del hecho, pero no su tipicidad”, los cuales no son auténticos elementos normativos del tipo, aunque rechaza que determinados “elementos especiales de la antijuridicidad” aludidos por Welzel sean tales, pues se trataría de auténticos elementos normativos. Bustos Ramírez (1989: 168 y 259), diferencia entre elementos normativos y referencias a la antijuridicidad, en particular causas de justificación; aunque en los casos en los que sobre el sujeto recaen deberes específicos, lo que podría ser una causa de justificación se transforma en causa de atipicidad. El error que recae sobre elementos normativos es error sobre elemento esencial integrante de la infracción penal, recaiga sobre los presupuestos objetivos o sobre la valoración, a no ser que se refiera a la prohibición. Mir Puig (1981: 344 y s., 537 y s.), desde los planteamientos de la teoría de los elementos negativos del tipo se ha adherido a la construcción de los elementos de valoración global del hecho. En cuanto al error que recae sobre los elementos del tipo opina que debe tratarse en forma unitaria, sea un elemento normativo o descriptivo y recaiga sobre hechos o sobre el Derecho, Mir Puig. Muñoz Conde (1989: 131), en la actualidad considera que el error sobre elementos normativos o referentes a la antijuridicidad utilizados en la descripción del comportamiento típico, ha de ser tratado como un error sobre elemento esencial integrante de la infracción penal.

De este breve resumen, se concluye que en la discusión española relativa al error sobre elementos normativos, se utilizan los mismos conceptos y se caracterizan de igual manera que en la discusión alemana.

## V. CRITICA A LA POSICION TRADICIONAL

De lo expuesto hasta aquí se evidencia una falta de precisión en la definición y caracterización de los elementos normativos, que repercute negativamente en el tratamiento del error. Como características de los elementos normativos se pueden señalar las siguientes notas:

- a) Se definen a partir de la contraposición entre percepción sensorial y contenidos de significado social.
- b) Los elementos normativos han de ser completados con valoraciones.
- c) Se utiliza un proceso, cuya dinámica no se concreta, a través del cual se llega desde la percepción sensorial a la comprensión del contenido de significado.

d) Se ha relativizado la distinción entre elementos normativos y descriptivos, en tanto que la interpretación teleológica de estos últimos los “normativiza”, y en tanto los elementos normativos también se integran de componentes descriptivos.

Los elementos normativos, caracterizados en tal manera, resultan excesivamente imprecisos para lo que conviene a la seguridad jurídica; no se sabe exactamente qué son, cómo se los puede reconcer, ni cómo opera el procedimiento con el que se decide si el sujeto los abarcó intelectualmente en medida suficiente; pero a pesar de ello cumplen un papel relevante en los trabajos de la doctrina y en la jurisprudencia.

Desde los presupuestos de la Filosofía analítica del lenguaje, Herberger ha criticado a la posición tradicional en los aspectos esenciales. El *criterio de la no perceptibilidad sensorial* es elemental e intuitivo y no resulta útil para determinar a los elementos normativos. Por otra parte, frecuentemente encierra confusiones terminológicas y de niveles de lenguaje (14). El *criterio de la comprensión intelectual* inicialmente planteado por Welzel no diferencia correctamente entre la extensión y la intensidad de los términos (15). Welzel diferencia entre el error que recae sobre la significación social de un determinado ámbito de cosas y el que recae sobre el concepto. En el primer caso se excluye el dolo y en el segundo se trata de un error de subsunción. Pero a decir verdad, todo aquello que es relevante en cuanto a la significación social de un evento, se incluye en la intensidad de la expresión correspondiente. De donde resulta que un error sobre la significación social de una acción, generalmente, será también un error sobre, al menos, un elemento del concepto (Herberger, 1976: 134).

El *criterio de la complementación valorativa* tiene dos formulaciones. La primera caracteriza a los elementos normativos como conceptos vacíos; en este caso el juez goza de una amplia libertad para darles contenido, incluso con valoraciones extralegales. Con razón, esta primera formulación es inaceptable para Herberger. En la segunda formulación la complementación valorativa es una forma de precisión de aquellos elementos con componentes descriptivos vagos. Pero en este caso se rea-

---

(14) Se suelen confundir, por una parte las cualidades de los objetos con los propios términos teóricos, y por otra el lenguaje objeto con el metalenguaje. Así ocurre con esta definición —de Heimann Trosien—: “como descriptivos son denotados aquellos elementos (Merkmale) que son perceptibles sensorialmente”. Aquí se evidencia la equivocidad de la palabra “Merkmal”: “perceptibles sensorialmente” son las cualidades de los objetos; dichas cualidades no pueden ser descriptivas, pues como “descriptivas” se caracteriza a las construcciones lingüísticas. Cuando se dice que las cualidades de un objeto son perceptibles sensorialmente se hace una declaración perteneciente al lenguaje objeto. Cuando se califica una parte de tal declaración como descriptiva se hace una declaración sobre una declaración, es decir, se coloca uno en el plano metalingüístico (HERBERGER, 1976: 129).

(15) Acerca de los conceptos propios de la Filosofía analítica que aquí se mencionan vid. enseguida VI.

liza una operación que ya es similar al procedimiento con el que se concretan expresiones descriptivas con intensión vaga. Sin embargo, la valoración de la primera formulación difiere sensiblemente del método de precisión de la segunda. Pues en este caso el juez ha de fundamentar qué elementos introduce, desecha o modifica y por qué lo hace; de este modo se pueden delimitar las modificaciones jurisprudenciales: habrá una modificación cuando los objetos que con seguridad caen bajo la “vieja” intensión, sólo parcialmente pueden ser incluidos en la “nueva” intensión (Herberger, 1976: 145 y s.) Merece la pena destacar estas observaciones, pues ciertamente el método analítico resulta más claro y racionalmente más fundado que el procedimiento valorativo.

Más allá de la problemática relativa a la distinción entre elementos descriptivos y normativos, está también la de decidir, en el caso concreto, si se trata de elementos del tipo o de la antijuridicidad, o bien si son elementos que pertenecen a ambas categorías dogmáticas; o en todo caso, cómo diferenciarlos de los elementos descriptivos, de las especiales referencias a la antijuridicidad, de los elementos de valoración global del hecho, de los conceptos complejos, de los conceptos en blanco o aun de las propias leyes penales en blanco (cfr. Muñoz Conde, 1989: 36 y s.). Esta diversidad terminológica muestra la diversidad y conflictividad conceptual y, consecuentemente, la ausencia de una definición operativa de los elementos normativos. Dicha conflictividad, claro está, repercute negativamente en la necesaria distinción entre el error de prohibición. Por una parte porque no resulta fácil, en los supuestos concretos, diferenciar a los elementos normativos de aquellos otros que contienen componentes propios de la antijuridicidad, y por otra, porque frecuentemente los elementos normativos precisan del conocimiento de cuestiones jurídicas que presuponen, a veces, el conocimiento de alguna forma de contrariedad al Derecho. Sin embargo es importante decidir si un supuesto concreto es un error de tipo o un error de prohibición ya que las repercusiones prácticas, a su vez, también son muy importantes en el caso del error vencible. Si un error se califica como error vencible de tipo y el delito en cuestión no admite la realización culposa, entonces procede la absolución. Por el contrario, si tal error vencible es considerado de prohibición entonces se aplica la pena del delito doloso aunque atenuada (uno o dos grados, según el art. 66).

## VI. OPCION A FAVOR DE LA FILOSOFIA ANALITICA DEL LENGUAJE

Como ya he indicado, este tema del error que tiene que ver con los elementos normativos del tipo se puede tratar desde los presupuestos de la Filosofía analítica del lenguaje. En mi caso esta opción se debe a mis simpatías por el realismo jurídico, y en particular por la definición

denorma jurídica que he asumido, como oración inscripción externa y positiva (16). Desde esta perspectiva lo relevante son las palabras del texto legal. A ellas, por otra parte, nos vincula el principio constitucional de legalidad así como el artículo 4.º del Código civil. Al principio han de estar las palabras. Sólo después se podrá construir, conceptualizar o valorar tanto cuanto se quiera. Pero si el punto de partida son las palabras, el mejor método de trabajo lo proporcionará la disciplina que se ocupa del estudio de las cuestiones con ellas implicadas: la Filosofía analítica del lenguaje.

Frente a las posiciones tradicionales, las que parten de los presupuestos de la Filosofía analítica suponen un giro metodológico, sin que por ello se hayan de desvincular, necesariamente, de las aportaciones de las anteriores. Hay que tener en cuenta que entre las posiciones tradicionales, cada vez gana mayor número de adeptos la tesis que relativiza la distinción de los elementos normativos en el tipo (17). Este es precisamente el punto de contacto con las posiciones que sí parten de presupuestos lingüísticos; pues desde esta perspectiva, todos los términos que integran la redacción legal se asemejan en que su significado se puede determinar a través de un mismo procedimiento. Lo cual supone que, de partida, no se establecen diferencias, sin que ello haya de impedir ulteriores distinciones entre los términos legales. La línea tradicional que se inicia con Mayer, caracteriza a los elementos normativos a través de las categorías dogmáticas: los elementos normativos no son *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino *ratio essendi*. Por el contrario, la línea analítica parte del significado de las palabras. Pero ello no impediría, posteriormente y en el caso que se estimara conveniente, establecer distinciones sistemáticas entre los diversos términos de las redacciones legales.

Antes de pasar adelante, es conveniente introducir algunos términos propios de la Filosofía analítica, aunque sea someramente.

De acuerdo con presupuestos analíticos vamos a considerar que las palabras, símbolos o términos, son los elementos primitivos, no ulteriormente descomponibles, y las reglas semánticas las que establecen la relación entre los símbolos —o cadenas de símbolos— del lenguaje y su significado. El significado de un símbolo o palabra (nombre) se determina a través del sentido o intensión y de la referencia o extensión que se le ha asignado en el lenguaje de que se trate. La intensión está referida al mundo de los conceptos, reglas de aplicación, dogmática o meramente de las definiciones explicativas; estos conceptos son connotados por la expresión correspondiente. La extensión, en cambio, nos lle-

---

(16) Para los planteamientos del realismo jurídico vid. HERNÁNDEZ MARÍN (1986: 316 y s.).

(17) Cfr. TISCHLER (1984: 37), con abundantes indicaciones doctrinales acerca de la idea según la cual todos los elementos del tipo son a la vez más o menos normativos y descriptivos.

va al conjunto de objetos reales a los que designa o se refiere la palabra. La conexión entre la expresión que designa o denota y el objeto designado o denotado, se denomina relación semántica de referencia (18).

Sin embargo, los términos del lenguaje, las palabras, presentan dos clases de problemas. Por una parte, un determinado grado de imprecisión, debida a la vaguedad y ambigüedad inevitables, y por otra, sucede que hay palabras sin extensión o referencia. Aquí no me voy a ocupar de estas cuestiones que pertenecen a la teoría general de la interpretación del Derecho, desde donde se han propuesto soluciones para superar estos inconvenientes (19). Me interesa constatar, no obstante, que las dificultades derivadas de la imprecisión de las palabras también están presentes en la construcción conceptual, pues no hay que olvidar que en la actualidad, se acepta mayoritariamente que el punto de partida para la construcción dogmática es el texto de la ley.

Es conveniente mencionar también la existencia de dos clases de lenguaje, el técnico o lenguaje de los juristas —como metalenguaje del Derecho— y el común de los profanos, que no coinciden exactamente en el plano intensional y, frecuentemente, tampoco en el plano extensional (20).

## VII. PRESUPUESTOS DOCTRINALES

A continuación me voy a referir a las posiciones doctrinales que toman en consideración las aportaciones de la Filosofía analítica. En la monografía de Tischler, ya mencionada, esta corriente se presenta como una tendencia actual que aparece en la década de los años setenta. Allí se alude únicamente a las posiciones de Thomas Darnstädt y Maximilian Herberger; a ellas me voy a referir a continuación, así como a las posiciones de Ellen Schlüchter, Arthur Kaufman, Urs Kindhäuser e Ingebor Puppe aparecidas en los años ochenta y noventa, que también toman en consideración presupuestos analíticos y de la teoría de la comunicación.

*Maximilian Herberger* constata que la interpretación teleológica de los términos legales usual, hace que no se pueda establecer diferencia alguna entre elementos descriptivos y normativos. Por su parte, diferen-

---

(18) Para una introducción general a las categorías semánticas vid. GARRIDO (1983: 217 y ss.) y HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 35 y ss.), ambos con indicaciones.

(19) Se pueden encontrar indicaciones al respecto en HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 35 y ss.), y en HERBERGER-KOCH, 1978. Para dar solución al problema de las palabras sin referencia, resulta útil el procedimiento de la paráfrasis o circunlocución que se propone en ROSS, 1976, *passim*, que ya había conocido Bentham, y que luego influyó en la teoría de las descripciones de Bertrand Russell (cfr. MORESO MATEOS, 1986: 129 y ss., con indicaciones).

(20) Vid. HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 40 y 237 y ss.) y HERBERGER-KOCH (1978: 811). Sobre Derecho penal vid. KAUFMANN (1982: 27 y ss.) y SCHLÜCHTER (1983: 911).

cia entre expresiones descriptivas y valorativas. Las valorativas contienen un componente descriptivo y otro emotivo, a diferencia de las descriptivas, que sólo contienen componentes descriptivos. Los componentes descriptivos se refieren a cualidades de los objetos y posibilitan así su identificación. El componente emotivo transmite una valoración de los objetos, y desempeña el mismo cometido que la intensión en los elementos descriptivos. Es por ello que no se toma en consideración en la valoración paralela, pues en este ámbito sólo es relevante el componente descriptivo de la expresión valorativa (Herberger, 1976: 141 y ss.).

Del trabajo de Herberger hay que destacar las agudas críticas que formula a la posición tradicional mencionadas más arriba. Su propuesta está referida a las expresiones valorativas. La solución que propone es análoga a la de los conceptos complejos, y ha de ser objetada, como ya ha hecho Schlüchter (1983: 24 y s., y 75 y s.), en tanto los componentes emotivos no pueden ser totalmente reducidos a sus presupuestos fácticos.

A diferencia de Herberger, *Thomas Darnstädt* rechaza la caracterización de los elementos normativos basada exclusivamente en cualidades valorativas. Reconoce como expresiones valorativas aquellas expresiones en las que junto a un componente descriptivo hay otro de opinión o de recomendación. Así ocurre con elementos normativos tales como “experimentado” (*‘weidmännish’*). En este caso se describe determinado comportamiento y se expresa además que “de ese modo ha de comportarse un cazador”. Sin embargo, en otros elementos normativos no hay tales componentes de recomendación, cual sucede con la expresión “operaciones de un banco” (*‘Geschäfte einer Bank’*) (Darnstädt, 1978: 442). Por el contrario, los elementos típicos, como símbolos lingüísticos vinculan determinadas cualidades a los correspondientes objetos. De acuerdo con Searle diferencia entre hechos naturales e institucionales. Los primeros se corresponden con el tradicional entendimiento de las ciencias naturales sobre la construcción del mundo, con referencia a estados físicos o psíquicos o cualidades que pueden ser descritas totalmente. Las institucionales resultan de aquellas naturales que tienen relevancia para los miembros de la sociedad. Desde estos presupuestos, elementos normativos del tipo son aquellos elementos (típicos) referidos a hechos institucionales; es decir hechos a los que por lo menos se les asigna una cualidad social. Consecuentemente, el dolo del autor ha de abarcar esas cualidades institucionales o la relevancia social del hecho. Con Welzel, pero con nueva terminología, diferencia entre errores sobre objetos extralingüísticos y errores sobre el contenido semántico de la norma. Los primeros dan lugar a un error de tipo y los segundos de prohibición (Darnstädt, 1978: 443 y ss.).

En definitiva, se puede decir que Darnstädt no introduce modificaciones relevantes, más allá de reformular la posición de Welzel con la terminología propia de la filosofía analítica.

Según *Urs Kindhäuser* es posible diferenciar los elementos descrip-

tivos de los normativos sin forzar las cosas, aunque la constatación de los elementos del tipo descriptivos y normativos puede ser verificada, en un sentido amplio, según el mismo esquema. No utiliza para ello el criterio de la percepción sensorial o de la comprensión intelectual, ya que no podrían ser aplicados a términos conceptuales que han de ser definidos en razón del lugar que ocupan en una teoría (por ejemplo, energía nuclear o rayos ionizantes).

Los elementos descriptivos se refieren a cualidades naturales y los objetos son asignados al marco de juicios teóricos. Los juicios teóricos implican la constatación y la aclaración de un hecho en bruto (*factum brutum*), en el sentido de que dicen lo que es, expresan las cualidades que caracterizan al objeto en el mundo.

Los elementos normativos se refieren a cualidades convencionales y los objetos son asignados al marco de juicios prácticos. Los juicios prácticos aluden a cómo han de ser realizadas las acciones, cuándo son verdaderas o falsas; expresan aquello que rige o está en vigor; pero no dicen cómo son los objetos o cómo se los identifica. Antes bien son cualidades que sólo resultan de las actitudes de los hombres con las cosas o con otros hombres. Son cualidades que deben su existencia a una regla social. Los juicios prácticos se refieren a la coordinación de interacciones. La cuestión de si una determinada regla es más adecuada que otra para solucionar un problema de coordinación tiene que ver con el propio problema en el marco de una discusión moral o jurídica.

Los elementos normativos son valorativos pero sólo y en tanto son utilizados para comparar o graduar. Las valoraciones no son expresión de sentimientos, sino que comunican un contenido asertivo, proporcionan un dato acerca del lugar que ocupa el objeto valorado en una escala que responde a un estándar aceptado para valorar tal clase de objetos. Así, cuando se dice que tal objeto es un documento o una cosa ajena, no se está diciendo nada positivo ni negativo, ni se recomienda ni se rechaza el objeto, ni éste es admirado o condenado. Ahora bien, ello presupone que el juzgador acepta las reglas del estándar que se aplican (Kindhäuser, 1984: 465 y ss.).

Kindhäuser entiende que si una expresión, sea un predicado normativo o descriptivo, es utilizada en una aserción para caracterizar un objeto, entonces se ha de distinguir entre el contenido, el sentido, de la aserción y las condiciones fácticas que han de darse para que esa aserción sea verdadera. El problema en este contexto está en la diferenciación entre el error sobre el contenido de una aserción (es decir, un error sobre el sentido de la aserción) que incluye al predicado típico y el error sobre las condiciones bajo las cuales esa aserción es verdadera.

Se plantea si como objeto del dolo bastan las condiciones de la realización del tipo, o bien la responsabilidad dolosa exige una actuación con una representación conceptual que por lo menos sea equivalente al sentido del tipo, y se muestra partidario de la primera posibilidad. Según ello, si el autor no considera pornográfico un escrito con determi-

nado contenido yerra sobre el sentido del predicado “pornográfico”; él no conoce correctamente su contenido porque no sabe que a las características de ese concepto también pertenecen las cualidades que presenta el escrito en cuestión. Este error de sentido no es relevante para el dolo, sino, tal vez, como error de prohibición. En cuyo caso, lo relevante no es si el sujeto pudo o tuvo que abarcar el sentido del predicado “pornográfico”, sino si podía o tenía que comprender la dañosidad potencial del escrito para el desarrollo de la juventud, y con ello lo ilícito de su difusión.

Los errores, pues, quedan clasificados en dos categorías: errores sobre el sentido (de las palabras) y errores sobre los hechos. El error sobre el sentido de las palabras (sobre “el contenido de la norma fijado en el tipo”) llevará a un error de prohibición, relevante en el ámbito de la culpabilidad. El error sobre los hechos (“sobre los presupuestos fácticos bajo los que la expresión es aplicada en un caso concreto”) llevará a un error de tipo que excluye el dolo (Kindhäuser, 1990: 407 y ss.).

De la posición de Kindhäuser hay que destacar que la determinación de los elementos normativos y descriptivos la lleva a cabo según un mismo esquema, en el que no intervienen los criterios de percepción sensorial o comprensión intelectual. Claramente, en el caso de los elementos normativos se alude a un estándar, reglas o normas con los que se determina su contenido asertivo.

Sin embargo, en su propuesta se utilizan las categorías de verdad/falsedad en el contexto de un discurso prescriptivo, el de las normas jurídicas, con el cual son incompatibles. Si por el contrario, dichas categorías se aplican sólo a los enunciados metajurídicos asertivos de la Ciencia jurídica ello es correcto, pero entonces se está refiriendo el objeto del dolo, no a lo que según el texto legal es la realización típica, sino a las condiciones fácticas para las que el enunciado metajurídico —y por tanto no jurídico— es verdadero. Así, para convenir que determinado escrito es pornográfico se ha llevado a cabo un razonamiento en el que interviene como premisa un estándar —que no es jurídico— con el que se valora el hecho. Ante una diferencia entre las intensiones técnica y vulgar, Kindhäuser entiende que se trata de un error sobre el sentido de una expresión y que por tanto es irrelevante para el dolo. Pero en dicho caso también debería analizarse la aceptación general del estándar utilizado y su divulgación, así como el grado de certeza que proporciona en la determinación de la extensión del elemento típico. Entiendo, por el contrario, que un error del sujeto en cuanto al carácter pornográfico, habida cuenta de la vaguedad del término ha de ser apreciado con mayor flexibilidad, como se expone más adelante.

Para *Ellen Schlüchter*, elementos normativos son aquellos elementos del tipo que remiten a otra norma, jurídica o no. La extensión de estos elementos es esa norma a la que remiten. Ahora bien, los términos de dicha norma también tiene extensión e intensión. De donde resulta, que

los correspondientes elementos normativos tienen una doble referencia. La primera alude a la norma extrapenal a la que remiten y la segunda, a determinados estados de cosas que están comprendidos en los conceptos de la norma a la que el elemento normativo había remitido. De modo que la extensión resultante incluye la suma de todos los posibles ámbitos factuales que constituyen la referencia de dicha norma, así como a sus conceptos. Es esta circunstancia, precisamente, la que otorga a los elementos normativos del tipo su especificidad frente a los descriptivos (Schlüchter, 1983; 23 y ss.). Sin embargo, ello no significa que entre los elementos normativos y los descriptivos haya una diferencia cualitativa, pues ambos denotan un ámbito de un estado de cosas como extensión. La diferencia consiste sólo en el número de operaciones intermediadoras que hay que efectuar hasta llegar a dicho ámbito (Schlüchter, 1983: 144). Por lo demás, en el proceso de subsunción, los elementos normativos no se diferencian del resto de los elementos del tipo. Cuando un elemento se ha de describir intensionalmente y no sólo como una cuestión de hecho, entonces se han de coordinar las circunstancias o estados de cosas extensionales e intensionales (Schlüchter, 1983: 93).

Schlüchter no cae en el frecuente error de origen terminológico y de repercusión materiales, sobre las palabras y los hechos. Por el contrario, diferencia entre los elementos (típicos) que forma parte del tipo y las circunstancias del hecho (*Tat-Umstand*), que son un ámbito de un estado de cosas determinado por los elementos típicos, es decir, su extensión (Schlüchter, 1983: 141) (21).

El entendimiento de las circunstancias del hecho como un ámbito de un estado de cosas que se corresponde con un elemento del tipo, tiene importantes consecuencias para el dolo. Para la realización dolosa, el autor tiene que haber aprehendido todo el ámbito del estado de cosas determinado por los elementos de la correspondiente norma que denotan o se refieren al bien jurídico. Es decir, es determinante que el autor haya abarcado el ámbito del estado de cosas denotado extensionalmente por el correspondiente elemento típico, en la medida en la que han de ser clarificados los componentes referidos al bien jurídico. Ahora bien, y aquí está la peculiaridad de la propuesta de Schlüchter, para la realización dolosa, como regla general, basta con que el autor haya conocido la significación lesiva de su conducta para el bien jurídico. En cambio, no es necesario el conocimiento de la significación global del elemento (normativo) típico (Schlüchter, 1983: 92). Se exceptúa el caso —no hay dolo pues— en el supuesto que el autor haya configurado una representación del hecho que se sale totalmente fuera del marco del

---

(21) Las circunstancias, que según la redacción legal del párrafo 16 del Código penal alemán, pertenecen al tipo son todos los ámbitos de estados de cosas (descritos) que constituyen la extensión de las características del tipo. Por tanto, una circunstancia pertenece a un elemento normativo en tanto forme parte de su doble extensión (SCHLÜCHTER, 1983: 92).

tipo. En ello consiste el criterio de la visión del ámbito de cosas (*Sachverhaltssicht*) reducida teleológicamente, que propone Schlüchter. Frente a la fórmula de la valoración paralela en la esfera del profano opone, pues, el conocimiento de los componentes del elemento típico referidos al bien jurídico, como criterio para delimitar el error de tipo del error de prohibición (Schlüchter, 1983: 116 y 193) (22).

De lo dicho hasta ahora se exceptúan los elementos de valoración global del hecho, a pesar de que también designan un ámbito de un estado de cosas como extensión. Ello se debe a que los elementos de valoración global del hecho no pertenecen al tipo legal en su conjunto, sino sólo los elementos particulares que denotan el injusto. Únicamente la extensión constituye una circunstancia de las que pertenecen al tipo en el sentido del párrafo 16, en tanto que la valoración misma pertenece a la antijuridicidad (Schlüchter, 1983: 94).

La propuesta de Schlüchter ha sufrido críticas. Se le ha objetado falta de precisión, que no proporcione una clara diferenciación, en los casos límite, entre el error de tipo y el error de prohibición, que no conceda relevancia al error sobre el significado global del elemento típico, y en particular que no va más allá del criterio de la valoración paralela que ella rechaza (cfr. Tischler, 1984: 368; Kuhlen, 1978: 432).

Así, Cramer (1988: com. par. 15, núm. 45) menciona la posición de Schlüchter cuando trata sobre la valoración paralela e indica que llega a las mismas conclusiones, aunque a través del método de la reducción teleológica. Su propuesta adolecería de falta de precisión dado que la determinación de los componentes del elemento típico referidos a la protección del bien jurídico presenta dificultades, y consecuentemente, el ámbito que ha de ser abarcado por el dolo. Por otra parte la determinación del dolo se vincula a conceptos valorativos de difícil precisión, tales como el defecto relevante en la representación del estado de cosas reducido teleológicamente, o representación del hecho totalmente modificada, o supuestos que extensionalmente caen

---

(22) Así, por ejemplo, el componente referido al bien jurídico que denota el elemento típico documento sería su función como medio de prueba (SCHLÜCHTER, 1983: 131), o en otros casos una función probatoria de una aclaración explicativa referida a una marca comercial o al usuario de un bono para una cantina militar, etc. (SCHLÜCHTER, 1985 b: 377 y s.).

Las críticas que realiza al criterio de la valoración en la esfera del profano se basan en que la diferencia entre las percepciones del profano y las del jurista, en modo alguno afectan únicamente a las valoraciones. No sólo hay diversas consideraciones en la referencia valorativa, sino que, además, se ha de tener en cuenta que diversos individuos pueden captar de diferente manera el estado de cosas, al cual está referida la valoración. La percepción depende de predisposiciones del individuo y de los conceptos disponibles. Así pues el profano y el jurista no sólo valoran de diverso modo, sino que además pueden captar la realidad de diversa manera. Por ello, al sujeto sólo se le puede responsabilizar por dolo cuando hubo conocido la eficacia perjudicial para el bien jurídico de su comportamiento, por lo menos en forma de dolo eventual (SCHLÜCHTER, 1983: 141 y ss.).

totalmente fuera del marco del tipo. Se ha señalado también que en su propuesta es totalmente irrelevante el error acerca de los hechos particulares a los que se refiere el elemento típico interpretado globalmente (Tischler, 1984: 368; Kuhlen, 1978: 432). Ello significa que si el autor conoce la repercusión de su acción para el bien jurídico, entonces actúa con dolo a pesar de un error sobre la realización de alternativas del tipo, o un error sobre la realización de otro tipo, e incluso puede permanecer el dolo en los casos de *double error* (Kuhlen, 1987: 433). También se ha criticado, que oriente la teorización del error en el bien jurídico. Pues de ese modo se dificulta la teorización del error con las dificultades que gravan, ya de por sí, la teorización acerca del bien jurídico (Tischler, 1984: 368; Kuhlen, 1978: 435 y ss.).

*Ingeborg Puppe* entiende que para los elementos normativos, no es necesario establecer una especial exigencia del conocimiento del sentido, que no se exige para los elementos descriptivos (la llamada valoración paralela en la esfera del profano), ni tampoco es necesario debilitar esa exigencia para los elementos normativos, como una mera paralelidad, para asegurar un ámbito de aplicación al error de subsunción (Puppe, 1990: 145).

En contra de Schlüchter, se opone a considerar el tipo como un concepto de clase que denote un conjunto de sucesos, al igual que un elemento típico denota un objeto o un individuo (cfr. Puppe, 1990: 147). Por el contrario, concibe los tipos penales como cualidades: los tipos no denotan estados de cosas sino acciones que tienen en común la cualidad de ser la intensión de la expresión de clase; por ejemplo, acciones que tienen la cualidad de ser asesinatos, robos o falsificación de documentos. Ahora bien, ni siquiera esas acciones determinadas a través de ciertas cualidades pueden ser consideradas como la extensión del tipo, puesto que un hecho tal como que A ha matado a B por móviles bajos, no puede ser comprendida si no se sabe que se trata de un asesinato en la manera en que el parágrafo 211 define dicho concepto. Las denominaciones típicas como asesinato, robo o falsificación de documento no son cualidades de los hechos que caen bajo esas denominaciones típicas como su extensión, sino sólo abreviaturas para el hecho mismo, que inadmisiblemente se usan como si fueran sustantivos y con ello suscitan la falsa apariencia de conceptos de clase. Ahora bien, si el tipo no sólo se refiere a un hecho que lo realiza, sino que representa al hecho mismo, ¿cómo logra el tipo referirse a los diversos hechos que igualmente lo realizan? Ello es posible ya que los tipos, como descripciones de los hechos que los satisfacen son incompletos. Tomemos el caso más sencillo de tipo: “quien dolosamente mata a otro”. Esta expresión ni describe un hecho ni proporciona una cualidad de un hecho; tomada en sí misma carece de sentido completo. Una descripción de un hecho se obtiene de esa expresión porque las palabras “quien” y “otro” introducen determinaciones para personas, por ejemplo nombres propios. Un tipo

no es una frase completa sino una función de frase (*Satzfunktion*), la cual representa una referencia entre individuos, que puede ser satisfecha por una diversidad ya que a éstos los deja indeterminados. Así pues, un tipo describe muchos hechos, de igual modo que una función matemática muchas ecuaciones. Un hecho, en el sentido del parágrafo 16 del CP alemán “que pertenece al tipo legal” es lo que la frase significa, lo que obtenemos, cuando sustituimos las variables individuales existentes en el tipo por constantes. De modo que los hechos que pertenecen al tipo legal son descritos por el tipo cuando sus variables individuales se sustituyen por constantes. Ello le lleva a concluir que los hechos no son la extensión, sino la completa intensión del tipo, o dicho corrientemente, su sentido (Puppe, 1990: 148 y ss.), y de ahí que, según esta autora, lo que el sujeto ha de conocer para actuar dolosamente es el sentido del tipo (Puppe, 1990: 145), que entiende como el sentido de la frase que deriva del tipo (Puppe, 1990: 150).

Para constatar si el dolo del autor abarcó dicho sentido, y establecer la distinción con el error de prohibición, propone el siguiente procedimiento: el juez ofrece al acusado frases alternativas (vulgares) para describir los hechos, cuya intensión implica a la frase que deriva del tipo (frase L-equivalentes según la terminología de Carnap que utiliza Puppe). Si el sujeto se halla en un error de tipo nunca afirmará una de tales frases, a no ser que con la afirmación de la frase se halle de nuevo en un error de subsunción (error conceptual) (Puppe, 1990: 152).

La propuesta de Puppe no puede ser compartida. El objeto del dolo es la realización típica, es decir, los hechos efectivamente realizados, y no el sentido o la intensión del tipo, es decir, el resultado de un razonamiento en el que interviene el texto legal, pero también el conjunto de reglas de aplicación, construcciones dogmáticas o interpretativas, etc.; en definitiva, oraciones metajurídicas. En segundo lugar, la cuestión más complicada, la delimitación del error de subsunción no queda resuelta. Pero además, un hecho tal como matar a otro con veneno, no es un asesinato porque esté aludido en el artículo 406 del Código penal. Independientemente de dicho artículo del Código penal, antes y después de él, desgraciadamente, existieron y existirán tales hecho. Lo verdaderamente relevante es que al hecho de matar a otro con veneno se le asocia una pena en virtud del artículo 406. Con el término asesinato, el Código penal no da origen, no crea, ninguna categoría de hechos, sino que tan sólo le da una denominación técnica a determinadas clases de hechos, y a continuación señala la pena que se impondrá si un hecho de tales características se produce. Frente a otros comportamientos también definidos como delito las precisiones anteriores se hacen más evidentes: primeramente se dieron hechos consistentes en contaminar el medio ambiente y posteriormente se tipificaron tales hechos, que hoy denominamos delito ecológico; en un momento anterior al presente exis-

tió el tipo de adulterio pero no en la actualidad, a pesar de que hoy como ayer, existan los hechos constitutivos de aquel tipo, etc.

*Arthur Kaufmann* ha criticado la valoración paralela en la esfera del profano, por ser una regla de imputación de carácter estático, en la que no se toma en cuenta el proceso de comunicación entre el juez y el autor. Se observan separadamente las valoraciones del autor en su esfera de profano y la del juez como juicio de culpabilidad, y no se refleja la confluencia entre ambas (Kaufmann, 1982: 19 y ss.). El sujeto no tienen ninguna representación jurídica de su hecho, sino que capta únicamente su contenido de significado social. Para este autor, la imputación es un proceso comunicativo entre el juez y el acusado, constituido no sólo por lo que se haya representado el acusado, sino, ante todo, por la correspondencia entre el horizonte de comprensión del autor y del juez, quien determina el significado de la ley mediante sus propios usos del lenguaje (Kaufmann, 1982: 33 y ss.).

En este proceso se ha de tener en cuenta la bidimensionalidad del idioma o dicotomía entre el lenguaje técnico y el lenguaje común. Según Kaufmann, los sujetos hallan la esfera de lo normativo, no en forma de norma abstracta bajo la cual han de subsumir los hechos, sino en forma de concretos modelos de comportamiento o estereotipos, que reconocen en la producción de la situación concreta, sin necesidad de recurrir a especiales procesos mentales como la subsunción o el silogismo (23). En cualquier caso, las representaciones del autor referidas a lo justo o injusto, no se realizan mediante las categorías del lenguaje legal, sino que son determinadas a través del lenguaje común (Kaufmann, 1982: 27 y ss.).

Así pues, la cuestión fundamental, para la valoración paralela en la esfera del profano con la que se ha de fundamentar el dolo, es la siguiente: ¿cómo se pueden corresponder la esfera de la conciencia del profano, configurada a través del lenguaje común, con la esfera de la intencionalidad de la ley fijada en lenguaje técnico, de modo que la imputación de ese conocimiento del profano justifique el dolo? En el proceso de comunicación en que consiste la imputación se diferencian dos planos: el plano del objeto del mundo, expresado en el lenguaje común del autor y el metaplano del mundo del lenguaje técnico del juez. El juez juzga en el metaplano técnico la culpabilidad del autor, él la define como culpabilidad jurídica. La valoración paralela se produce en el juez, él tiene que servir de mediador entre el lenguaje común del mundo del autor y el mundo del lenguaje técnico de la ley penal. En dicho proceso

---

(23) La cuestión está en decidir si la conciencia del autor acerca de la significación normativa de su hecho ha de consistir en una idea lingüística (*sprachgedanklich*) o basta con un conocimiento consistente en una mera idea material (*sachgedanklich*). Para Kaufmann, la conciencia es siempre conciencia lingüística, pues afirma que donde no hay nombres y palabras no hay acontecimientos en nuestra conciencia: palabras y pensamientos, palabras y significados no han de separarse.

de comunicación entre el autor y el juez, la conciencia de la dañosidad social del autor pasa a ser conciencia del juez acerca de la significación jurídica del hecho. La conciencia de la antijuridicidad sólo se constituye en el proceso, a través del juez, y al autor se le imputa el juicio de culpabilidad. La culpabilidad en sentido jurídico materialmente está, por tanto, en la cabeza del juez (Kaufmann, 1982: 36 y ss.).

Kaufmann plantea en su propuesta la diferenciación —que ya había establecido en trabajos anteriores— entre la conciencia del injusto en sentido material y la conciencia de la antijuridicidad formal. La conciencia del injusto está estrechamente unida con las circunstancias del hecho, de modo que, por regla general, el conocimiento de las circunstancias particulares del hecho también proporciona el conocimiento de lo injusto del hecho total. De modo que conocimiento de las circunstancias del hecho y conocimiento del injusto se dan a la vez en la valoración paralela (Kaufmann, 1982: 10). Sin embargo, lo dicho sólo vale para el Derecho penal sustancial (*Kernstrafrecht*), pues para el Derecho económico, del tráfico, del medio ambiente o político (*Nebenstrafrecht*) el conocimiento del injusto consiste en la conciencia de la antijuridicidad formal. En tales casos únicamente hay conciencia del injusto cuando el autor conoce la prohibición jurídica (Kaufmann, 1982:33).

Entre los críticos, Kuhlen (1987: 463 y ss.) ha señalado que es difícil constatar en el proceso penal la coincidencia entre la conciencia del injusto del autor y la intención de la ley. Por otra parte, entiende que la formulación dinámica de la imputación no es adecuada para solucionar el problema de cuándo y porqué está justificado que baste para el dolo una mera valoración paralela. También critica la tesis de Kaufmann de que en el Derecho penal sustancial (*Kernstrafrecht*) el conocimiento del injusto consiste en la conciencia de la dañosidad de la acción, en tanto que en el Derecho penal especial (*Nebenstrafrecht*) consiste en la de la antijuridicidad formal. Pues ello no es sino la teoría del dolo, con la particularidad de que en la base del Derecho penal sustancial está un concepto material de conciencia del injusto. En su opinión, el análisis de Arthur Kaufmann acerca de la problemática de la valoración paralela no proporciona ningún argumento nuevo para una tal teoría del dolo. Por su parte Maiwald no comparte la idea de que el proceso de imputación se produce en la cabeza del juez, como lo indica la valoración paralela del autor en la realización del hecho y la constatación de dos mundos lingüísticos (Maiwald, 1984: 17).

## VIII. POSICION PERSONAL

### A) Los elementos normativos

Según lo anterior, en este punto ya se puede admitir que:

1.º El significado de todos los términos legales, sean normativos o no lo sean, se determina a través de su intensión y extensión.

2.º Por tanto, entre los elementos normativos y los descriptivos no hay una diferencia cualitativa en cuanto al modo de determinar su significado.

3.º Los llamados elementos normativos se corresponden con los términos de la redacción legal cuya extensión remite a una norma, regla o estándar comúnmente aceptado en determinado ámbito, que por su parte, también tienen intensión y extensión.

4.º Para conocer el significado de los elementos normativos se ha de conocer esa norma jurídica, o regla social o teórica a la que remiten, pues el significado global de los elementos normativos es la intensión y extensión, resultante en la doble remisión.

Admitidos los anteriores presupuestos nos vamos a ocupar ahora de errores referidos a la intensión y extensión del elemento normativo y/o de la norma a la que aquél remite. Hay que tener en cuenta que, generalmente, la segunda remisión delimita un ámbito de un estado de cosas de perfiles difusos, y que por tanto puede suceder que el juez y el sujeto tengan un entendimiento diferente acerca de los límites de la realidad denotada, derivado de una diferente intensión de los términos. Estos supuestos de error no tienen que ver únicamente con los elementos normativos, sino que también pueden deberse a la presencia de términos legales vagos o ambiguos o a una excesiva “normativización” técnica de dichos términos legales etc.

En la solución de errores de esta clase, tradicionalmente se ha recurrido al concepto de error de subsunción y su instrumento auxiliar, la valoración paralela en la esfera del profano. Pero en la aplicación del error de subsunción a través de la valoración paralela no se toma en consideración las causas que han llevado al jurista y al profano a una diferente comprensión del ámbito tipificado, lo que a veces produce resultados indeseables para la seguridad jurídica. En realidad, para constatar si el sujeto tuvo un correcto conocimiento del ámbito tipificado no se puede olvidar la existencia de diversos niveles de lenguaje. Kaufmann considera dos: el técnico y el común, aunque a los penalistas nos resultaría más útil pensar que hay tres: el lenguaje legal, el dogmático y el común. En determinados casos es conveniente diferenciar entre el lenguaje legal y el dogmático, ya que es evidente que los términos legales modifican su significado en mayor o menor medida cuando son interpretados normativamente. No hay que confundir, pues, el lenguaje legal con la interpretación que los juristas hacen del lenguaje legal. Esta di-

versidad de niveles, así como las particularidades del idioma anteriormente mencionadas (ambigüedad, vaguedad y palabras sin referencia) habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de calificar los supuestos de error en cada caso concreto.

Según estas consideraciones aquí se propone un tratamiento interactivo del error: en aquellos supuestos en que el sujeto sufre un error acerca de la extensión, en un caso concreto, de un tipo de perfiles difusos, y sin restar validez a la interpretación dogmática general, se ha de conceder relevancia al error de subsunción como error de tipo. A continuación se trata sobre ello.

## B) Objeto del error y proceso de imputación

En primer lugar ha de ser resuelta una cuestión que concierne al objeto del error: ¿sobre qué recae el elemento intelectual que es presupuesto del dolo? sobre las palabras del texto legal, sobre los conceptos jurídicos —aunque sea al nivel del profano— o sobre los hechos del acontecimiento concreto? Hay una posición, que claramente parte de Welzel, en la que se considera el error que recae sobre las palabras o los conceptos diferenciadamente del error que recae sobre los hechos. Así, por ejemplo, Maiwald (1984: 19) formula esta pregunta: “¿qué se representa un profano con cambio (*Wechsel*) o con acreedor pignoraticio (*Pfandgläubiger*)?” Es obvio que así formulada se indaga acerca de la intensión de dichas palabras. De igual modo hace Dernstädt (1978: 445) cuando diferencia expresamente entre el error sobre el objeto extralingüístico y el error sobre el contenido semántico de la norma. Y Kindhäuser (1990: 407) cuando contrapone el error que recae sobre presupuestos fácticos con el que recae sobre el sentido lingüístico de las expresiones. Como ha indicado Jakobs (1983: 236), no se trata de si el autor conoce el nombre del elemento típico, sino del conocimiento de la cosa.

En el presente trabajo, las posiciones de Schlüchter y de Kaufmann representan la corriente que refiere el objeto del error a los hechos. Para la primera, el elemento intelectual está referido a un ámbito de un estado de cosas que forma parte de la extensión de los componentes del elemento típico que aluden al bien jurídico. En la posición de Kaufmann el elemento intelectual del dolo también está referido a los hechos. Pues si bien es cierto que en el proceso dinámico o comunicativo de imputación lo que se analiza es la conciencia del sujeto configurada por el lenguaje común, esta conciencia de lo injusto parte del estereotipo o modelo de comportamiento (injusto) que se hace patente con la producción del hecho, y no desde la redacción legal, a diferencia de lo que ocurre con la conciencia del juez (cfr. Kaufmann, 1982: 29).

Esta segunda corriente es la que estimó correcta: el objeto del error se ha de referir a los hechos acaecidos, a la situación concreta, a un de-

terminado ámbito de un estado de cosas. Es decir, el objeto del dolo está referido a la extensión del término legal concretado en el supuesto correspondiente. Y ello ha de ser así porque los hechos efectivamente acaecidos constituyen inequívocamente la perspectiva del autor. Si el autor algo conoce o algo ignora, es seguro que ese algo tiene que ver con el hecho producido antes que con los conceptos jurídicos, es decir, con la intensión de los términos legales. Los elementos típicos —construcciones conceptuales, no lo olvidemos— no forman parte del mundo del profano; de su mundo forman parte sujetos, objetos, eventos, o relaciones que son denotadas extensional o referencialmente por los términos legales. Sobre todo ello, pues, ha de recaer el conocimiento del autor.

Mas una cosa es el objeto del elemento intelectual del dolo y otra el *modus operandi* en el proceso de imputación, que si no se realiza en la cabeza del juez como dice Kaufmann, al menos es seguro que lo realiza el juez. En este punto hay que tener en cuenta que no puede ser constatado empíricamente si el elemento intelectual ha recaído o no sobre su objeto. Sin embargo, sí que es susceptible de verificación esa conciencia del injusto configurada verbalmente en el lenguaje común a la que se refiere Kaufmann: el juez puede indagar qué nombre, o qué descripción, o a qué modelo de comportamiento refiere el autor el hecho que acaeció realmente, o el género al que pertenece ese hecho, y luego contrastarlo con su calificación técnica. Es en este sentido que el juez tiene que servir de mediador entre el lenguaje común del mundo del autor y el mundo del lenguaje técnico de la ley penal. En mi opinión, esta es una reformulación convincente de la llamada valoración paralela (cfr. Maiwald, 1984: 17, aunque escéptico), pues aquí se parte de los hechos y desde ellos se va hacia las palabras; por el contrario, según el procedimiento tradicional, calificado el hecho según las categorías dogmáticas del jurista, a continuación se examinan los conocimientos jurídicos del profano como si se tratara de dos planos diferentes. Este planteamiento está próximo a la contrastación de intensiones de que habla Herberger (1976: 137) la intensión privada del lenguaje del autor y la oficial, del lenguaje de las instancias jurídicas de decisión. Como Herberger ha advertido, aunque no se disponga de un procedimiento exacto para llevar a cabo la confrontación de intensiones, esta manera de proceder tiene la ventaja que obliga al juez a hacer dos tipos de fundamentaciones acerca de: a) si el autor utiliza una intensión que se aparta de la intensión jurídica ordinaria, y b) si ambas intensiones son suficientemente parecidas. En el primer caso es importante indagar acerca de las causas que han llevado a una separación de las intensiones. Sobre ello se volverá más adelante.

La segunda cuestión a discutir es la *amplitud* en la que el elemento intelectual del dolo del sujeto ha de abarcar el ámbito fáctico denotado por el elemento típico. Consecuentemente con mi adscripción a una teoría del delito basada en el bien jurídico, como punto de partida me ali-

neo con esa antigua tradición que desde Frank orienta la teorización del error en el bien jurídico (cfr. Kunert, 1958: 22 y s.). Con el concepto de bien jurídico que sustento, a saber, el de relación social concreta y dialéctica sintetizada normativamente (Bustos Ramírez, 1989: 155), no se dificulta la teorización sobre el error con problemas propios del concepto de bien jurídico, tal y como ha criticado Tischler y Kuhlen a Schlüchter. Pues la expresión bien jurídico no sólo connota un concepto dogmático de la teoría del delito y de la pena como intensión, sino que también denota un ámbito fáctico como extensión. Es en ese ámbito fáctico donde los sujetos desarrollan su actividad social; y es ese ámbito de la realidad el que el sujeto ha de conocer o ignorar para actuar, respectivamente, con dolo o bajo error.

La cuestión está en decidir si respecto de un término legal que configura a un elemento típico, el sujeto ha de abarcar el ámbito fáctico que puede denotar (en diversos contextos), o bien, ha de abarcar aquél ámbito del estado de cosas reducido teleológicamente a través del bien jurídico. Esta viene a ser la posición de Schüchter, a la que como ya he indicado antes, se le han formulado diversas objeciones. Mas a pesar de las críticas, su posición, en principio, puede compartirse, ya que en la interpretación de los términos legales no sólo intervienen el criterio gramatical, sino otros y particularmente el teleológico concretado en el bien jurídico protegido (24).

Admitida pues, en general, la reducción teleológica del ámbito fáctico denotado por los términos legales a través del bien jurídico, como ámbito que ha de ser abarcado por el dolo del autor, hay que hacer una salvedad. Dicha salvedad tiene que ver con supuestos en los que se ha producido una diversificación de las intensiones técnica y vulgar, y afecta al error de subsunción, aspecto éste que Schlüchter no trata en su trabajo.

### C) Error de subsunción

El alcance del llamado error de subsunción es discutido tanto terminológica como materialmente. Según la opinión mayoritaria se da un error de subsunción, si el autor, con total conocimiento de los hechos y

---

(24) Por ejemplo, según el artículo 249.2.º del Código penal, se impondrá una pena a “los que causaren desperfectos en los caminos de hierro o en las líneas telegráficas o telefónicas, o interceptaren las comunicaciones o la correspondencia...”. En este caso causar un desperfecto tiene un significado concreto en el lenguaje vulgar; sin embargo, reducido dicho ámbito de significado de acuerdo con el bien jurídico que protege los medios de transporte y comunicación en dicho delito, resulta que no cualquier desperfecto será típico, sino sólo aquellos que perjudiquen las comunicaciones. No basta que el sujeto sepa que causa un desperfecto, sino que ha de saber que produce un desperfecto que malogra las comunicaciones (cfr. en sentido análogo STS de 8 de noviembre de 1988) (Aranzadi, 1988/8987).

de su significado social, interpreta erróneamente a su favor el correspondiente elemento típico normativo. Esa errónea subsunción no excluye el dolo cuando el autor, a pesar de su defectuosa representación, es consciente del alcance social de su comportamiento. Esto se debe a que la valoración necesaria para el conocimiento de la significación, basta que la tenga al modo del profano. Es suficiente que el autor, en razón de una “valoración paralela en la esfera del profano” abarque el contenido de significación de la tipificación del injusto del correspondiente elemento. Ello significa que un error de subsunción en ese sentido es irrelevante para el dolo. A pesar de ello, el error de subsunción puede llevar a un error de prohibición (sin necesidad de representaciones erróneas sobre causas de justificación) en los casos en que la falta de representación supone una reducción del ámbito de la norma (Cramer, 1988, com. 1, par. 15, núms. 45 y 46). De modo que si el sujeto tenía una comprensión aproximada de las reglas o estándares que el juez utilizaba para definir el elemento normativo correspondiente, en todo caso, se aprecia un error de subsunción, que como tal es irrelevante en el ámbito del tipo. Pero en general, no entra en discusión la corrección de la opinión que el juez o el jurista tenga acerca del ámbito denotado por el elemento normativo en cuestión.

Según los presupuestos que aquí se han aceptado, la situación que se denomina error de subsunción se puede definir como una incongruencia entre las correspondientes intensiones vulgar y técnica, que lleva, a su vez, a una incongruencia en la extensión. En bastantes de tales casos se podrá ya afirmar la relevancia del error en el ámbito del tipo sin necesidad de llevar el análisis de la situación hasta el plano de la culpabilidad. Esta es la excepción que se ha de plantear, tanto a la propuesta de Schlüchter como a la posición tradicional, a la que antes me refería.

En efecto, si nos tomamos en serio el mandato de determinación que integra el principio de legalidad, se deberá conceder relevancia a la comprensión que el sujeto tiene del significado de un elemento típico en los casos en que no se corresponda el ámbito denotado por el término legal, según la interpretación jurídica usual, con la denotación de dicho término en el lenguaje común. Es decir, cuando la extensión del término legal no resulte la misma en el lenguaje jurídico y en el común. Estos supuestos, calificados como errores de subsunción, puede producirse, principalmente, a causa de la vaguedad y ambigüedad inherente a las palabras, pero también a causa de una interpretación jurídica excesivamente extensa o reducida de los términos legales, o porque las reglas de aplicación o el estándar utilizado por el juez no goce de una aceptación general y unánime en la comunidad jurídica. Así sucede frecuentemente en el caso de los elementos normativos, que como ya se ha expuesto antes, requieren una doble remisión para acotar aquella parcela de la realidad que es su referencia o extensión. En definitiva, se trata de casos en que la diferencia entre la intensión técnica y vulgar no es

debida (o no es debida únicamente) a una disparatada apreciación del sujeto.

Es por ello que no se ve la razón por la cual hayan de ir a cuenta del autor las incongruencias que se puedan dar entre, por una parte sus propias representaciones, y por otra parte el resultado de la interpretación jurídica de expresiones legales demasiado vagas o ambiguas, o entre el particular significado que han adquirido los términos legales, en virtud de determinados usos jurídicos interpretativos. Entiendo, por el contrario, que en los supuestos de falta de correspondencia entre el lenguaje común y el técnico —pero sólo en estos supuestos— se debería dar relevancia al error de subsunción en el ámbito del tipo, y admitir la exclusión del dolo. Aunque ello siempre que el sujeto, efectivamente, desconociera el significado que en el lenguaje técnico tienen dichos términos, a fin de no amparar actitudes fraudulentas, posibles según lo anterior, en aquellos ámbitos donde la aplicación del tipo resulta un tanto incierta.

No hay que olvidar que lo conminado con pena no es cualquier comportamiento que afecte a un bien jurídico protegido, sino aquél que lo afecta en forma típica. Forma típica que queda determinada por las palabras de la ley, pues ni la interpretación jurisprudencial ni la doctrinal son fuente del Derecho penal. Si las palabras de la ley no proporcionan certeza suficiente acerca del ámbito tipificado, entonces no se respeta el principio de legalidad proclamado constitucionalmente. ¿Significa ello que aquí se discute la actividad del jurista en los casos en que, ante la necesaria complementación interpretativa de un término legal, se adoptan unas reglas teóricas que no gozan de aceptación general en la comunidad jurídica, por ejemplo, porque la doctrina esté dividida al respecto? En ningún modo, pues de lo contrario muchos preceptos no podrían ser aplicados.

En realidad aquí se está proponiendo una regla general —más allá de la problemática del error en los elementos normativos— para aquellos casos en que la interpretación dogmática, necesariamente, ha de completar la construcción del tipo. En estos casos se pueden distinguir dos niveles: el de la construcción dogmática y el de la aplicación particular del tipo. En el primer ámbito pueden ser aceptados las creaciones doctrinales, en tanto satisfagan criterios científicos y por supuesto no lleven a soluciones contrarias al Derecho, y en particular a los principios constitucionales proclamados. Sin embargo, en el ámbito de la aplicación particular se ha de tener presente en todo momento que el resultado de la interpretación del tipo va más allá de lo que expresan las propias palabras de la ley, y que por tanto se pone en peligro el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Es por ello que en estos casos se han de tratar los supuestos de error con una mayor flexibilidad, que aquellos otros en que la propia redacción legal no ofrece dudas interpretativas dignas de consideración.

De modo que si el sujeto sufre un error en cuanto a la extensión en un caso concreto de un tipo de perfiles difusos, y sin restar validez a la interpretación dogmática general, se ha de conceder relevancia al error de subsunción como error de tipo. Pues ante cuestiones jurídicas discutidas y discutibles no se ha de tener en cuenta únicamente el estándar jurídico o social que admite el jurista, con independencia del que, fundadamente, pueda asumir el sujeto: ambos han de ser ponderados.

#### D) Supuestos concretos

Para facilitar la comprensión de las ideas expuestas me voy a referir a continuación a dos grupos de casos de error debidos a una incongruencia entre el significado que los términos legales tienen en el lenguaje técnico y en el lenguaje vulgar. En el primer caso se trata de los términos, dañar (*beschädigen*) y destruir (*zerstören*) que se mencionan en el párrafo 303 del Código penal alemán (25). Estos términos, si bien no son propiamente normativos, han sido normativizados por la interpretación jurídica, de modo que para captar “correctamente” su significado se ha de conocer el estándar jurídico que ha fijado la doctrina, pues dicho significado se aparta a los usos lingüísticos comunes. En el segundo caso se trata de términos legales vagos que se suelen considerar valorativos, tales como “actos lúbricos o de exhibición obscena”, “pornográfico”, “buenas costumbres”, etc., que provocan gran incertidumbre sobre su significado.

##### D.1) Términos legales normativizados

Como ya he indicado supra, me voy a referir, en particular, al delito de daños que se tipifica en el párrafo 303 del Código penal de Alemania. En este párrafo se dice que corresponde una pena de hasta dos años al que, antijurídicamente, daña o destruye una cosa ajena.

El bien jurídico es la propiedad, que podemos entender en un sentido amplio como ámbito de dominio sobre bienes. Los elementos típicos que denotan la conducta son dañar (*beschädigen*) y destruir (*zerstö-*

---

(25) He tomado estos ejemplos traídos de la discusión en Alemania, en primer lugar porque los conozco en detalle al haber realizado un trabajo sobre los delitos de daños (SUAY HERNÁNDEZ, 1991), y en segundo lugar porque su análisis me hizo reflexionar sobre el fenómeno al que se alude en este trabajo: la actividad interpretativa que viene a transformar el significado que los términos legales tienen en el lenguaje común. En los trabajos que se realizan en España también se pueden encontrar esto que considero extralimitaciones interpretativas, pero, frecuente y afortunadamente, sin tanto esfuerzo argumental para justificarlas en términos dogmáticos.

ren). A la vista de ello ahora nos podemos preguntar si algunos, o todos, de los siguientes eventos realizarían el tipo:

- a) deshinchar las ruedas de un vehículo,
- b) introducir chinches en la habitación de un hotel,
- c) borrar una cinta magnetofónica,
- d) colocar un cartel sobre una pared de la vía pública con un tipo de pegamento inofensivo para la materia de la pared,
- e) alterar el sistema nervioso de un caballo,
- f) enseñarle expresiones procaces a un papagayo.

¿Han de ser calificados como supuestos típicos de daños? Es decir, ¿los eventos mencionados son supuestos consistentes en dañar o destruir cosas? Objetivamente, en todos ellos se han perjudicado las facultades de uso y/o disposición del sujeto con sus objetos. Incluso en el caso de la colocación del cartel, pues se puede considerar que se ha modificado sensiblemente el aspecto de la pared y con ello las sensaciones estéticas del propietario con el objeto de su propiedad, y en definitiva sus posibilidades de uso o disfrute (cfr. Schroeder, 1978: 338).

Veamos ahora qué sucede con el aspecto subjetivo. Supongamos que en todos los casos el sujeto sabe perfectamente que perjudica las facultades dominicales de uso y disposición, pero que ni remotamente se le ocurre pensar que está «dañando» o «destruyendo» una «cosa». Según la propuesta de Schlüchter, el autor habría abarcado los componentes del elemento típico —dañar por ejemplo— referidos al bien jurídico, es decir, el perjuicio para las facultades dominicales, y por tanto actuaría dolosamente. Para la posición mayoritaria se trataría de un error de subsunción irrelevante que no excluye el dolo (26). En definitiva, la solución sería la misma. La solución de la doctrina mayoritarias no es sino la definición más justificada de Schlüchter: el sujeto conocía claramente los componentes del elemento típico referidos al bien jurídico. ¿Pero ello que presupone? Si se admite que se trata de un error de subsunción que no elimina el dolo, es que se admite, sin más, que realizada la valoración paralela se ha entendido que el sujeto, en su esfera de profano, tenía una comprensión suficiente, según lo que la doctrina entiende por dañar o destruir; pues sabía que con su comportamiento perjudicaba las facultades de disposición del propietario. Hay que advertir que la doctrina alemana mayoritaria define un concepto normativo de

---

(26) Cfr. JESCHECK (1988: 277), para el supuesto de deshinchar las ruedas de un vehículo creyendo que no era un daño porque no había lesión en la sustancia. Cfr. también JAKOBS (1983: 236): quien es consciente que vuelve quisquilloso a un caballo tiene dolo típico de daños aunque no sepa que en Derecho penal los animales se incluyen en el concepto de cosa. De igual modo, MAIWALD (1984: 25) para el sujeto que cree que no realiza el tipo del parágrafo 303 el matar un perro, porque no considera que el animal sea una cosa en el sentido que allí se le da a tal palabra, supuesto aún más problemático que el del caballo. Vid. también CRAMER (1988: par. 15, núm. 45 b).

daño típico a partir de las palabras dañar y destruir, que en definitiva se aparta de los usos comunes.

Los supuestos que he tomado como ejemplos no son de mi invención; todos ellos menos el último —enseñarle expresiones malsonantes a un papagayo— han sido calificados como daño típico por la jurisprudencia alemana (27). Este último, que yo sepa, aún no ha sido calificado como daño típico, aunque Maurach-Schroeder (1977: 267) lo propone como tal.

Mas, ¿qué conclusiones se obtendrían si aplicáramos tan sólo los criterios que aquí nos proporciona la filosofía analítica? Objetivamente considerado se podría constatar que en tales casos no hay correspondencia entre las palabras de la ley y algunos de los eventos que los juristas consideran que forman parte de su extensión. Es decir, no se puede establecer una relación semántica de referencia entre las palabras de la ley y los eventos antes mencionados (28). Ello sólo ocurre si nos situamos en el metaplano del lenguaje técnico de los juristas. Si mantenemos la oportuna distinción entre perjuicio patrimonial y daño, podemos decir que el lenguaje común no permite describir como daños ninguno de estos casos, y por tanto, un error acerca del contenido delictivo del que la interpretación jurídica ha dotado a tales eventos, debería ser relevante, a pesar de que el sujeto haya tenido conciencia material del injusto, pues de lo contrario el principio de determinación o certeza nada garantiza. Como reconoce Kaufmann (1982: 35), el progreso del Derecho penal liberal desde los tiempos de Feuerbach, se nutre de la idea según la cual, la función de la ley penal no sólo es la de constituir los presupuestos, sino también los límites de la pena. Ciertamente ambos datos han de ser tenidos en cuenta. Si político criminalmente se entiende que dañar animales ajenos ha de estar tipificado, lo mejor sería tipificar expresamente este supuesto y no darlo por sobreentendido bajo la idea de destrucción de cosas, pues dicha expresión no identifica el referente deseado en el lenguaje común. Análogamente, si político criminalmente se entiende que la inutilización de una cosa sin daño en la sustancia ha de estar tipificada, lo mejor sería añadir en el texto del párrafo 303 el verbo inutilizar a los verbos dañar y destruir. En otros casos la solución quizás es más complicada, como puede ocurrir con la pa-

---

(27) Cfr. STREE (1988: com. par. 303, núm. 8b y c), DREHER-TRÖNDLE (1986: com. par. 303, núms. 5 y 6).

(28) Para una comprensión diferente del fenómeno vid. JAKOBS (1983: 237 y s.). Para este autor, términos tales como *beschädigen* y *zerstören* son una subespecie de elementos típicos, referencias normativas, conceptos que presuponen determinadas expectativas en la vida social, y por tanto una norma social; dichas expectativas no surgen del concepto en sí sino que resultan de su aprobación por el Derecho. Es decir, la definición de Jakobs consagra la práctica habitual de la doctrina en estos casos, independientemente de las diferencias que se establezcan con el texto de la ley, y sin preocupaciones por el principio de legalidad.

labra documento, pero se deberían buscar las mejores soluciones de técnica legislativa para denotar el conjunto de objetos que forman su extensión. Por todo ello entiendo que los supuestos de error que se puedan producir en estos casos han de ser relevantes para excluir el dolo.

En España también se podrían producir todos estos problemas, aunque no por una interpretación extensiva de los términos legales, sino más bien por su falta de precisión. En efecto, en el artículo 557 se habla de causar un daño en propiedad ajena, en tanto que en castellano y a diferencia de lo que sucede en alemán, el término daño es de una gran ambigüedad, y por tanto podría dar cabida a múltiples supuestos (vid. Suay Hernández 1991: 16 y ss.).

#### D.2) *Terminos legales vagos*

El otro grupo de casos al que me voy a referir es el de aquellas redacciones legales con términos tales como “pudor o buenas costumbres” (redacción anterior del art. 431 del Código penal) “actos lúbricos o de exhibición obscena” (actual artículo 431 del Código penal), “pornográfico” (artículo 432 del Código penal y párrafo 184 del Código penal alemán). etc., es decir términos que tradicionalmente se consideran valorativos. ¿Puede ser determinada objetivamente la extensión de estas expresiones? y de ser así ¿con qué grado de certeza?

Según Ferrajoli (1989: 97), la extensión de los términos valorativos no sólo es indeterminada sino también indeterminable, pues no connotan propiedades o características objetivas, sino que expresan sobre todo actitudes y valoraciones subjetivas. Pero ésta no es la posición dominante en la doctrina alemana y tampoco en la española, sino que en general se entiende que tales expresiones encierran, al menos, un componente descriptivo. Así, para Herberger-Koch (1978: 812) se trata de términos en los que concurre un componente significativo y un componente valorativo o emotivo. La significación valorativa supone que su expresión, por regla general, lleva asociada una referencia negativa. Sin embargo, a ello hay que decir que esta circunstancia no los caracteriza, pues la comparten con otros muchos términos legales no considerados valorativos: matar, violar, etc. Kindhäuser (1984: 476 y 471), reforzando la tesis descriptiva, entiende que las mencionadas expresiones remiten a un estándar admitido en determinado ámbito a través del cual se califican por comparación o graduación los hechos correspondientes; en este sentido asertivo dichos términos son valorativos, pero ello no supone que sean expresión de sentimientos.

Ante términos legales de esta clase, entiendo que la posición correcta está en admitir que la extensión de dichas expresiones puede ser determinada objetivamente pero no en términos absolutos, sino en términos relativos. La definición de lo que sea obsceno o pornográfico, por

ejemplo, se ha de realizar de acuerdo con los usos mayoritarios, tanto técnicos como vulgares, de los términos. Aún así subsistirá una zona de indeterminación en cuanto a los contornos de la extensión (29). Para compensar estas dificultades en la aplicación de los tipos concretos, la teoría del error puede jugar un papel importante si se le da una mayor amplitud al error de tipo. Así, por ejemplo, el yerro del sujeto acerca del contenido pornográfico de un escrito o del carácter obsceno de su conducta puede ser considerado como error de tipo. Discrepo pues de la opinión de Kindhäuser (1990: 408 y 410) para quién, si el sujeto conoce que un escrito tiene determinado contenido, un error acerca de su carácter pornográfico sea meramente un error acerca del sentido del predicado “pornográfico”, y como tal un error de prohibición, irrelevante para excluir el dolo.

En mi opinión, lo que caracteriza a este tipo de expresiones es que aluden a una determinada relación comunicativa entre sujetos. Lo que haya de ser considerado, por ejemplo, como “actos lúbricos o de exhibición obscena”, a tenor del artículo 431 Código penal, depende del contexto comunicativo en el que se produce. Por ello, el sujeto ha de saber no sólo que realiza un acto de exhibición, por ejemplo, sino que en aquel contexto es interpretado objetivamente como una invitación o un acto de comunicación de sensaciones lúbricas, independientemente de la opinión que él tenga al respecto (30). Pues como ha señalado Díez Ripollés (1985: 144) —acerca de la anterior redacción de este artículo, que incluía la expresión “(ofensa al) pudor o las buenas costumbres”— se trata de “conductas en las que el autor inserta a la víctima en una acción sexual sin su consentimiento”. Se requiere pues que el sujeto conozca y quiera ese inserción. Si no conoce que su acto lleva asociado tal efecto en aquél contexto, entonces no hay dolo, sino error de tipo.

Esta solución, en la que no se admite la separación entre el acto en sí y su significación comunicativa se aparta de la que proporciona la construcción de los *conceptos complejos*: esos actos de comunicación no

---

(29) Así se ha expresado Díez Ripollés (1985: 136 y s.) en un epígrafe titulado “atentado inadmisibles a los principios de legalidad y seguridad jurídica” respecto de la anterior redacción del artículo 431, que incluía los términos “pudor” y “buenas costumbres”: “... después de una vida legal de ciento treinta y cinco años, ya que la formulación básica del precepto se mantiene inalterada desde junio de 1850, la jurisprudencia carece de una interpretación uniforme sobre cuales sean los elementos constitutivos del precepto y su interrelación, incurriendo en continuas contradicciones entre unas sentencias y otras, dentro de un mismo año o mes. También la doctrina carece de criterios uniformes, yendo normalmente a la zaga de la jurisprudencia”.

(30) En manera análoga pero desde una perspectiva axiológica, según KUNERT (1958: 102 y s.), en estos casos el sujeto ha de conocer racionalmente la valoración social que tiene el acto en cuestión, independientemente de su propia valoración al respecto. También en modo próximo la doctrina reclama para el tipo subjetivo del delito del artículo 431 un elemento subjetivo distinto del dolo (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, 1986: 155; MUÑOZ CONDE, 1988: 389).

pueden quedar reducidos a puros actos naturalísticos a efectos del dolo, ni se puede formular una regla operativa según la cual, realizado el acto naturalístico *eo ipso* esté dado el conocimiento de su significación comunicativa; porque puede ocurrir que el sujeto, en virtud de un particular proceso de socialización no considere que su acto, objetivamente, tiene tal significado en aquel contexto, sin que dicha particularidad tenga que ver con ninguna situación de inimputabilidad ni de conciencia errónea. Ciertamente es que en la mayor parte de los casos el sujeto será consciente del mensaje que objetivamente transmite su acto, incluso de su antijuridicidad, pero ello no exime su constatación en cada caso concreto, ni excluye de antemano la posibilidad de un error.

Estimo pues, que un error del sujeto acerca del mensaje que objetivamente transmite su acto (de la semiótica, podríamos decir) es un error sobre un elemento del tipo, un error sobre un elemento esencial y no un error sobre la antijuridicidad. Es por ello que discrepo de la solución aportada por la construcción de las *especiales características de la antijuridicidad* y de los *elementos de valoración global del hecho* (vid. supra III). Construcción esta última que curiosamente asume Schlüchter (1983: 94), a pesar de que parte de presupuestos analíticos, según los cuales, los términos legales con los que se construyen esos elementos de valoración global, no se sustraen a la regla general de determinación de su significado a través de la intensión y extensión.

### E) Los elementos normativos y las leyes penales en blanco

En general se dice que la delimitación entre elementos normativos y leyes penales en blanco presenta contornos difusos (31). Tiedemann (1988 a) ha señalado la frecuente utilización incorrecta de la expresión “leyes penales en blanco” por doctrina y jurisprudencia, en particular en el ámbito de los delitos de defraudación fiscal, que contienen elementos normativos jurídicos. La ausencia de un criterio determinante con el que delimitar los elementos normativos de las leyes penales en blanco aporta nuevos problemas a la teoría del error, ya que en este terreno se reconoce una especificidad propia a las leyes penales en blanco. En este caso, la doctrina alemana mayoritaria diferencia entre el error que recae sobre una circunstancia de la norma que complementa a la ley penal en blanco, y el error acerca de la existencia de dicha norma de complementación. En el primer caso se trata de un error de tipo y en el segundo de un error de prohibición (cfr. Cramer, 1988, com. par. 15, núm. 99). En España, Muñoz Conde (1989: 101) se ha manifestado en contra de tal distinción. La corriente minoritaria se plantea la posibilidad de calificar algunos supuestos de error sobre la existencia de la norma com-

---

(31) Cfr. CRAMER (1988: com par. 15, núm. 103). Vid. MUÑOZ CONDE (1989: 129) para la complejidad de los supuestos concretos en el Código penal.

plementaria como errores de tipo (vid. Tiedemann, 1988 a, y 1988 b).

Ciertamente, tanto en los elementos normativos jurídicos como en las leyes penales en blanco se produce una remisión a otra norma jurídica. Pero la diferencia se ha de establecer acerca de si en la elaboración de la norma a la que se remite interviene una instancia legislativa diferente de la que promulga las leyes penales. El sentido que pueda tener la delimitación entre elementos normativos y leyes penales en blanco, ha de ser el de reflejar las variaciones temporales y espaciales que se puedan producir en el ámbito de lo punible (cfr. Tiedemann, 1988a). Por lo que respecta a los efectos prácticos del tratamiento del error es importante dejar constancia de dichas variaciones temporales y espaciales, puesto que aportarán datos relevantes para decidir acerca de la existencia del error o de si fue vencible o no. Por lo demás, opino con Schlüchter (1985 a: 45) que la distinción entre elementos normativos y leyes penales en blanco no es esencial, desde la perspectiva teórica. La cuestión esencial no es si el autor conoce la existencia de la norma complementaria, sino si conoce el ámbito extensional que denotan los elementos típicos que proceden de la norma en blanco o de la complementaria.

#### F) Error de tipo y error de prohibición

De la distinción entre el error de tipo y de prohibición, cuando intervienen elementos normativos que remiten a una norma jurídica, se ha dicho que es difícil establecerla y que no se cuenta con una solución plenamente satisfactoria (cfr. Muñoz Conde, 1989: 37). Como ya he indicado en V, entiendo que ello se debe a las dificultades que la caracterización tradicional de los elementos normativos no puede superar y al mal uso que se ha hecho del error de subsunción.

El problema está en que los tipos con elementos normativos jurídicos incluyen en su extensión normas jurídicas, dotadas a su vez de intención y extensión (cfr. VII A), cuyo conocimiento es necesario para actuar dolosamente. En este ámbito también se hace necesario diferenciar técnicamente entre el error de tipo y el error de prohibición, pues de lo contrario se van a dar efectos indeseables, como ya ha destacado Muñoz Conde (1989: 120), en particular, arbitrariedad.

Cierto es que como señala Kaufmann (1982: 32 y s.), hay una diferencia entre el conocimiento referido al injusto material de lo que podríamos considerar delitos tradicionales (*Kernstrafrecht*) y el que se requiere en los delitos económicos, de tráfico, contra el medio ambiente o político (*Nebenstrafrecht*). Quizás en este planteamiento pueda parecer que resuena la antigua distinción entre delitos naturales y delitos artificiales (cfr. Cerezo Mir, 1985 a: 43 y s.). Sin entrar en dicha discusión se puede constatar que hay casos en los que el legislador ha definido la conducta típica con determinados elementos que presuponen el cono-

cimiento de cierta forma de contrariedad al Derecho, generalmente extrapenal (32). En estos casos, el desconocimiento de algún elemento típico (los normativos) puede consistir, precisamente, en el desconocimiento de una forma de antijuridicidad no penal. No obstante, ello no significa que aquí no se pueda diferenciar entre el error de tipo y el error de prohibición. A decir verdad, el conocimiento de esa forma menor de antijuridicidad, administrativa, fiscal, civil, etc., conlleva una función de alerta, al igual que la infracción de los reglamentos en los delitos culposos. No es que yo opine que el delito de defraudación tributaria o el delito ecológico sean menos naturales que el hurto o la estafa. Lo que sucede es que como delitos son mucho más recientes, y, socialmente, los hechos que le sirven de base no remiten al estereotipo de conducta injusta de una forma tan completa y automática como los otros; al menos, de momento.

¿Cómo diferenciar pues en tales casos el error de tipo del error de prohibición? La distinción conceptual entre ambas clases de errores no presenta problemas, comparativamente con los que se dan en los supuestos concretos. Ahora bien, si la definición de lo que es error de tipo y error de prohibición se establece, además de conceptualmente, desde la perspectiva del sujeto, es decir, desde los hechos que son la extensión de los términos legales, es posible diferenciar:

a) El error del sujeto que recae sobre hechos y cosas, con sus correspondientes características relativas al bien jurídico, sean efectos jurídicos, sociales, comunicativos, etc.: error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal (párr. primero y segundo del art. 6.º bis a) del CP) o error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (párr. primero del art. 13 del Anteproyecto de 1990).

b) El error del sujeto acerca de la posición en la que él mismo se ha colocado por su hecho (típico y antijurídico penalmente), frente al Ordenamiento Jurídico en su conjunto: creencia errónea de actuar lícitamente (párr. tercero del art. 6.º bis a)), o error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (párr. tercero del art. 13 del Anteproyecto de 1990).

En este supuesto no es necesario que el sujeto sepa que se enfrenta al Derecho penal en particular, o que sea consciente de la punibilidad de su conducta; sino que basta que sepa que se enfrenta a alguna rama del Derecho, tenga el propio sujeto una visión global o particularizada del Ordenamiento Jurídico (33).

---

(32) Así sucede en el delito del artículo 184, mediante el término "ilegalmente", en el artículo 346, "omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición", o con el delito de defraudación tributaria, artículo 349, merced al término "indebidamente", o el delito del artículo 562, a través de la expresión "sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional", etc.

(33) Para la discusión sobre las relaciones entre la antijuridicidad y la antijuridicidad

Ciertamente que en muchas ocasiones el conocimiento del ámbito fáctico denotado por los elementos del tipo, llevará aparejado el conocimiento de una forma de contrariedad al Derecho, y por tanto, materialmente concurrirán tanto los elementos del error de tipo como del de prohibición. Pero con Muñoz Conde (1989: 130) opino que si respetamos la estructura de la teoría del delito, conceptualmente se ha de dar prevalencia al error de tipo. Ello, por otra parte, no agota las posibilidades del error de prohibición en estos casos, pues claramente se dará si se actúa bajo la creencia errónea de que concurre una causa de justificación, en tanto, claro está, no se hubiera producido ningún error sobre los elementos del tipo (tampoco sobre los normativos).

## IX. RESUMEN

La historia de los elementos normativos parece ser la historia de una definición imposible. Desde que hicieran su aparición en la teoría del delito no se los ha podido delimitar convenientemente de sus opuestos, los descriptivos. Incluso es muy dudoso que se haya resuelto definitivamente el cometido sistemático que deban cumplir en la teoría del delito, aunque en la actualidad se entiende, mayoritariamente, que son elementos del tipo. Sin embargo, la polémica resurge en los supuestos concretos cuando se trata de decidir si un error sobre determinado elemento es un error de tipo o un error de prohibición; pues no hay manera de delimitar los elementos normativos de otras creaciones dogmáticas, tales como los especiales elementos de la antijuridicidad, los elementos de valoración global del hecho, los conceptos complejos, las leyes penales en blanco, etc. Las consecuencias prácticas son muy importantes, en particular en el caso de error vencible, y en particular si el tipo no admite la realización culposa.

Según los principios de la Filosofía analítica del lenguaje, entre los llamados elementos normativos y los descriptivos no hay una diferencia cualitativa. Los normativos son aquéllos cuya extensión remite a una norma (jurídica o no), significativa a su vez. Por tanto, su significado viene determinado por la intensión y extensión resultante de una doble remisión. Ello lleva a dos tipos de problemas: 1) los que tienen que ver con la inevitable imprecisión de las palabras, y 2) los que se derivan de la existencia de elementos jurídicos en el tipo, que muchas veces presuponen el conocimiento de una forma de contrariedad a una rama del Derecho.

De los problemas del grupo 1), se han tratado en este trabajo aquéllos supuestos en los que se ha producido una incongruencia entre las

---

penal, y sus repercusiones en la teoría del error vid COBOS GÓMEZ (1987: 106) y SILVA SÁNCHEZ (1987: 648, nota 3), ambos con indicaciones.

intenciones técnicas y vulgar de términos legales imprecisos, que lleva a una diferencia en las correspondientes extensiones. Salvando las creaciones dogmáticas generales que se puedan haber realizado acerca de dichos términos, aquí se propone como solución de tales supuestos, una comprensión alternativa del error de subsunción en el caso concreto, que amplía el ámbito del error de tipo a costa del de prohibición.

Los problemas del grupo 2) dificultan la necesaria distinción del error de tipo del de prohibición en los casos concretos; pues el dolo (de tipo) exige el conocimiento de determinada forma de contrariedad al Derecho. Para facilitar dicha distinción se propone como regla práctica diferenciar entre a) el error del sujeto que recae sobre hechos y cosas, sean efectos jurídicos, sociales, comunicativos, etc.: error de tipo. Y b) el error del sujeto acerca de la posición en la que él mismo se ha colocado por su hecho (típico y antijurídico penalmente), frente al Ordenamiento Jurídico en su conjunto: error de prohibición.

## BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique

1981. "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980", en *La Ley*, vol. 1, pp. 919 a 923.

1984. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ed. Temis-Ilanud.

1985. "Error sobre los elementos del tipo y error sobre la antijuridicidad o la prohibición", en *Comentarios a la legislación penal*, vol. V 1.º, AAVV; dirigidos por Cobo del Rosal y Bajo Fernández, pp. 53 a 89. Madrid: Ed. Edersa.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

1985. "El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6.º bis a", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fasc. III, pp. 703 a 719.

1986. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Ed. Ariel.

1989. *Manual de Derecho penal. Parte general. Tercera edición aumentada, corregida y puesta al día*. Barcelona: Ed. Ariel.

CEREZO MIR, José

1985 a. *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Vol. I: Introducción. Teoría Jurídica del delito*. 3.ª ed. Madrid: Ed. Tecnos.

1985 b. "La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo II, pp. 277 a 284.

COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTON, Tomás

1987. *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

COBOS GOMEZ DE LINARES, Miguel A.

1987. *Presupuestos del error sobre la prohibición*. Madrid: Ed. Edersa.

- CORDOBA RODA, Juan  
1962. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona: Ed. Bosch.
- CRAMER, P.  
1988. *Strafgesetzbuch. Schönke-Schröder*. 23 ed. München: Ed. Beck'sche.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín  
1987. "La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición. La reforma del Código penal, de 25 de junio de 1983, algunos años después", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 32, pp. 273 a 288.
- DARNSTÄDT, Thomas  
1978. "Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, pp. 441 a 447.
- DIEZ RIPOLLES, José L.  
1985. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Ed. Bosch.
- FERRAJOLI, Luigi  
1989. *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*. Roma-Bari: Ed. Laterza.
- DREHER-TRÖNDLE  
1986. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 43 ed. München: Ed. C. H. Beck'sche.
- GOMEZ BENITEZ, José Manuel  
1984. *Teoría Jurídica del Delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Ed. Civitas.
- HERBERGER, Maximilian  
1976. "Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, AAVV a cargo de Hans-Joachim KOCH, p. 124 a 154, Kronberg/Ts.: Ed. Athneäum.
- HERBERGER, Maximilian, y KOCH, Hans-Joachim  
1978. "Zur Einführung: Juristische Methodenlehre und Sprachphilosophie", en *Juristische Schulung*, pp. 810 a 817.
- HERNANDEZ MARIN, Rafael  
1986. *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*. Madrid: Ed. Tecnos.  
1989. *Teoría general del Derecho y de la Ciencia Jurídica*. Barcelona: Ed. PPU.
- HUERTA TOCILDO, Susana  
1980. "El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, pp. 75 a 96.

JAKOBS, G.

1983. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Walter de Gruyter.

JESCHECK, Hans-Heinrich

1988. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeine Teil*. 4. ed. Berlín: Ed. Duncker & Humblot.

JOSHI JUBERT, Ujala

1987. "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo III, pp. 697 a 720.

KAUFMANN, Arthur

1982. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*. München: Ed. C. H. Beck'schen.

KINDHÄUSER, Urs

1984. "Rohe Tatsache und normative Tatbestandsmerkmale", en *Juristische Ausbildung*, pp. 465 a 478.

1990. "Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 407 a 423.

KUHLEN, Lotahr

1987. *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*. Frankfurt: Ed. Peter Lang.

KUNERT, Karl Heinz

1958. *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*. Berlín: Ed. Walter de Gruyter.

LUZON PEÑA, Diego Manuel

1991. "Error sobre la ilegalidad de la detención intimidatoria de una autoridad por un agente de policía" (arts. 231-2.º y 184 CP), en *La Ley de 6-2-1991*, pp. 11 a 18.

MAIWALD, Manfred

1984. *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*. Heidelberg: Ed. R. V. Decker and C. F. Müller.

MAQUEDA ABREU, María Luisa

1983. "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6.º bis a) del Código penal", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 21, pp. 699 a 718.

MAURACH, Reinhart, y SCHROEDER, Friedrich-Christian

1977. *Strafrecht, Besonder Teil. Teilband 1*. 6. ed. Heidelberg-Karlsruhe: Ed. Müller juristischer Verlag.

MIR PUIG, Santiago

1981. Notas al Tratado de Derecho penal de H. H. JESCHECK. Barcelona: Ed. Bosch.

1985. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ed. PPU.

MORESO MATEOS, José Juan

1986. "Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, pp. 129 a 139, núm. 3.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1984. *Teoría general de delito*. Bogotá: Ed. Temis.

1988. *Derecho penal. Parte especial*. 7. ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

1989. *El error en Derecho penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana

1986. *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. 2. ed. (1. de 1985-86). Madrid: Ed. Rafael Castellanos.

PUPPE, Ingeborg

1990. "Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 145 a 182.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

1986. *Derecho penal. Parte general*. 1. ed. Barcelona: Ed. Gráficas Signo.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

1978. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Ed. Civitas.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis

1980. "Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto del Código penal", en *La Ley*, 5.12, pp. 1 a 2.

ROMEO CASABONA, Carlos

1981. "El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo III, pp. 739 a 767.

ROSS, Alf

1976. *Tû-Tû*. Traducción de Genaro R. Carrió. Título original "Tû-Tû", en "Festschrift til Henry Ussing", 1951, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

ROXIN, Claus

1970. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. Traducción de Enrique Bacigalupo: *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, Berlín: Ed. Walter de Gruyter and Co.

1987. "Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum", en *Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium*, AAVV a cargo de Hans Joachim HIRSCH Baden-Baden: Ed. Nomos.

SCHLÜCHTER, Ellen

1983. *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen: Ed. J. C. B. (Paul Siebeck).

1985 a. "Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht", en *Wistra*, pp. 43 a 97.

1985 b. "Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen Paragraphen 16 und 17 StGB", en *Juristische Schulung*, pp. 373, 527, 617.

SILVA SANCHEZ, Jesús

1987. "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fascículo II, pp. 451 a 477.

STREE, Walter

1988. *Strafgesetzbuch. Schönke-Schröder* (comentario al parágrafo 303), 23. ed. München: Ed. C. H. Beck'sche.

SUAY HERNANDEZ, Blanca Celia

1991. *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*. Barcelona: Ed. PPU.

TIEDEMANN, Klaus

1988 a. "Blankettstrafgesetz", en *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrecht*, original.

1988 b. "Irrtum ber Rechtsfragen", en *Handwörterbuch des Wirtschafts und Steuerstrafrecht*, original.

TISCHLER, Werner Georg

1984. *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*. Berlín: Ed. Duncker and Humblot.

TORIO LOPEZ, Angel

1980. "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal", en *La Reforma penal y penitenciaria*, AAVV a cargo de A. Fernández Albor, pp. 247 a 269. Universidad de Santiago de Compostela.

WEBER

1953. "Vom Subsumtionsirrtum", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 161 a 166.

WELZEL, Hans

1969. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlín: Ed. Walter de Gruyter.

1976. *Derecho penal alemán. Parte general*, 2. ed. Traducción de la 11. ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Ed. Editorial jurídica de Chile.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel

1981. "El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980", en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 15, pp. 511 a 521.



# Derecho Penal y filosofía analítica

(A propósito de *Diritto e ragione* de L. Ferrajoli)\*

JOSE CID MOLINE y JOSE JUAN MORESO MATEOS

Profesores de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona

## 1. INTRODUCCION

Recientemente Luigi Ferrajoli ha publicado *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Ferrajoli 1989). Una obra para la cual, en palabras de N. Bobbio (1989:VII), “Ferrajoli se había preparado desde hace tiempo con estudios de filosofía, de epistemología, de ética y de lógica, de teoría y ciencia del Derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, todo ello enriquecido por una experiencia vivida intensa y seriamente, derivada de su pasada actividad como magistrado”.

Ferrajoli, como filósofo del Derecho, pertenece a la tradición analítica que, como es sabido, fue introducida en Italia por N. Bobbio y ha mostrado especial interés en el análisis, desde tal perspectiva, del derecho y de la dogmática penal.

La lectura de esta obra nos sugiere algunas reflexiones acerca de la relación entre la dogmática penal y la filosofía analítica. La filosofía analítica concibe a la filosofía del derecho como el análisis del lenguaje de la ciencia jurídica (de la dogmática jurídica, básicamente) (1), mientras que la dogmática jurídica tiene como objeto de estudio el derecho (el derecho penal en el caso de la dogmática penal).

En el marco de la obra de Ferrajoli, nos proponemos reflexionar sobre tres cuestiones fundamentales: 1) ¿en qué consiste la actividad de

---

\* Agradecemos a Luigi Ferrajoli y a Carlos S. Nino las valiosas observaciones que nos realizaron a una primera versión de este trabajo.

(1) El *locus classicus* de esta concepción se halla en una de las obras claves de la tradición analítica la filosofía del Derecho: *Sobre el Derecho y la Justicia* de A. Ross (1953:24-26).

la dogmática penal? 2) ¿es posible, atendiendo a las aportaciones de la filosofía analítica, otra forma de proceder para los teóricos del derecho penal?; la resolución de esta segunda cuestión, como se verá, llevará necesariamente a 3) ¿qué doctrinas de justificación del derecho penal puede acoger el dogmático-penal para realizar su actividad?

## 2. EL JURISTA ANTE EL DERECHO PENAL

### 2.1. La solución del caso

Hace ya veinte años E. Gimbernat planteaba en un importante artículo que el fin de la dogmática penal es la delimitación del contenido del derecho penal, de manera que la aplicación del Derecho penal sea una actividad respetuosa con la seguridad que los ciudadanos esperan del Derecho. Decía esta autor:

Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad meticulosa y ordenada que debería ser, sino una cuestión de lotería (2).

Mediante la delimitación del contenido del derecho penal la dogmática penal habría de conseguir que todos aquellos casos dudosos que en la realidad se presentan tuvieran una solución. Para ello se requiere un trabajo de interpretación de las leyes penales, una interpretación que, para contribuir a la seguridad jurídica, debe partir de teorías que lleven a dar una respuesta igual a todos los casos iguales (3).

Pero, ¿cómo se llega a la solución del caso? ¿De dónde surgen las teorías que permiten alcanzar la “solución correcta”?

### 2.2. La teoría del delito: interpretación y sistemática

Recibe el nombre de teoría del delito el conjunto de argumentaciones utilizadas por los teóricos del Derecho penal para llegar a la solución de los casos. Para alcanzar ese objetivo la teoría del delito com-

---

(2) Gimbernat (1971:106). Un planteamiento semejante en Mir (1985:179).

(3) Gimbernat (1971:106-108). Afirma Gómez Benítez (1984:27): “El menosprecio de la teoría jurídica del delito conduce a un caos argumental, a una discontinuidad, incoherencia y arbitrariedad en la resolución de los casos concretos (...)”.

prende dos actividades: la interpretación de las leyes penales y su presentación sistemática, con el objeto de proceder en forma ordenada a resolver los casos (4). Dice en tal sentido Mir (1985:88):

La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del derecho penal. (...) La teoría del delito (...) [es] una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

La *primera actividad*, entonces, de la teoría del delito (mejor: de una teoría del delito) (5) consiste en la interpretación del derecho penal vigente en cada momento. Interpretar el derecho vigente es “fijar el sentido de la ley” (6).

Para los juristas, el texto de la ley constituye el marco en el cual el intérprete debe desempeñar su tarea, sólo dentro de él puede proponer la “solución correcta” (7). No obstante, suele afirmarse que el significado de las palabras en el lenguaje ordinario es insuficiente para determinar el sentido de las leyes; con este único punto de referencia, se añade, buena parte de los casos quedarían sin respuesta o con una respuesta “inadecuada” (vd., por ejemplo, Larenz 1979:342).

Esta insuficiencia se manifiesta en una serie de supuestos entre los que cabe destacar: a) vaguedad de las expresiones (8), b) ambigüedad de las expresiones (9), c) supuestos de falta de determinación de la nor-

(4) Véase una descripción semejante de la actividad de la dogmática jurídica en Alchourrón (1986) y Bulygin (1986).

(5) En el sentido que la expresión “teoría del delito” incluye diversas “teorías del delito”, como manifiesta Torío (1989:492).

(6) Vd. en tal sentido entre otros Jescheck (1978:207): “La interpretación es presupuesto de la subsunción y tiene una doble misión que cumplir: en primer lugar, antes de la subsunción debe aclararse el sentido de la premisa mayor que se va a aplicar”; Cobo/Vives (1987:83): “Interpretar las normas penales es fijar el sentido de los textos en que se hallan formuladas” y Bustos (1989:79): “Interpretar es fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta”.

(7) Claramente en tal sentido: Jescheck (1978:58), Muñoz Conde (1985:215) y Mir (1985:88).

(8) Piénsese en el término “habitual” que aparece en la descripción del comportamiento al que se apareja una sanción, en diversos artículos de nuestro código penal [artículo 415.2, artículo 425, artículo 542, artículo 546 bis b) y bis c)]: ¿cuántas veces y con qué periodicidad ha de repetirse un comportamiento para ser calificado de habitual?

(9) En el código penal español la palabra “grado” puede ser entendida de dos formas: a) como término referido a una de las categorías de las escalas de penas previstas en el artículo 27, y b) como término referido a una de las divisiones internas a cada una de estas categorías. Normalmente la utilización de la palabra “grado” en el código permite eliminar la ambigüedad por el contexto en que aparece pero, por ejemplo, la segunda ocasión en que la palabra “grado” aparece en el artículo 66 es un supuesto claro de am-

ma aplicable (10) y d) soluciones “manifiestamente injustas”, es decir, supuestos en los cuales, atendiendo al texto de la ley, determinados comportamientos son punibles y, en cambio, el intérprete llega a la conclusión de que no deben ser castigados (11).

¿Qué criterios deben guiar la labor del intérprete dentro de los límites en que puede desempeñar su actividad?

Un importante sector doctrinal considera que el criterio básico no debe ser la búsqueda del fin que tuvo el legislador cuando creó la ley (doctrina subjetiva de la interpretación, es decir, interpretación de acuerdo a la voluntad del legislador) sino el fin de la ley (doctrina objetiva de la interpretación o sea, interpretación de acuerdo a la voluntad de la ley). Pero para determinar “el fin de la ley” se propone partir de algunas premisas valorativas.

Parece hoy dominante la corriente doctrinal que considera que tales premisas valorativas vienen dadas por la asunción de una determinada “política criminal” (entiéndase: una delimitación de los fines y de los límites que deberían guiar al derecho penal). Esta política criminal tendría como fuentes la normativa constitucional, principios fundamentales del Derecho u otros puntos de vista ético-políticos defendidos por el

---

bigüedad de la expresión: el contexto no permite averiguar a cuál de los sentidos del término se alude.

(10) En el supuesto en que una persona mata a otra con su consentimiento y recibe por ello una recompensa nos hallamos ante un comportamiento regulado por varias normas penales, entre ellas el artículo 409 in fine, que castiga el auxilio ejecutivo al suicidio, y el artículo 406, que castiga el asesinato. La doctrina penal califica este conflicto de normas con el nombre de concurso aparente de normas penales y advierte que el criterio más claro en estos casos para resolver el conflicto es el de especialidad (aunque tal criterio no aparece establecido por ninguna norma penal). Sin embargo, el auxilio ejecutivo al suicidio no es especial en relación al asesinato (puede matarse a otra persona con su consentimiento sin ninguna de las circunstancias descritas en el artículo 406 y puede matarse a alguna persona concurriendo alguna de estas circunstancias sin su consentimiento). Si el único criterio del que dispusiera la doctrina fuera el de especialidad stricto sensu, no sería aplicable a este supuesto y, por tanto, parecería aplicable el artículo 68, en base al cual tal comportamiento debería ser castigado como asesinato. Como la doctrina penal quiere huir de esta solución propone nuevos criterios para resolver el conflicto. Véase, al respecto, el atinado análisis de Gimbernat (1972).

(11) Los juristas suelen apelar a razones de “justicia material” para considerar no punibles comportamientos que atendiendo exclusivamente al texto de la ley sí lo son. Piénsese, por ejemplo, en la discusión doctrinal relativa al consentimiento en las lesiones. Según el artículo 428 del Código penal, aun cuando medie consentimiento del lesionado el comportamiento de quien lesionare es igualmente punible (excepto en los supuestos claramente determinados en ese mismo artículo). A pesar de ello, algún autor considera que “el consentimiento es siempre relevante y excluye el delito de lesiones, salvo cuando la ley expresamente indica otra cosa” (Bajo 1986:153). Este razonamiento se basa en que la regulación que resulta de la interpretación del texto del artículo no es coherente con otro tipo de regulaciones establecidas por el código y, entre otras razones aducidas, no responde a exigencias *político-criminales* (que es tanto como decir, conlleva resultados manifiestamente injustos).

jurista (12). La diversidad que admite lo anterior es la raíz de la existencia de diversas teorías del delito.

Entre las diversas teorías se entablan una variedad de puntos de discusión; en cada uno de ellos existirá en cada momento teorías dominantes, la teoría dominante conformará, mediante su interpretación, la solución correcta.

La *segunda actividad* es la presentación ordenada, sistemática, de los resultados de la actividad interpretativa. Por presentación sistemática se entiende una clasificación en grandes categorías (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) de los singulares aspectos de la regulación legal del Derecho penal. La sistemática de la teoría del delito cumple, fundamentalmente, una función de “método para la resolución del caso”. Sin tal sistemática la tarea del intérprete que debiera examinar todos los preceptos de la parte general y especial del código penal para dar la solución del caso sería engorrosa. El carácter tan genérico de esta sistemática hace que sea válida para diversos ordenamientos jurídicos y posibilita, por ello, la discusión entre las doctrinas de diversos países (13).

En conclusión, la interpretación se presenta siempre en el marco de una sistemática, esta interpretación se realiza en base a teorías, de las teorías surgen soluciones a los casos, de la discusión científica surgirán teorías dominantes.

---

(12) Argumentaciones en ese sentido en: Mir (1985:88): “Ello no significa que la doctrina penal no elabore la teoría del delito con un cierto (con frecuencia amplio) margen de libertad” añadiendo que la interpretación “...habrá de depender de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural”; Bricola (1988:16): “...la dogmática es vista como concretización de los principios directivos de la política criminal explícita o implícitamente derivados de la constitución...”; Bustos (1989:80) (“...no se trata tampoco de indagar el espíritu de la legislación...sino de fijar su sentido, que en derecho penal sólo podrá surgir objetivamente desde criterios político-criminales...” y Torio (1989:497): “...como ponen de relieve los supuestos límite, afirmar que la acción está o no comprendida en la prohibición normativa se determina únicamente mediante una decisión no arbitraria, pero si discrecional, cuyos puntos regulativos son los principios superiores del derecho”. Un sector doctrinal destaca como aspecto básico de esta interpretación teleológica (el fin del derecho) la delimitación del bien jurídico protegido, criterio que deberá servir para determinar vgr. qué comportamientos son subsumibles en el tipo penal. Este ejercicio de lo que suele denominarse “función interpretativa del bien jurídico” también se realiza desde premisas ético-políticas (dentro de los límites marcados por el sentido literal). Destacan, entre otros, la importancia del bien jurídico como criterio básico de interpretación: Muñoz Conde (1981:216) y Bustos (1989:80).

(13) Realiza algunas de estas consideraciones: Hassemmer (1981:253-256).

### 2.3. La propuesta de lege ferenda

En determinados supuestos, ninguna de las soluciones a las que el jurista llega desde su teoría de interpretación satisface sus puntos de vista valorativos (ético-políticos) sobre la solución de caso. En tales casos el penalista propone una reforma de la legislación penal. Aquí abandona la interpretación y entra en el terreno de la política legislativa (14).

También aquí se asiste a posiciones dominantes en la doctrina penal (15).

## 3. ¿ES CORRECTA ESTA FORMA DE PROCEDER?

### 3.1. Introducción

En este epígrafe, deseamos introducir una noción de interpretación del derecho —que denominaremos: *noción estricta de interpretación*: NEI (16)—, que hace de la actividad interpretativa una actividad cognoscitiva y de su resultado: los *enunciados interpretativos*, enunciados susceptibles de verdad y falsedad. Esta noción permitirá distinguir la función cognoscitiva de la ciencia jurídica de su función valorativa.

### 3.2. Una noción estricta de interpretación de derecho

Si se acepta que la actividad de la ciencia jurídica es, básicamente, una actividad interpretativa; entonces será necesario poseer una noción de interpretación. La ciencia jurídica interpreta expresiones lingüísticas, principalmente enunciados. Interpretar un enunciado es atribuir senti-

---

(14) Bricola (1988:16-17) señala una doble función de la dogmática (entendida como concretización de los principios directivos de la política criminal explícita o implícitamente derivados de la Constitución): a) ayuda a la interpretación y aplicación de la ley penal y b) en clave de política legislativa.

(15) Vd. el certero análisis de la dogmática jurídica realizado por A. Calsamiglia (1986, en especial 130-145). Sin embargo, aunque el autor declara programáticamente (1986:17): “Este libro no trata de responder a la cuestión de si el saber jurídico es un saber científico, ni tampoco trata de proponer un nuevo proyecto de ciencia jurídica. Su objetivo es describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia”, parece que puede colegirse del trabajo una cierta justificación de la dogmática jurídica tal como está en la situación actual. Nosotros, en cambio, sí proponemos algunos cambios en la actividad dogmática tendente básicamente, como a continuación se verá, a distinguir con claridad entre sus funciones descriptivas del ordenamiento (cognoscitivas) y sus funciones valorativas.

(16) Esta noción, como podrá apreciarse, nada tiene que ver con lo que los juristas denominan *interpretación restrictiva*, aunque está seguramente cercana de lo que los juristas anglosajones denominan *strict construction*.

do a dicho enunciado. Como afirma W.v.O. Quine (1978:2) se atribuye sentido a una expresión citando un sinónimo (17). Si tenemos un enunciado como:

[1] The snow is white, al que llamaremos *enunciado interpretado*, podemos interpretarlo citando un enunciado como

[2] La nieve es blanca, al que denominaremos *enunciado interpretante*. De esta forma el resultado de nuestra interpretación será el enunciado

[3] “The snow is white” significa (es sinónimo de) “La nieve es blanca”,

al que llamaremos *enunciado interpretativo*. Este caso muestra un ejemplo de interpretación entre idiomas distintos, pero obviamente podemos interpretar enunciados mencionando otros enunciados del mismo idioma.

Este ejemplo sirve para mostrar que los enunciados interpretativos, como [3], son susceptibles de verdad o falsedad. En concreto, [3] es verdadero puesto que [1] y [2] son sinónimos (18).

Así puede afirmarse que el artículo 407 del código penal (por ejemplo) significa (es sinónimo de) “las personas que maten a otras personas deben ser castigadas a la pena de reclusión menor”. En este ejemplo, el artículo 407 del Código penal es el *enunciado interpretado*, la expresión “las personas que maten a otra persona deben ser castigadas a la pena de reclusión menor” es el *enunciado interpretante*, y el enunciado que establece la sinonimia entre ambas expresiones es el *enunciado interpretativo*.

Un enunciado interpretativo establece el sentido de un enunciado (citando un enunciado sinónimo) en atención a los usos lingüísticos de una comunidad. Para realizar tal actividad el intérprete debe tener en cuenta el contexto en el cual se profiere el enunciado. El contexto está integrado por el (los) emisor(es) y el (los) receptor(es) del enunciado y las circunstancias de lugar y tiempo en que se profiere el enunciado.

---

(17) Esta noción de interpretación ha sido defendida en filosofía del derecho, con referencia explícita a Quine, por T. Gizbert-Studnicki (1977:161.178), R. Hernández Marín (1989:245 y ss.). También Ferrajoli (1989:20-23) ha defendido una noción análoga de interpretación a NEI.

(18) La noción de sinonimia es ampliamente discutida en filosofía del lenguaje. A menudo se afirma que dos enunciados son sinónimos si y sólo si expresan la misma proposición (si y sólo si expresan el mismo sentido). Pero como a su vez una proposición es definida como el sentido de un enunciado (una proposición es el sentido de los enunciados sinónimos entre sí), este aspecto hace la noción de proposición altamente cuestionable (vd. Quine 1970:21-40). Sin embargo, será suficiente aceptar que dos enunciados son sinónimos si y sólo si los usuarios de esos enunciados los consideran intercambiables en el discurso. La sinonimia depende de los usos lingüísticos de una comunidad (o de varias comunidades, como en nuestro ejemplo).

En el caso de nuestro ejemplo, el intérprete del derecho tal vez preste mayor atención a la determinación del sentido de la expresión "matarse" (del artículo 407 del Código penal). ¿A qué comportamientos humanos se refiere esta expresión? Sin duda que se refiere al comportamiento consistente en matar con un cuchillo a un ser humano, mas ¿se refiere también al comportamiento consistente en disparar con una pistola de agua a una persona, aunque ésta resulte muerta, o convencer a una persona para que tome un avión con la esperanza de que dicho avión tenga un accidente, en el supuesto de que el avión sufra un accidente y la persona muera? Estas reflexiones sugieren que la ciencia jurídica está interesada en enunciados como los siguientes (19):

[4] Según el artículo 407 del Código penal, aquella persona que matare a otra con un cuchillo debe ser castigada a la pena de reclusión menor.

Intimamente relacionada con esta cuestión se halla el problema (ya comentado) de la *vaguedad* de las expresiones lingüísticas. Todos los términos generales de nuestros lenguajes disponen de un núcleo de certeza indubitado y de una zona de penumbra en la cual no estamos seguros de si la expresión se refiere o no a esos objetos o a esos comportamientos (20). Es lo que H.L.A. Hart denomina *la textura abierta del lenguaje*. Este rasgo de los lenguajes es, tal vez, el que produce mayores discusiones en la interpretación del derecho. Los juristas, a menudo, suelen pensar que la determinación de la "naturaleza jurídica" de una institución permite acabar con la vaguedad. Pero la búsqueda de naturalezas jurídicas es, desgraciadamente, tan infructuosa como la búsqueda filosófica de "esencias" detrás de las palabras.

En los casos situados en la zona de penumbra, el dogmático (en cuanto intérprete que se atiene a NEI) no puede hacer otra cosa que señalar la textura abierta del lenguaje. El dogmático no es un legislador de usos lingüísticos y, por tanto, no puede eliminar la vaguedad de las expresiones. Puede, sin embargo, distinguir aquellos casos genéricos que cen en el núcleo de certeza de la expresión de aquellos que se incluyen en la zona de penumbra. De esta forma su actividad es cognoscitiva y el resultado de su actividad susceptible de verdad o falsedad.

Una noción como NEI permite a L. Ferrajoli (1989:21-22, vd. también 1983:81-130) introducir su noción de *verdad jurídica*. Según Ferrajoli, un enunciado como "el comportamiento *c* (siendo *c* el comportamiento de Ticio matando dolosamente a Cayo con un cuchillo) es denotado por el derecho como delito" es verdadero si y sólo si según el

(19) Son los enunciados llamados por Raz (1970:49) *enunciados aplicativos* y por Hernández Marín (1989:268 y ss.) *enunciados consecutivos*.

(20) Entre los filósofos del derecho que han prestado atención a esta cuestión puede consultarse Carrio 1990:31-36, Hart 1961:152-169 y Ross 1953:110-111.

derecho, *c* es un delito. La expresión “según el derecho, *c* es un delito” podría ser obtenida de la siguiente forma. Puede decirse, con verdad,

[6] Según el artículo 407 del Código penal, Ticio debe ser castigado, como homicida, a la pena de reclusión menor.

Por otra parte, puede definirse la expresión “según el derecho” como “existe una disposición jurídica según la cual...” y como el artículo 407 de Código penal es una disposición jurídica, puede afirmarse.

[7] Según el derecho, Ticio debe ser castigado, como homicida, a la pena de reclusión menor.

Dada la definición de delito del Código penal (artículo 1, según la cual una acción dolosa penada por la ley es un delito) y dado que *c* es una acción dolosa penada por la ley, puede ahora deducirse que

[8] Según el artículo 1 del Código penal, el comportamiento *c* es un delito;

por lo tanto

[9] Según el derecho, el comportamiento *c* es un delito.

Ferrajoli también se refiere a lo que denomina *verdad factual*. En este caso el enunciado “Ticio ha matado dolosamente a Cayo” es verdadero si y sólo si Ticio ha matado dolosamente a Cayo (si y sólo si, por así decirlo, una determinada porción del mundo se corresponde con el enunciado).

En ambas nociones de verdad puede descubrirse la definición de verdad como correspondencia (que se remonta a Aristóteles y que ha sido elaborada en este siglo por A. Tarski).

Estas nociones definen lo que Ferrajoli denomina *verdad procesal*. Es claro que ambas nociones son cognoscitivas: la *verdad jurídica* depende de la existencia de determinados enunciados jurídicos, la *verdad factual* depende de la existencia de determinados comportamientos humanos. Ambas nociones dependen de la existencia de determinados hechos empíricos.

La noción de verdad procesal permite clarificar lo que se conoce como *silogismo judicial* (Ferrajoli 1989:38-39). Una presentación cercana a la realizada por Ferrajoli es la siguiente:

- [a] Si  $x$  hace  $c$ , el juez competente debe, según el derecho, castigar a  $x$  a la pena  $p$ .  
 [b]  $x$  hace  $c$ .  
 luego,  
 [c] el juez competente debe, según el derecho, castigar a  $x$  a la pena  $p$  (21).

La verdad de [a] es una verdad jurídica dependiente de que  $c$  sea un delito según el derecho. La verdad de [b] es una verdad factual dependiente de que  $x$  haya realizado el comportamiento  $c$ . Si [a] y [b] son verdaderas entonces necesariamente [c] es verdadera.

De forma semejante, guiada por pretensiones cognoscitivas, la ciencia jurídica puede señalar las ambigüedades de los enunciados jurídicos pero no resolverla. Puede, a su vez, señalar los supuestos en que hay más de dos normas aplicables a un supuesto de hecho determinado y, además, no existe ninguna otra norma jurídica que establezca un criterio de prioridad en la aplicación de una de esas normas. Puede también distinguir entre normas *promulgadas* y normas *válidas* (una distinción semejante a la de Ferrajoli 1989:353 entre *estar en vigor* y *ser válida*): una norma *promulgada* es aquella que ha sido dictada por una autoridad (autoridad en sentido fáctico: aquel que tiene la capacidad —fáctica— de ordenar), una norma *válida* es aquella cuya promulgación ha sido autorizada por otra norma del ordenamiento. Es posible la existencia de normas promulgadas pero inválidas (las normas inconstitucionales, mientras no son declaradas como tales, por ejemplo). Puede, a su vez, presentar todos estos conocimientos de forma ordenada (“sistemática”) con el objeto de que sean más útiles a los operadores jurídicos (los jueces, los abogados, etc.).

Sin embargo, cuando la ciencia jurídica realiza esta actividad no valora el derecho, no describe que deba hacerse en los casos de vaguedad, ambigüedad o contradicciones normativas. La ciencia jurídica describe el ordenamiento jurídico vigente, y su descripción (como cualquier otra descripción) es susceptible de verdad o falsedad, es cognoscitiva.

En este sentido, NEI se aparta de otras concepciones de la interpretación del derecho corrientes entre los juristas. NEI no presupone premisas valorativas, ni razonamientos tópicos, retóricos o hermenéuticos (Vd. en el mismo sentido las críticas a la hermenéutica) de Ferrajoli 1989:183-184, nota 114.

---

(21) La ventaja de un modelo de silogismo judicial como el presentado es que no presupone una lógica de normas ni que el silogismo judicial sea un silogismo práctico. El silogismo presentado es un razonamiento teórico, válido con los patrones de la lógica clásica.

### 3.3. La dogmática jurídica desenmascarada

Como la ciencia jurídica no comparte NEI, no distingue entre descripción de un ordenamiento jurídico vigente (en un momento dado) y valoración de ese ordenamiento. Llama interpretación a una actividad más interesada en proponer soluciones para supuestos no resueltos en el ordenamiento que en su descripción.

De esta forma introduce premisas valorativas en su argumentación y propone soluciones (no previstas en el ordenamiento) como si fueran soluciones derivadas de la descripción del ordenamiento (22).

Por otra parte, y tal vez peor, como realiza estas funciones valorativas de forma que no es posible distinguirlas de sus aspectos descriptivos encubre o enmascara las premisas valorativas que introduce. De tal forma no se siente tan necesitada de justificar dichas premisas. Sería, sin duda, más honesto que los dogmáticos (penales, por ejemplo) presentaran con claridad los fines que guían sus propuestas.

C.S. Nino ha realizado en diversos lugares (1974, 1980: caps. 1 y 2, 1983:338 y ss., 1989:21 y ss.) reflexiones muy semejantes a las anteriores, con las cuales estamos básicamente de acuerdo. Queremos destacar ahora, sin embrago, un aspecto que claramente nos separa de este autor. Nino parece pensar (vd., por ej., 1989:21-22) que la actividad descriptiva de la ciencia jurídica (una actividad realizada de acuerdo a NEI) sería, tal vez, cognoscitiva pero “posiblemente intrascendente” al abandonar su importantísimo papel actual de auxiliar a los jueces. Nosotros pensamos que tal actividad no sería en absoluto intrascendente (sería muy útil para el legislador, por ejemplo). Incluso no sería intrascendente desde el punto de vista de ese papel auxiliador de los operadores jurídicos, ya que señalaría con claridad las incertidumbres del ordenamiento, y además, situaría a los operadores jurídicos en su justa responsabilidad en aquellos supuestos en que el derecho no permite justificar una solución, puesto que debería tratar de hallar esta solución de otra forma (lo mismo que hacen ahora pero sin el disfraz de la “interpretación” valorativa de la dogmática).

---

(22) Dice al respecto Kelsen (1960:356): “La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas...el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación entre varias posibles, como la única “correcta”, no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Trata de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente ello no le puede ser negado. Sólo que no debe hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia.

#### 4. UNA NUEVA FORMA DE PROCEDER

La propuesta que realizamos respecto de la actividad de la dogmática penal, consiste en tres aspectos, en primer lugar en que los penalistas asuman NEI, de acuerdo a como acabamos de definirla; en segundo lugar, que aporten conocimientos respecto de las funciones del derecho penal; y, en tercer lugar, que razonen adecuadamente las propuestas de todo orden que se realicen por parte de la doctrina y sus propias propuestas. Razonar adecuadamente significa a nuestro entender, como mostraremos más adelante, presentar las doctrinas o modelos de justificación y, si así se quiere, su propio modelo de justificación, a cuya satisfacción vayan dirigidas las propuestas.

##### 4.1. La utilidad de una noción estricta de interpretación

Mediante NEI se consigue determinar con claridad cuáles y de qué tipo han sido las decisiones normativas del legislador. El penalista deberá señalar los posibles ámbitos de poder (de discrecionalidad) que las leyes penales atribuyen a los jueces y al resto de operadores jurídicos. Ello ocurre, en primer lugar, como consecuencia del uso de términos o expresiones vagas, vaguedad que se multiplica cuando entran en consideración para resolver un caso diversos preceptos legales (23) y del uso de términos o expresiones valorativas (expresiones con escaso o nulo núcleo de certeza) (24). En segundo lugar, ello ocurre también por el uso

---

(23) Piénsese en la multitud de casos dudosos que se producen en relación a la aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio a cargo, prevista en el artículo 8° n° 11 del Código penal.

(24) Véase en el libro de Ferrajoli (1989: 734-739) el claro y preciso tratamiento de la cuestión del frecuente uso en las leyes penales de normas que usan términos que Ferrajoli denomina valorativos, es decir, términos sin referencia empírica y que, por tanto, suponen atribuir un poder de decisión importante (en base a sus propios juicios de valor) a quienes aplican las leyes.

Piénsese, por poner un ejemplo claro, en el artículo 431 del Código penal en su redacción anterior a la dada por la ley orgánica 5/1988, que decía, en su primer párrafo: "El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas de arresto mayor, multa de 20.000 a 100.000 e inhabilitación especial". Los términos "pudor" y "buenas costumbres" que aparecen en tal artículo o se refieren a la moral positiva (las normas morales de la mayoría) o se refieren a una supuesta moral objetiva (que el juez deberá intuir). Si el juez acoge esta segunda interpretación posible, su poder para decidir los comportamientos que castiga será amplísimo y difícilmente, sea cual sea su decisión, podrá decirse que ha cumplido el derecho. No podrá decirse que ha cumplido o incumplido el derecho porque no podrá realizarse la afirmación de que el caso castigado es uno de los castigados por el derecho. Ante este tipo de términos valorativos se hace imposible hacer enunciados aplicativos susceptibles de ser verificados. En la sentencia 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico n° 7, el Tribunal Constitucional decidió que un castigo impuesto en base a este artículo 431 del Código penal a un editor de un libro de información sexual dirigido a los

de enunciados ambiguos. Y en tercer lugar, la discrecionalidad puede tener su origen en la falta de determinación de la norma aplicable a su supuesto.

El penalista también deberá señalar los posibles casos en que una norma promulgada es inválida en relación a otra norma del ordenamiento jurídico (25).

Si el jurista tiene conocimiento de las decisiones de los tribunales, podrá aportar información (más o menos sistematizada) respecto de cómo ejercen su discrecionalidad los diversos operadores del derecho penal (empezando por los jueces).

Con esta tarea el jurista proporciona importante información a todo aquel que la necesite y en particular al legislador para que tenga buena conciencia de lo que dicen las leyes y de lo que se hace con ellas.

#### 4.2. La utilidad del conocimiento sobre el funcionamiento del derecho.

Los conocimientos sobre el derecho penal y sobre su aplicación que aporta el jurista pueden ser completados con otro tipo de conocimientos relativos a las funciones que satisface el derecho penal, es decir, el conjunto de consecuencias que se derivan de la existencia y aplicación del derecho penal. Tales conocimientos habrán de servir para saber si el derecho penal satisface los fines que el legislador se plantea conseguir mediante el derecho penal y, más genéricamente, para comprobar si los fines postulados por diferentes doctrinas son satisfechos por el derecho penal.

---

niños, no vulneraba el artículo 25/1 de la Constitución que prohíbe el castigo de un hecho que no constituye delito de acuerdo a la legislación vigente.

(25) Aunque Ferrajoli parte de esta misma noción de validez, tal vez más allá de lo que NEI permite en su desarrollo del concepto de juicios de invalidez. A su entender, diversas normas del ordenamiento jurídico-penal italiano actual son susceptibles de crítica interna (o jurídica) porque contradicen algún precepto constitucional. El autor considera inválidas (aunque vigentes) tales normas. A nuestro entender algunas de las normas que Ferrajoli considera inválidas no lo serían si nos atenemos a NEI, por cuanto, en tales casos, el nivel de vaguedad de las normas constitucionales es de una envergadura tal que no genera, respecto de otra norma, contradicción normativa. Ferrajoli es consciente de esto cuando al final de su libro (1989:917-918) señala que la verdad jurídica de los juicios de validez en base a la norma constitucional nunca es afirmable con certeza. Es por ello que muchas de las cuestiones que Ferrajoli plantea como de validez interna nosotros trataríamos como propuestas relativas a la aplicación de la Constitución y no como mera descripción del ordenamiento jurídico.

### 4.3. La propuesta razonada

No necesariamente existirá unanimidad respecto a los fines que debe cumplir el derecho penal. Una propuesta razonada del jurista será aquella que delimitando los fines que, desde su propio punto de vista ético-político, el derecho penal debe satisfacer, consista en proponer (prescribir) una determinada reforma de la legislación o una determinada aplicación de una norma jurídica, que, atendiendo a los conocimientos empíricos de los que el jurista deberá disponer, es previsible que lleve a satisfacer los fines del derecho penal que el jurista sustenta.

Más adelante indicaremos la discusión que se produce en torno a los fines del derecho penal (doctrinas de justificación del derecho penal); por ahora es suficiente con decir que las propuestas que el jurista pueda realizar, propuestas de *lege ferenda* o propuestas de aplicación del derecho (las primeras dirigidas al legislador y las segundas dirigidas a los operadores del derecho), pueden tener algún límite en el caso de que el cumplimiento, por parte de los jueces, del derecho sea el mejor medio de satisfacer los fines que se atribuyen al derecho penal (26).

Mientras que parece razonable que un jurista plantee sus propias propuestas en el marco de la discusión doctrinal, resultaría escasamente pluralista que en lo que se refiere a la docencia del derecho penal, el profesor se limitará a explicar sus propios fines del derecho penal (su propia doctrina de justificación) y no diera cuenta, en la forma más descriptiva posible, de las diferentes doctrinas de justificación.

### 4.4. Conclusión

El objetivo de esta nueva forma de proceder es que el penalista distinga con claridad las diversas cuestiones que son importantes para el análisis de su objeto de estudio: el derecho penal. Una dogmática penal sometida a la propuesta que realizamos, difunde con claridad unos conocimientos de los que todos deben disponer (cuando describe el derecho, su aplicación y sus funciones) y a la vez presenta sin tapujos (fruto del uso inadecuado del concepto de interpretación) sus propuestas. Las propuestas se hacen cabales sólo si es posible demostrar que son el me-

---

(26) Esto tiene importancia fundamentalmente para posibles propuestas aplicativas basadas en el incumplimiento del derecho, por cuanto quizás se reconozca que la mejor forma de satisfacer los fines del derecho es que los jueces cumplan siempre el derecho a pesar de que el derecho (la regulación jurídica existente) no sea funcional a la satisfacción de tales fines. Es decir, de acuerdo a cuales sean los fines del derecho, puede ser más disfuncional que funcional a ellos el incumplimiento por parte de los operadores del derecho de una ley que es disfuncional a tales fines. La disfuncionalidad del incumplimiento de la ley puede ser mayor que la funcionalidad del incumplimiento de esa norma en concreto. Sobre la cuestión de obligación moral de los jueces de obedecer el derecho: Ferrajoli (1989:967-971).

dio mejor para el cumplimiento de los fines del derecho penal. Falta sólo presentar la discusión en torno a los fines del derecho penal.

## 5. DOCTRINAS DE JUSTIFICACION DEL DERECHO PENAL

### 5.1. Introducción

Ferrajoli (1989:314-322) explica con notable claridad cómo debe procederse para construir una doctrina de justificación del derecho penal en forma que, dicho simplemente, evite la confusión del derecho con la moral.

De acuerdo con Ferrajoli, construir una doctrina de justificación del derecho penal que no confunda el derecho con la moral significa considerar la cuestión de los fines del derecho (fines justificantes, los llama acertadamente Ferrajoli) como un discurso situado en el nivel ético-político, es decir, en el plano de las preferencias morales de un individuo (27). Valga decir aquí que la elección de los últimos fines justificantes no es una actividad racional sino que tiene su fundamento en actitudes últimas (vd., al respecto, las reflexiones sobre la política jurídica de Ross 1953:289 y ss.), sin embargo la descripción de posibles fines justificantes, así como la articulación de dichos fines y la valoración de un ordenamiento jurídico determinado en atención a ello es, obviamente, racional.

Sólo cuando se hayan delimitado los fines justificantes desde un punto de vista externo al propio derecho podrá procederse a realizar el juicio de justificación. Este juicio de justificación consistirá en la verificación relativa a si el derecho penal y la aplicación que de él se realiza es un medio funcional al cumplimiento de los fines justificantes. Sólo en el supuesto de que el medio sea funcional el jurista deberá proceder a justificar (es decir, a afirmar la corrección moral del aspecto del derecho penal o de su aplicación que se esté considerando), mientras que en el supuesto de que el medio no sea funcional a la satisfacción de los fines habrá que determinar su no justificación (es decir su incorrección moral) (Ferrajoli 1989:318).

Mientras que respecto de los fines justificantes nunca podrá realizarse un juicio de verdad o falsedad (la cuestión de los fines últimos es cuestión de preferencias), en cambio respecto de la justificación si podrán emitirse enunciados susceptibles de verdad o falsedad (28). La ver-

---

(27) En un importante trabajo A. Ross (1970:61-110) señala, con claridad, que la discusión entre doctrinas de la pena se produce en el ámbito de la justificación ético-política de esta institución y no en el campo del objetivo que el legislador persigue con dicha institución.

(28) Nino, en cambio, piensa que es posible una actividad racional de determinación

dad o falsedad de los enunciados de justificación podrá afirmarse sólo si se dispone de conocimiento empírico relativo a las funciones satisfechas por los singulares aspectos del derecho penal y de su aplicación. En el bien entendido que este conocimiento empírico podrá mostrar la satisfacción por cada uno de los aspectos del derecho penal de los fines justificantes (Ferrajoli 1989:318).

Pero para que pueda procederse al juicio de justificación será necesario que los fines justificantes estén formulados con suficiente precisión (29). Una imprecisa delimitación de los fines justificantes impide que el jurista pueda realizar argumentadamente juicios de justificación (se entiende de justificación o de no justificación) (Ferrajoli 1989: 320).

Antes de comenzar la exposición de las doctrinas de justificación que consideramos más representativas entre la cultura jurídica y filosófica que se ha interesado en esta cuestión, hemos de hacer tres advertencias de importancia.

En primer lugar hemos de decir que nos ocupamos de doctrinas de justificación que llevan a la defensa de un modelo de derecho penal liberal y que no entramos a considerar otras doctrinas de justificación que llevan a la defensa de modelos de derecho penal autoritarios (30).

En segundo lugar, tampoco nos ocupamos de las doctrinas que Ferrajoli denomina de no-justificación del derecho penal, es decir, de aquellas que consideran que el derecho penal, ningún tipo de derecho penal, puede encontrar justificación. Aunque no estamos totalmente de acuerdo con Ferrajoli en sus consideraciones relativas a que las recientes doctrinas abolicionistas son doctrinas de no-justificación del derecho

de los fines últimos. Su obra *Ética y derechos humanos* (1989) constituye una doctrina de justificación del derecho (de un tipo de derecho respetuoso de los derechos humanos) que conlleva la asunción del objetivismo ético, esto es, de la afirmación de que existen criterios objetivos (que pueden ser conocidos racionalmente lo que Nino llama *constructivismo moral*) capaces de determinar la verdad moral. Esto lleva a Nino a afirmar (vd. por ejemplo 1985:85-86) que una norma jurídica es válida es sostener que esa norma jurídica es obligatoria, es decir, que hay principios morales objetivos que obligan a obedecerla. Esta noción de validez lleva a Nino a defender un concepto normativo de derecho (al lado de otro descriptivo, pero de mayor interés, a su juicio, para los juristas) cercano al iusnaturalismo. Nosotros pensamos que sostener que una norma jurídica es válida (en el sentido de promulgada o en el sentido de autorizada por otra norma jurídica) es una cuestión que nada tiene que ver con la obligatoriedad moral, e incluso pensamos (contra el objetivismo ético defendido por Nino) que no existen criterios objetivos capaces de establecer la obligatoriedad moral de los comportamientos humanos.

(29) J. Mosterín (1987:210) refiriéndose a la justificación de un código o de una institución, ha sostenido que el paso más importante (desde el punto de vista teórico) para dicha tarea es explicitar con claridad los fines del código o institución en cuestión.

(30) Véase la exposición y crítica de Ferrajoli (1989:13-17-251-262) a las doctrinas de justificación que llevan a defender una intervención penal basada en combatir la peligrosidad (social, política) de los individuos.

penal, dado que no renuncian a algún tipo de coacción semejante a lo que definiríamos como derecho penal (31).

Y, por último, es preciso señalar que nuestro objetivo en este trabajo ha sido hacer una presentación que pueda ser atractiva de tres doctrinas de justificación distintas, sin que tal presentación suponga nuestra adhesión personal a ninguna de ellas.

## 5.2. Modelo utilitarista

Una ética utilitarista postula el siguiente enunciado: entre las diversas alternativas de acción posibles se ha de preferir aquella que reporte mayor utilidad para la generalidad de los hombres (aquella que aumente la felicidad colectiva) (32). Este principio se constituye en fin último en base al cual un utilitarista deberá proceder a realizar un juicio moral de todas las acciones humanas. Juzgará como moralmente correctas aquellas acciones que frente a otras posibles sean las más funcionales a la satisfacción de tal fin y como moralmente incorrectas aquellas acciones que sean menos funcionales que otras posibles a la satisfacción de tal fin (33).

Cuando los autores utilitaristas han procedido a juzgar las instituciones jurídicas, y en concreto el derecho penal, han debido partir de que su corrección o incorrección debe buscarse en ser el mejor instrumento, de entre los posibles de ser practicados, para que el conjunto de personas a quien tales instituciones jurídicas afectan viera maximizada su felicidad o, más concretamente, que tales instituciones consiguieran en mayor medida que otras aumentar las condiciones de las que depende la felicidad del hombre. Podemos llamar “bienes” a estas condiciones

---

(31) Si los autores abolicionistas han admitido alguna forma de coacción estatal sobre la libertad de movimiento con el objetivo de lograr que el autor proceda a la reparación del mal causado, es que en algunos casos atribuyen a algo que denominaríamos derecho penal una justificación (en cuanto medio funcional a lograr la reparación). H. Bianchi (1986:215) ha escrito en este sentido: “En el modelo abolicionista las respuestas punitivas se reservan únicamente a aquellos casos en que el autor criminal haya rechazado, tras habersele invitado repetidas veces a reparar sus faltas y los daños que haya causado. Únicamente entonces recurriremos al modelo punitivo. Pero pienso que dos pequeñas prisiones en toda España serán suficientes para albergar a aquellos que rechacen esta propuesta”.

Otra cosa distinta son las críticas de Ferrajoli a las doctrinas abolicionistas por cuanto mediante su modelo no se procedería a lograr los fines que para Ferrajoli son justificantes del derecho penal. Aunque también es cierto que las doctrinas abolicionistas tienen la virtud de señalar los enormes costes del Derecho penal, y, por lo tanto, de realzar la importancia y dificultad de la justificación de la sanción penal. Vd. la discusión de Ferrajoli del abolicionismo (1989:233-239).

(32) Ver tal definición del utilitarismo del acto en Smart (1973:12). La exposición que hacemos del modelo utilitarista está basada en el utilitarismo del acto.

(33) Sobre ello Smart (1973:pp.40-51).

de la felicidad humana, siendo una cuestión empírica la determinación de cuáles sean tales bienes.

En el marco del conjunto de instituciones jurídicas de un estado, los utilitaristas se han planteado la cuestión de cuándo es correcto recurrir, para garantizar tales bienes a un instrumento consistente en imponer sanciones (privaciones de bienes) particularmente graves (por disminuir en buena medida la felicidad de los hombres), como por ejemplo las sanciones que privan de libertad de movimiento a las personas, a quienes realicen comportamientos de particular gravedad (por disminuir la felicidad de quiénes los sufren). Podemos llamar derecho penal a tal instrumento.

Un utilitarista deberá sostener que es moralmente correcto recurrir al derecho penal cuando este es el mejor instrumento de entre los posibles para aumentar la felicidad colectiva. J. Bentham (1789:158) escribió:

El objeto general que todas las leyes deben tener en común es aumentar la felicidad total de la comunidad, y, por tanto, en primer lugar excluir, tanto como fuere posible, todo aquello que tiende a disminuir la felicidad: en otras palabras, excluir el daño.

Pero cualquier castigo es un daño: cualquier castigo es en sí mismo un mal. Bajo el principio de utilidad, si el castigo debe ser admitido, debe serlo sólo en el caso en que el castigo consiga excluir algún mal mayor.

Presentado el fin justificante del derecho penal, procedemos a señalar los medios funcionales a la satisfacción de tal fin. Presentaremos tal discurso sobre los medios aludiendo a “principios” (y entenderemos por principios los enunciados relativos a cómo debe ser el derecho penal para satisfacer el fin justificante).

Los principios de una doctrina de justificación utilitarista son los siguientes:

a) *Principio de efectividad*: sólo deben imponerse sanciones penales cuando la violencia producida por el derecho penal es menor que la violencia evitada como consecuencia de la imposición de tales sanciones (34).

Este principio conlleva diversas consecuencias.

En primer lugar, obliga a verificar la efectividad preventiva de las sanciones (es decir, su capacidad para evitar otros comportamientos ofensivos de bienes).

En segundo lugar, requiere tomar en consideración tanto la capacidad de prevención general (evitar comportamientos ofensivos de todos los individuos) cuanto la prevención especial (evitar comportamientos

---

(34) Bentham (1789:159) escribió: “El castigo no debe ser infligido... cuando es ineficaz cuando no puede prevenir el daño”.

ofensivos del propio infractor). Esta segunda cuestión ha planteado notables problemas a los autores utilitaristas, por cuanto mientras se ha considerado que una sanción graduada a la ofensa es el mejor instrumento para conseguir una correcta prevención general (*principio de proporcionalidad*) (35), una cierta desproporción puede estar indicada para conseguir la prevención especial.

En tercer lugar, obliga a no castigar comportamientos inevitables (por ser imprevisibles, por ser realizados por personas no motivables: menores, enajenados mentales, etc.) (36).

b) *Principio de evitación del sacrificio inútil*: nunca puede imponerse una sanción penal si existe un medio menos costoso para la evitación de aquellos comportamientos ofensivos de bienes (*principio de última ratio*) y nunca debe imponerse una sanción penal más costosa de la necesaria (*principio de humanidad*) (Vd. en tal sentido Bentham 1789:164). Cualquier exceso de sacrificio es una injustificable disminución de la felicidad de quiénes lo sufren.

El principio de última ratio reclama la investigación empírica relativa al coste de los diferentes medios de evitación de los comportamientos indeseados, tanto en relación a los medios de evitación (o de tutela) no basados en la coacción, cuanto en relación a medios de evitación coactivos, pero basados en la utilización de sanciones de gravedad menor. Las investigaciones relativas a la efectividad de los diferentes medios de tutela es, en la actualidad, una de las más importantes de las desarrolladas por autores utilitaristas.

El principio de humanidad plantea la cuestión de cómo estructurar un sistema penitenciario (sistema de ejecución de penas) para dañar en la menor medida posible a los individuos (37).

c) *Principio de evitación de la violencia arbitraria*: el derecho penal debe garantizar que ninguna persona sea sancionada por un comportamiento que no esté taxativamente establecido en la ley (*principio de estricta legalidad*) y sin que exista un porcedimiento justo en el que se demuestre su culpabilidad (*principio de estricta jurisdiccionalidad*).

(35) Deben recordarse las palabras de Beccaria (1764:35): "No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que sean contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que inducen a cometerlos. Debe, por tanto, haber una proporción entre los delitos y las penas". Sobre la proporcionalidad basada en el utilitarismo vd. también Bentham (1789:156 y ss.).

(36) E. Gimbernat (1971:90 y 101-105) ha defendido que algunas de las consecuencias que se extraen del llamado principio de culpabilidad son funcionales al fin de la maximización de la utilidad colectiva.

(37) Ver en tal sentido las diversas propuestas de reforma del sistema de penas y en particular de una forma del sistema penitenciario basada en un incremento de los derechos del recluso, para que la pena se reduzca a la privación de la libertad que formula Ferrajoli (1989:408).

Si el derecho penal no respeta tal principio, produce inseguridad (mayor cuanto mayor es la desviación respecto de tales principios) en los ciudadanos. Dado que la seguridad es uno de los bienes que contribuyen a la felicidad individual, es necesario incrementar no sólo la probabilidad de ser sancionado si se comete un delito (uno de los comportamientos a los que la ley asocia una pena) —para minimizar la inseguridad que produce la probabilidad advertida de ser víctima de un delito— sino también minimizar la posibilidad de ser condenado por un delito sin haberlo realizado.

Los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, tan claramente expuestos por Ferrajoli (1989:5-13 y desarrollo posterior), obligan al legislador a decidir con la mayor claridad posible los comportamientos que castiga y configuran el rol del juez y del proceso penal como instrumentos para alcanzar la verdad, es decir como un proceso cognitivo. Cumpliendo con ambos el derecho penal es un instrumento que sin impedir maximizar la efectividad preventiva (en relación al resto de ciudadanos) consigue minimizar la violencia arbitraria del estado.

Un autor utilitarista deberá tomar en consideración la totalidad de estos principios a la hora de emitir un juicio sobre si la opción del legislador por castigar penalmente un comportamiento, así como la de los jueces cuando aplican tal ley, es la opción correcta (38). No obstante, dado que el teórico del derecho penal de orientación utilitarista debe tratar con cuestiones que conllevan multitud de consecuencias (como es la de penalizar un comportamiento) es razonable que realice juicios que den indicaciones generales respecto de cómo proceder.

Así hasta hace pocos años muchos penalistas de orientación utilitaristas se preocuparon por la cuestión genérica de la reforma del sistema de penas y, en concreto, del sistema de ejecución de las penas de privación de libertad. Interesados por el principio de efectividad, viendo que se podía incrementar la utilidad del sistema penal si se conseguía la prevención especial, postulaban diversas reformas del sistema de sanciones idóneas para tal fin. Hoy, en cambio, los mayores conocimientos sociológicos sobre el funcionamiento de las instituciones penales han puesto de relieve que es muy costoso lograr que los que pasan por las instituciones penales no vuelvan a realizar delitos y ello ha provocado un desplazamiento del interés de este sector de penalistas hacia la satisfacción del principio de última ratio, haciendo análisis sobre la forma de que medios menos costosos de tutela (como las sanciones impuestas por la administración o las sanciones civiles), si se configuran como me-

---

(38) Ver en Gimbernat (1971) un razonamiento sobre diversas cuestiones relativas al Derecho penal realizado desde una doctrina de justificación utilitarista que toma en cuenta los diversos principios señalados.

dios con mayor capacidad de responsabilización que el derecho penal, pueden sustituir al derecho penal.

Este desplazamiento de interés ha provocado curiosamente que los principios de una ética utilitarista sean más aplicables en relación al derecho penal. En efecto, con este nuevo punto de vista, frente a cada una de las prohibiciones penales se realiza un juicio de corrección o incorrección, atendiendo a los potenciales infractores (cada vez menos se piensa como los autores utilitaristas clásicos que exista un potencial infractor de todas las prohibiciones) y a los múltiples medios de evitación de sus comportamientos indeseados de los que se dispone.

Desde tal punto de vista, la doctrina de justificación utilitarista propicia una importante renovación del derecho penal liberal; en una sociedad cada vez más sectorializada, cuesta mucho ver soluciones globales (como las que inspiraba la idea de código) y se hace necesario pensar sectorialmente todas las cuestiones. La tarea del penalista utilitarista se hace más global (debe tener conocimientos sobre los diferentes instrumentos de tutela) y, a la vez, menos generalizante (sus propuestas serán cada vez más parciales).

### 5.3. Modelo retribucionista

#### 5.3.1. Introducción

Los penalistas acostumbran a tratar del retribucionismo como doctrina de justificación en un apartado dedicado a las *teorías absolutas* de la pena (Véase por ejemplo Cobo/Vives 1987:607-610 y Bustos 1989:21-23). En dicho apartado se refiere a las doctrinas de I. Kant (1797) y G.W.F. Hegel (1821). Sin embargo en este epígrafe pretendemos presentar el retribucionismo como una doctrina de justificación de la sanción penal integrada en alguno de los modelos de justificación del derecho y del estado vigentes en la filosofía política actual. En este sentido algunos de los elementos introducidos por los clásicos representantes de esta doctrina pueden ser rescatados (la doctrina de Kant más que la de Hegel ofrece amplias posibilidades al respecto), mientras otros han de ser sencillamente ignorados.

Entre los aspectos rescatables se cuentan la idea de “merecimiento” como condición necesaria para la imposición de una pena y la idea de que ninguna maximización de algún bien colectivo justifica la violación de los derechos básicos de los seres humanos. Ambas ideas aparecen claramente en Kant (1797:147):

La sanción penal... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser toma-

do por instrumento de los designios de otro... El delincuente debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos.

Trataremos de presentar esta concepción a la luz de las doctrinas ético-políticas que, en los últimos años, han atacado el utilitarismo como una doctrina ético-política inadecuada puesto que ignora —dicho en palabras del autor de la doctrina de la justicia no utilitarista más influyente de nuestros días: J. Rawls (1971:3)— que “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede ignorar”. Quizás algunas frases de Hegel puedan ser leídas desde esta perspectiva: “Las teorías de la prevención... descuidan la consideración objetiva de la justicia, que es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito” (1821:159-160).

En cambio, otras afirmaciones de Hegel (algunas de ellas ya sugeridas por Kant) van a ser llanamente omitidas en esta presentación. No se presupone aquí nada semejante a que “la violencia se elimina con la violencia” (Hegel 1821:155) ni que el castigo sea “un derecho del delincuente mismo” (Hegel 1821:161). Tampoco pretendemos presentar una versión del retribucionismo que pueda ser vista como una reconstrucción de las ideas de estos autores.

La versión que deseamos exponer trata de ser una versión capaz de armonizar con alguna moderna teoría contractualista de la justicia, como es la de J. Rawls (39), de forma semejante a como pretende D.A. Hoekema (1980:241): “Una estrategia sustancialmente similar a la de Rawls es útil, en mi opinión, para desarrollar una teoría del castigo”, y con la convicción de que tal doctrina partiría de la base asumida por Hoekema (1980:241) cuando escribe:

Argüiré también que cualquier institución del castigo cuya estructura no tenga una base retributiva no conseguirá proteger adecuadamente los derechos de los individuos sujetos a ella.

---

(39) Presentar una doctrina retribucionista referida a la teoría de la justicia de Rawls tiene algunos inconvenientes: por una parte Rawls (1955:144-170) presentó una versión de la justificación del castigo —anterior a la teoría de la justicia que es claramente asequible a lo que llamaremos *modelo mixto* (vd. 5.4)—, aunque puede defenderse que en Rawls (1971) cambiaría su punto de vista (vd. en el mismo sentido, Morawetz 1987:224) y, por otra parte, desgraciadamente en *A Theory of Justice* no encontramos una doctrina de la justificación del castigo desarrollada sino solamente algunas interesantes reflexiones acerca de ella (vd. el mismo Rawls 1971:575). Confiamos en que estas pocas reflexiones sean suficientes para fundamentar nuestra presentación.

### 5.3.2. El contrato social y el deber de no dañar

Justificar una institución determinada es apelar a principios que muestren la corrección de dicha institución: es mostrar que la existencia de esa institución está de acuerdo con determinados principios (que se consideran correctos). Justificar la institución del castigo presupone la justificación de la coerción institucionalizada en una sociedad humana. La teoría de la justicia de Rawls ofrece un modelo que permite justificar la coerción si y sólo si se asume como correctos determinados principios definitorios de la expresión “sociedad humana justa” (los principios de justicia, lo que Rawls llama la justicia como equidad). Estos principios son, según Rawls, aquellos que cualquier persona sometida a determinadas restricciones aceptaría. Estas restricciones son las que hacen de su doctrina una doctrina deudora de la tradición contractualista en filosofía política (vd. la apelación de Rawls 1971:11 a Locke, Kant y Rousseau). Estas restricciones configuran lo que Rawls denomina la *posición original*: una posición tal en la que un conjunto de seres humanos auto-interesados, pero ignorantes de cual va a ser su lugar concreto en la sociedad —lo que Rawls denomina el *velo de la ignorancia*: ignorancia respecto del origen social, capacidades, intereses y preferencias— deciden que principios elegir para la organización de la vida en sociedad, para la organización de la cooperación y para la resolución de los conflictos. Según Rawls, dada esta configuración de la posición originaria los participantes en ella elegirían por unanimidad dos principios de justicia con el siguiente contenido (1971:302):

*Primer principio*: Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

*Segundo principio*: Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones: a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado “principio de la diferencia”), y b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

Para que el primer principio, que establece un amplio ámbito de libertades, sea efectivo es necesario establecer deberes (deberes naturales los llama Rawls 1971:114 y ss.). Aunque Rawls no presenta de forma articulada su concepción de los deberes naturales, a nosotros nos interesa ahora el establecimiento del deber de no dañar, el deber de no interferir en el ejercicio de las libertades de los demás.

Al establecer más detalladamente las cláusulas del contrato hipotético (el contrato realizado por personas auto-interesadas y racionales, pero bajo el velo de la ignorancia), sus participantes autorizarían el es-

tablecimiento de un sistema penal capaz de mantener el disfrute de las libertades (Vd. Rawls 1971:240) (40). Dicho en palabras de N. Lacey (1984:22), referidas a esta cuestión:

Uniendo la doctrina retribucionista del castigo con el punto de vista del contrato social de la obligación política, puede afirmarse, claramente, que aquellas formas de conducta que las personas que suscriben el contrato social hipotético acuerdan que deben ser sancionadas por el derecho penal está justificado sancionarlas. La imposición de la sanción restaura el balance moral que el ofensor ha alterado por no cumplir con sus (hipotéticamente asumidas) obligaciones políticas. En este sentido, él ha querido su propio castigo.

Según Rawls (1971:314), “el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos, aquellos que prohíben ofender a otras personas en su vida e integridad física, así como privarles de su libertad y propiedad y los castigos deben servir a este objetivo”.

En este sentido, puede afirmarse que los delincuentes *merecen* el castigo, puesto que acordaron hipotéticamente ser castigados para restaurar la vigencia de los principios de justicia. En palabras de Rawls (1971:576):

Cuando acuerdan las penas que estabilizan un esquema de cooperación las partes aceptan el mismo tipo de restricción sobre el auto-interés que el que están dispuestos a reconocer al elegir los principios de justicia en primer lugar. Una vez reconocidos estos principios desde el punto de vista de las razones ya convenidas, es racional autorizar las medidas necesarias para mantener las instituciones justas.

Uno podría objetar a esta versión de la doctrina de la justicia de Rawls, que el mismo Rawls desautoriza la idea de “merecimiento moral” (moral desert) como parte de su concepción (1971:310 y ss.). Sin embargo, a nuestro juicio, lo que Rawls desautoriza es el merecimiento como base para distribuir los beneficios (ingresos y riqueza) entre los miembros de una sociedad (el segundo principio de justicia rawlsiano se opone a esta concepción), pero no se opone al merecimiento como base para asignar los castigos, así parece sugerirlo su afirmación según la cual la justicia distributiva y la justicia retributiva no son puntos de vista opuestos (1971:315).

Una vez establecido que el fin justificante de las sanciones penales no puede ser otro que el mantenimiento de una sociedad bien ordena-

---

(40) No trataremos aquí el problema de si esta versión del retribucionismo presupone que el Estado tiene el deber de castigar en esos casos (*versión fuerte* o si únicamente dispone del derecho de castigar (*versión débil*). Vd., para esta cuestión, Eckhoff 1984:11-12. Aunque es preciso añadir que la versión débil sería difícil de distinguir de lo que aquí denominaremos *modelo mixto*.

da bajo los principios de justicia (hipotéticamente contratados) y que ello debe hacerse sobre la base de castigar a aquellos que merecen ser castigados por haber infringido sus deberes naturales, es necesario describir cómo debe ser un derecho penal acorde con estas características.

### 5.3.3. *Un modelo de derecho penal justo*

Rawls (1971:195-201) imagina una secuencia en cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa consiste en el establecimiento de los dos principios de justicia que ya conocemos. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia —básicamente con el segundo principio—. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a casos particulares por parte de los órganos encargados de resolver los conflictos en la sociedad. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular normas adecuadas para cada sociedad en concreto y por otra permite hacerlo de forma justa, puesto que todas las etapas respetan los principios de justicia.

En la segunda etapa, que establece un estado de derecho (“the Rule of Law”) ya encontramos todos los principios de un derecho penal justo (en el sentido de que está de acuerdo con los principios de justicia).

En primer lugar, los principios de *estricta legalidad* y de *estricta jurisdiccionalidad* derivan de la idea de estado de derecho como aseguradora de la libertad, el complejo de derecho y deberes, surgidos del primer principio de justicia (1971:238-239). Como Rawls señala “si el principio *nullum crimen sine lege* es violado, digamos por leyes vagas e imprecisas, la libertad con la que contamos es también vaga e imprecisa. Los límites de nuestra libertad devienen inciertos” (vd., la insistencia de Ferrajoli 1989:7 y ss. en este delicado punto). Es obvio, por otra parte, que el principio de estricta jurisdiccionalidad garantiza que sólo sea castigado aquel que merece serlo (por haber vulnerado el deber de no dañar).

En segundo lugar, el *principio de culpabilidad* (responsabilidad) también deriva de la idea de libertad:

Este principio es simplemente la consecuencia de contemplar un sistema jurídico como un orden de reglas públicas dirigidas a personas racionales para regular su cooperación, y dar el peso adecuado a la libertad. Creo que este punto de vista de la responsabilidad nos capacita para explicar la mayoría de causas de justificación y de ex-

clusión de la responsabilidad reconocidas por el derecho penal bajo el título de *mens rea* y que pueden servir como guía para la reforma del derecho (1971:241).

En tercer y último lugar, también la consideración de las personas como individuos racionales, nos lleva al *principio de proporcionalidad*, puesto que es legítimo pensar que el contrato requiera que sean castigadas más duramente aquellas conductas que atentan más contra el mantenimiento de los principios de justicia.

De esta forma, Rawls asegura que el derecho penal está justificado por cuanto es necesario para el mantenimiento del primer principio de justicia, pero no está justificado (como tal vez pensaría un utilitarista) porque maximice algún objetivo colectivo: “Ninguna pérdida de libertad ha sido aceptada por el incremento de beneficios sociales y económicos” (Rawls 1971:243). “Los argumentos para restringir la libertad proceden del principio de libertad mismo” (Rawls 1971:242) (41).

## 5.4. Modelo mixto

### 5.4.1. Introducción

En este epígrafe presentaremos las críticas que consideramos más fundamentadas a las dos doctrinas de justificación anteriormente expuestas. Algunos autores en atención a esas críticas han construido modelos de justificación de la sanción penal de carácter mixto, esto es, modelos que postulan como fines justificantes del derecho penal elemen-

---

(41) El retribucionismo así presentado es un retribucionismo de carácter liberal (kantiano), que concibe a la sociedad únicamente como un conjunto de individuos; si uno quiere presentar una versión atenta a las críticas comunitarias al liberalismo (críticas que el mismo Rawls ha tenido muy presentes en los últimos años), puede consultar A. Oldenquist (1988:464-478). Su argumentación es, en síntesis, como sigue:

1) Los seres humanos son innatamente animales sociales que pueden realizarse y alcanzar su humanidad completa sólo en sociedad.

2) Una sociedad humana es una comunidad moral.

3) Una comunidad moral es aquella tal que sus miembros son personalmente responsables del daño que infligen a sus semejantes y al bien común.

4) Sostener que las personas son responsables por el daño que infligen a sus semejantes y al bien común es considerarlas merecedoras de reprobación y castigo.

5) Considerar a las personas merecedoras de reprobación y castigo es aceptar moralmente la retribución.

Por lo tanto,

6) Los seres humanos pueden realizarse y alcanzar su humanidad completa sólo si aceptan moralmente la retribución.

tos tomados de la doctrina de justificación utilitarista y de la doctrina de justificación retribucionista, tratando con ello de construir un modelo menos vulnerable a la crítica.

#### 5.4.2. *Críticas a la doctrina de justificación utilitarista y a la doctrina de justificación retribucionista*

Los autores defensores de los que denominamos doctrina de justificación mixta han criticado a las doctrinas de justificación utilitaristas diversas cuestiones. Distinguiremos entre algunas críticas que, a nuestro entender, pueden ser descartadas, por no afectar a la presentación realizada en este trabajo de una doctrina de justificación utilitarista (DJU) y a otro tipo de críticas que, en cambio, si deben ser asumidas por DJU.

Algunas críticas realizadas desde el modelo mixto a DJU que consideramos descartables son las siguientes: a) para maximizar la efectividad del derecho penal tal vez en algunas ocasiones se debería castigar a los inocentes; b) para una mayor protección de los bienes se debería castigar comportamientos anteriores a los que producen el daño.

La crítica a) no afecta a DJU porque, con carácter general, parece correcto afirmar que si un ordenamiento jurídico aceptara castigar a individuos sin probar que ellos han realizado el hecho castigado, es previsible que disminuyera en forma grave el bien de la seguridad de los individuos. La previsible mayor efectividad del derecho penal (menos culpables se quedarían sin castigo), y por tanto el aumento de la felicidad colectiva, sería seguramente superado por la disminución de la felicidad originada por el miedo y por la alarma de los ciudadanos, aunque no sea de todos, a sufrir arbitrariamente castigos (42). Con todo ello no queremos decir que, en efecto, en algún caso límite, casi de laboratorio, un utilitarista no debiera llegar a la conclusión de que el castigo del inocente es la opción correcta (43).

En cuanto a la crítica b), según DJU en muchos casos se demostrará la utilidad de castigar determinados comportamientos anteriores a la producción de los daños que, en atención a leyes probabilísticas, pueden ser causalmente conectados a los daños (44). DJU deberá segura-

---

(42) Véase parecidas consideraciones en: Bentham (1838-1843a:448-449). También Rawls (1955:151-152) ha escrito que no podría justificarse en bases utilitaristas una institución (que él denomina "télishment") que autorizara a los jueces a castigar discrecionalmente a los inocentes en determinadas circunstancias.

(43) Véase uno de esos casos límites en McCloskey (1963:599) y, discutido, en Smart (1973:80-81). Curiosamente ésta era una objeción ya contemplada por J.S. Mill (1861:121).

(44) Piénsese en la posibilidad de que existan estudios descriptivos sobre las condiciones en que se dan accidentes de circulación, consiguiéndose aislar factores como el exceso de velocidad, el consumo de bebidas alcohólicas, el tomar curvas sin visibilidad por la izquierda, etc., que se producen en un número importante de casos. Y que en base a tal análisis se pueda formular alguna ley probabilística según la cual si se da alguna de

mente considerar justificado reducir la felicidad de los ciudadanos, al disminuir algunas esferas de la libertad de actuar y al imponerles más sanciones, si el beneficio obtenido con ello (la violencia evitada) es mayor. Pero, a nuestro entender, en los supuestos en que se plantea la efectividad del castigo anterior a la lesión, DJU dirá que no es necesario (y, por tanto, está injustificado) recurrir al derecho penal. En efecto, en los ámbitos en que se ha advertido la efectividad de estas sanciones anticipadas (en el ámbito de la circulación, del ambiente, del trabajo), parece factible sancionar mediante la privación de bienes de entidad menor, siempre que la disminución de severidad quede compensada con el aumento de la probabilidad de ser sancionado.

A nuestro entender, la crítica que causa mayores dificultades a un modelo utilitarista de justificación es aquel que dice que DJU debería admitir respecto de ciertos fenómenos una cierta reducción de la estricta jurisdiccionalidad (no ser castigado penalmente si no existe un proceso en el que teniendo el individuo todas las garantías de defensa se prueba que tal individuo ha realizado el hecho castigado por la ley penal). Ya Bentham, en contraste con otros penalistas de la ilustración (Beccaria, 1764:90), había cuestionado el alcance absoluto de la presunción de inocencia, señalando por ejemplo que el derecho al silencio del acusado no tenía una clara justificación desde el punto de vista utilitarista (Bentham, 1838-1843b:445-465). Padovani (1981:540-541) ve en estos argumentos de Bentham un claro precedente de los que modernamente justifican premiar la delación en relación a determinados delitos (terrorismo y crimen organizado) y usarla como principal medio de prueba. Y en el ámbito anglosajón, Hart (1973:38-39) y Twining (1985:95-100) han discutido estos argumentos de Bentham relacionándolos también con la discusión al respecto de la legislación penal inglesa.

No sorprende en consecuencia que también Ferrajoli (1989:781-783), en su defensa de un derecho penal sumamente garantista, critique con mucha contundencia estas posibles consecuencias del utilitarismo.

A las diversas versiones del retribucionismo se les ha objetado tradicionalmente que ellas no son más que una racionalización de la venganza (de la "lex talionis") o que la adecuación entre castigo y ofensa (la proporcionalidad) es, en la mayoría de casos, difícil de precisar (Rabossi, 1976:34-38). Sin embargo nuestra presentación del retribucionismo (DJR) no es susceptible de ningunas de estas críticas tradicionales. No hay ninguna concesión al deseo de venganza en DJR y la adecuación es aquella que sería hipotéticamente consensuada por personas racionales y autónomas.

Pensamos, en cambio, que hay un aspecto de esa doctrina susceptible de ser criticado: si el contrato que justifica la sanción penal es hipó-

---

tales variables se produce un accidente y, por tanto, queden dañados algunos bienes.

tético sólo hipotéticamente autoriza (u obliga) a castigar. El castigo está justificado moralmente si y sólo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo. Si las condiciones de vida de las personas de carne y hueso a las que el castigo debe aplicarse están tan alejadas de las condiciones establecidas por los seres noumenales que suscribirían el contrato hipotético, de forma que ya no es posible trazar entre ellas ninguna semejanza, el castigo no estaría justificado. Entonces, debería concluirse que el castigo no está justificado en muchos casos y esta no parece ser la conclusión que suelen extraer la mayoría de autores retribucionistas (45).

En resumen, ¿cómo puede un contrato hipotético justificar categóricamente? (Dworkin, 1977:234-275) y ¿cómo puede un contrato hipotético obligar a quienes viven en condiciones totalmente diversas de las establecidas en el contrato?

#### 5.4.3. Modelo mixto: conceptualización

Pese a la importancia de la utilidad, el valor de la persona humana impone una limitación fundamental al tipo y a la cantidad de la pena (Ferrajoli, 1989:393).

El fin justificante del derecho penal es para una doctrina de justificación mixta satisfacer la utilidad colectiva, salvo que para ello se deba vulnerar algún derecho considerado básico del individuo, en cuyo caso, la utilidad colectiva deberá ceder al fin de garantía de tales derechos.

Los defensores del modelo mixto acostumbran a ser partidarios de una doctrina, más o menos robusta, de derechos. Los derechos son contemplados por estos autores como restricciones a la maximización de algún bien colectivo. Esta concepción atribuye a la maximización de la utilidad colectiva, el carácter de fin general justificante de la sanción penal

---

(45) No obstante esta dificultad podría ser superada por los autores que, en el marco de una doctrina de justificación retribucionista, sustentaran la llamada concepción normativa de la culpabilidad, en base a la cual la ley penal debería considerar como circunstancia para eximir de responsabilidad penal o para atenuar tal responsabilidad, el que un individuo, al realizar un comportamiento castigado por la ley penal, dispusiera de unas condiciones (económicas, culturales, sociales), muy por debajo de lo que se consideran condiciones mínimas de vida. Sobre la concepción normativa de culpabilidad, véase una primera defensa en Frank (1907), una explicación histórica sobre su surgimiento de Padovani (1973) y una defensa reciente en Torio (1985).

Sin embargo, pese a incorporar como principio de distribución del castigo un criterio semejante al de la concepción normativa de la culpabilidad, llevando a no justificar el castigo en algunos casos (y a justificar un castigo menor en otros), cuando en efecto se produce este nivel de injusticia en el orden social, parece difícil justificar algún castigo en el mantenimiento de las condiciones de justicia.

pero contempla los derechos como un límite en la distribución de las sanciones. Quizás es Hart (1968:1-28), el más claro defensor de esta posición (46).

También la posición de Ferrajoli, debe ser contemplada como una versión del modelo mixto (Ferrajoli, 1989:243)(46 bis). Lo que es tal vez más destacable de la aportación del autor es su justificación de los límites a la maximización de la utilidad en base a una desarrollada teoría de derechos, que denomina garantismo penal.

A nuestro juicio, la sofisticada versión presentada por Ferrajoli (1989: caps. XII y XIV) del garantismo penal no es del todo consciente de los problemas de justificación de una robusta teoría de derechos (como la que él sustenta) desde una perspectiva consecuencialista (utilitarista) (47). Ferrajoli (1989:393) escribe: "Si se adopta la perspectiva de reforma del utilitarismo penal los argumentos utilitaristas no sólo concuerdan con los morales sino que vienen a precisarlos y reforzarlos", pero también (1989:364): "La idea utilitarista de la prevención, separada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales componentes del moderno autoritarismo penal".

Sea como fuere, Ferrajoli sostiene una doctrina del garantismo tal que el estado sólo aparece justificado como un *instrumento* de garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (1989:922-925).

(46) Rawls en un trabajo anterior a la teoría de la justicia (1955:144-170), a partir de una sofisticada versión del utilitarismo de las reglas (es decir: la concepción según la cual una regla es correcta si y sólo si su cumplimiento maximiza la felicidad y, por tanto, una acción es correcta si y sólo si está condenada por una regla correcta) sostuvo que hay que distinguir con claridad entre justificar una práctica (un conjunto de reglas que define una institución como el castigo) y justificar una acción particular en el ámbito de esa práctica.

Según Rawls, los argumentos utilitaristas son apropiados cuando nos referimos a cuestiones acerca de las prácticas, mientras los argumentos retribucionistas son apropiados para la aplicación de reglas particulares a casos particulares: "La justificación de lo que el juez hace en cuanto juez se fundamenta en el punto de vista retribucionista; la justificación de lo que el legislador (ideal) hace en cuanto legislador se fundamenta en el punto de vista utilitarista (p. 147). Véase una argumentación semejante en Hare (1981:164-165).

Nino (1980:197-268) ha defendido lo que denomina una "teoría consensual de la pena", según la cual el fin justificante del castigo es la minimización de los daños sociales, pero este fin está limitado por el consentimiento, consentimiento que presupone que sólo pueden ser castigadas aquellas personas que realizaron un comportamiento sabiendo que el derecho lo sancionaba. De forma semejante a como una persona resta obligada contractualmente por la realización de ciertos comportamientos (subir a un autobús, comer en un restaurante) porque consintió las consecuencias normativas de ellos, el delincuente resta obligado por consentir las consecuencias normativas del delito. De esta forma, según Nino, se evita infringir la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, se evita tratar a las personas como instrumentos y se las trata como fines.

(46 bis) En la conversación personal que mantuvimos con L. Ferrajoli, éste nos indicó que, a su juicio, su doctrina de justificación es una de las posibles versiones del utilitarismo (aunque, es obvio, un utilitarismo de especiales características).

(47) Una interesante justificación de los derechos desde una base consecuencialista ha sido intentada recientemente por Sumner (1987:163-198).

Entre estos derechos fundamentales no sólo se incluyen las libertades negativas del estado liberal sino también los derechos sociales del estado social (1989:901-905). El fin del derecho en su doctrina garantista es la minimización del poder en todas sus expresiones para permitir la maximización de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y el fin del derecho penal es la minimización de la violencia arbitraria por parte de los individuos y, también, por parte del estado (1989:975). Por ello, en esta doctrina sólo está justificado el castigo cuando, por una parte la sanción es necesaria para minimizar la violencia arbitraria de los ciudadanos y, por otra parte, quedan garantizados los derechos de todos los ciudadanos (también de los delincuentes), minimizando así la violencia arbitraria del estado.

La doctrina de justificación defendida por Ferrajoli, la doctrina del garantismo penal, se toma tan “en serio” los derechos que presenta unas razones capaces de desvirtuar cualquier justificación a instituciones (como la prisión preventiva) que incluso los autores más autocalificados de liberales han considerado imprescindibles para mantener la convivencia social (Ferrajoli, 1989:803-810). En el mismo sentido, Ferrajoli no contempla el castigo como un deber del Estado sino sólo como un derecho, ya que incluso cumpliéndose con todas las condiciones que autorizan el castigo, el juez deberá disponer de un poder de equidad para atender a las circunstancias personales del individuo que pueden llevar, por grave que sea el delito, a la atenuación de la pena e incluso a la no imposición de pena. En resumen, la obligación del juez en el modelo garantista de Ferrajoli establece rígidamente límites máximos al castigo pero deja abiertos los límites mínimos (Ferrajoli, 1989:135-147).

Para terminar, el problema más importante que debe soportar una justificación mixta del castigo es a nuestro entender el siguiente: si los derechos son un límite a la utilidad colectiva entonces deberán estar basados en alguna teoría de la justicia de carácter no consecuencialista y, en este sentido, puede sostenerse que tal justificación del castigo es en su estructura de carácter retribucionista y si, en cambio, los derechos pueden ser justificados en alguna doctrina consecuencialista como es el utilitarismo, entonces, en tal caso, la justificación es, en realidad, de carácter utilitarista.

## 6. CONCLUSIONES

La obra de Ferrajoli, de cuya lectura surgió la iniciativa de escribir este artículo, suscita importantes interrogantes para quien quiera adentrarse en el ámbito de la ciencia jurídica. En este trabajo, hemos sostenido la importancia de describir clara y minuciosamente las normas jurídico-penales. Una noción de interpretación como NEI permite realizar esta actividad descriptiva con un destacado valor cognoscitivo y de

esta actividad pueden beneficiarse tanto los legisladores como los operadores jurídicos en general.

La distinción entre describir las normas penales y hacer recomendaciones para su reforma y aplicación permite una discusión más clara tanto respecto a cuestiones interpretativas como a cuestiones de justificación. La justificación requiere un amplio conocimiento sociológico de las funciones cumplidas por el derecho penal. Es ocioso discutir acerca de si una norma penal (o una sentencia judicial) está justificada si se carece de los conocimientos acerca de las consecuencias sociales de dicha norma (o sentencia). Por otra parte, la descripción del ordenamiento jurídico penal sin una descripción complementaria de las relaciones sociales reguladas por tal ordenamiento es una descripción parcial e insuficiente.

Tal vez el punto más delicado de esta forma de proceder sea la articulación de una doctrina que presente los fines justificantes del derecho penal. En este trabajo hemos presentado tres doctrinas de justificación. Obviamente existen otras doctrinas de justificación. Pero las tres doctrinas presentadas pueden ser sostenidas desde una posición liberal respecto al derecho y al Estado. Por esa razón, aunque los argumentos de justificación difieren en forma significativa, el modelo de derecho penal que consideran justificado tiene unas características semejantes. En este sentido, estamos de acuerdo con Feinberg (1984:18), cuando escribe: "el progreso en las penúltimas cuestiones no necesita esperar la solución para las últimas". A pesar de ello, creemos que una profundización en estas doctrinas y un mayor conocimiento sociológico de la realidad, necesario para averiguar si una determinada regulación penal está justificada de acuerdo a la capacidad de contribuir al logro de los fines justificantes llevaría, tal vez, a una más clara delimitación de las controversias en relación a cuestiones de justificación. También así se facilita que el jurista, advirtiendo las consecuencias del modelo que propone, esté más dispuesto a reformularlo.

Esta forma de presentar estas doctrinas clásicas de justificación del castigo tiene la virtud, en nuestra opinión, de relacionarlas con la discusión contemporánea acerca de problemas de justificación más generales, que ocupan a los filósofos de la política.

Queremos acabar este artículo señalando que buena parte de la discusión entre la doctrina penal española puede ser contemplada a la luz de las tres doctrinas de justificación aquí presentadas. A menudo las propuestas de reforma de la legislación y, más importante aún, las propuestas de aplicación del derecho penal, responden a posiciones distintas respecto a los fines que los autores consideran adecuados para justificar la legislación penal. También el amplio acuerdo que sobre determinadas cuestiones reina en la doctrina penal española actual es fruto de un acuerdo sobre lo que unas líneas más arriba denominábamos cuestiones penúltimas. Sin ningún ánimo de exhaustividad, puede señalarse a Gim-

bernat como el más claro representante en la doctrina española de un doctrina de justificación cercana a DJU (48); es más difícil encontrar algún autor que se aproxime a DJR (49); en cambio, buena parte de la doctrina penal española mantiene posiciones cercanas a DJM (50).

## BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRON, Carlos E. (1986): "Systematization and Change in the Science of Law" en T. Eckhoff, L.M. Friedman y J. Uusitalo (Hrsg.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart. Rechtstheorie 10*, Berlín: Dunc-ker & Humblot, 171-184.

ANTON ONECA, José (1944): *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca: Universidad de Salamanca.

BAJO FERNANDEZ, Miguel (1979): "Prólogo" en H. Zipf, *Introducción a la política criminal*, Madrid: Revista de derecho privado, XI-XV.

— (1986): *Manual de derecho penal. Parte especial*, vol. I: *Delitos contra las personas*, Madrid: Ceura.

BARBERO SANTOS, Marino (1958): "Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad con especial referencia al derecho italiano y alemán", reeditado en *Estudios de criminología y derecho penal*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1972: 13-61.

BECCARIA, Cesare (1764): *Dei delitti e delle pene*, trad. de J.A. de las Casas, *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza editorial, 1980, 2ª edición.

BENTHAM, Jeremy (1789): *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed J.H. Burns y H.L.A. Hart, London/New York: Methuen, 1982.

— (1838-1843a): *Principles of Penal Law*, en *The Works of Jeremy Bentham, I*, editado y publicado por J. Bowring, Edinburgh: William Tait.

— (1834-1843b): *Rationale of Judicial Evidence*, en *The Works of Jeremy Bentham, VI-VII*, cit.

---

(48) Véase el siguiente texto del autor: "El reproche más grave puede hacerse al legislador es que una pena sea —en absoluto o en su rigor— innecesaria, que se cause mayor padecimiento del absolutamente imprescindible, pues puedo aceptar y conformarme con ello que se me prive de libertad, aunque sea para mí muy doloroso si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve a la convivencia social —bien porque el comportamiento humano no necesita ser reprimido, bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad — (Gimbernat, 1971:100-101). En la moderna doctrina penal española el precedente más claro de una fundamentación utilitarista se encuentra en la obra de Antón Oneca (1944). También en las obras de Luzón Peña (1982) y Muñoz Conde (1985) pueden hallarse importantes puntos de concordancia con DJU.

(49) Algunos aspectos de la obra de Quintano pueden ser vistos desde tal perspectiva (1960). En algún momento de su obra autores como Barbero (1958) y Rodríguez Mourullo (1965) se acercaron también a DJR. Más recientemente Cerezo (1976 y 1980) y Bajo (1979) defienden también, un modelo retribucionista de carácter liberal.

(50) Es destacable la obra de Roxin (1966) porque su doctrina mixta de justificación tuvo gran influencia en España. Quizás la monografía más destacada, escrita en clave polémica con la doctrina utilitarista defendida por Gimbernat, es la de Córdoba (1977). Esta concepción ha sido también mantenida por Cobo/Vives (1987) y Mir (1976).

BIANCHI, Herman (1986): "Propuestas de abolición del sistema penal. El modelo de asenso y los procedimientos de "arreglo de disputas" ", *Estudios de Deusto*, 34/1:203-228.

BOBBIO, Norberto (1989): "Prefazione", en L. Ferrajoli (1989), pp. VI-XIV.

BRICOLA, Franco (1988): "Rapporti tra dommatica e politica criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 31:3-35.

BULYGIN, Eugenio (1986): "Legal Dogmatics and the Systematization of Law" en T. Eckhoff, L.M. Friedman y J. Uusitalo (vd. Alchourrón 1986), 193-210.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1989): *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona: Ariel.

CALSAMIGLIA, Albert (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona: Ariel.

CARRIO, Genaro R. (1990): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CEREZO MIR, José (1976): *Curso de derecho penal español*, Madrid: Tecnos.

— (1980): "Culpabilidad y pena", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 33:347-366.

COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTON, Tomás S. (1987): *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

CORDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona: Bosch.

DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*, trad. castellana de M. Gustavo, Barcelona: Ariel, 1984.

ECKHOFF, Torstein (1984): "Justifications of Punishment", en A. Duff y N. Simmonds (eds.), *Philosophy and the Criminal Law. Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie. Beiheft n° 19*, Wiesbaden GmbH: Franz Steiner.

FEINBERG, Joel (1984): *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: *Harm to others*, New York/Oxford: Oxford University Press.

FERRAJOLI, Luigi (1983): "La semantica della teoria del diritto", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano: Giuffrè, 1983, pp. 81-130.

— (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.

FRANK, Reinhart (1907): "Über des aufbau des Schuld begriffs", trad. castellana de S. Soler, *Estructura del concepto de culpabilidad*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1971): "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca: Secretariado de información e intercambio científico Universidad de Salamanca, 87-109

— (1972): "Inducción y auxilio al suicidio", reeditado en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1989, 275-286.

GIZBERT-STUDNICK, Tomasz (1977): "Lexicography and Interpretation of Law", *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 63:161-178.

GOMEZ BENITEZ, Jose Manuel (1984): *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas.

HARE, Richard M. (1981): *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Oxford: Clarendon Press.

HART, Herbert (1961): *The Concept of Law*, trad. castella de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 1963.

— (1968): *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press.

— (1973): “The Demystification of the Law”, reeditado en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, 21-39.

HASSEMER, Wiefred (1981): *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, trad. Castellana de F. Muñoz Conde y L. Arroyo, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1821): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. de J.L. Verma, *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona: Edhasa, 1988.

HERNANDEZ MARIN, Rafael (1989): *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona: Promoción publicaciones universitarias.

HOEKEMA, David A. (1980): “The Right to Punish and the Right to be punished”, en H. G. Blocker y E.H. Smith (eds.), *John Rawls' Theory of Social Justice. An Introduction*, Athens (Ohio): Ohio University Press.

JESCHECK, Hans Heinrich (1978): *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª ed., trad. castellana de S. Mir y F. Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Bosch, 1981.

KANT, Immanuel (1797): *Metaphisik der Sitten*, trad. parcial castellana en *Principios metafísicos del derecho* (sin indicación de traductor), Buenos Aires: Américalee, 1974.

KELSEN, Hans (1960): *Reine Rechtslehre*, trad. castellana de R. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México: UNAM, 1979.

LACEY, Nicola (1984): “Punishment, Justice and Consequentialism: a Reply to professor Eckhoff”, en A. Duff y N. Simmonds (eds.), cit. (véase Eckhoff).

LARENZ, Karl (1979): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., trad. castellana de M. Rodríguez Molinero, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1980.

LUZON PEÑA, Diego Manuel (1982): “Prevención general y psicoanálisis”, en S. Mir (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Ballaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 141-157.

MCCLOSKEY, H.J. (1963): “A Note on Utilitarian Punishment”, *Mind*, 72:599-600.

MILL, John Stuart (1861): *Utilitarianism*, trad. castellana de Esperanza Guisán, *El utilitarismo*, Madrid: Alianza Editorial, 1984.

MIR PUIG, Santiago (1976): *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona: Bosch.

— (1985): *Derecho penal. Parte general (fundamentos y teoría del delito)*, 2ª ed., Barcelona: Promoción publicaciones universitarias.

MORAWETZ, Thomas (1987): “Comment” en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 221-237.

MOSTERIN, Jesús (1987): *Racionalidad y acción humana*, 2ª ed., Madrid: Alianza editorial.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1981): “Adiciones”, en Jescheck (1978).  
— (1985): *Derecho penal y control social*, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.

— (1989): *Teoría general del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NINO, Carlos Santiago (1974): *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: UNAM.

— (1980): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.

— (1983): *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel.

— (1985): *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.

— (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires: Astrea.

OLDENQUIST, Andrew (1988): "An Explanation of Retribution", *The Journal of Philosophy*, 85:464-478.

PADOVANI, Tullio (1973): "Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza" en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 16:554-569.

— (1981): "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento", en *Rivista italiana di diritto e procedure penale*, 24:529-545.

QUINE, Willard van Orman (1970): *Philosophy of Logic*, trad. castellana de M. Sacristán, *Filosofía de la lógica*, Madrid: Alianza editorial, 1973.

— (1978): "Use and Its Place in Meaning" en *Erkenntnis*, 13:1-8.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio (1960): "Culpabilidad y prevención como premisas lógicas de la justicia penal", en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, Santiago: Universidad de Santiago, 1027-1041.

RABOSI, Eduardo A. (1976): *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires: Astrea.

RAZ, Joseph, (1970): *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford: Oxford University Press.

RAWLS, John (1955): "Two Concepts of Rules", reeditado en P.H. Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 1967: 144-170.

— (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts): The Belnap Press of Harvard University Press.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1965): "Significado político y fundamento ético de la pena y de las medidas de seguridad", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 219:759-791.

ROSS, Alf (1953): *Om ret og ret faerdighed. En indforelse i den analytiske rets filosofi*, trad. castellana de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1970.

— (1970): *Skyld, ansvar og straf*, trad. italiana de B. Bendixen y P.L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano: Giuffrè, 1972.

ROXIN, Claus (1966): "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", trad. castellana de D. Luzón Peña, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos de derecho penal*, Madrid: Reus, 1976, 11-36.

SMART, J.J.C. (1973): *Utilitarianism: for and against*, trad. castellana de J. Rodríguez Marín, *Utilitarismo: pro y contra*, Madrid: Tecnos.

SUMNER, L.W. (1987): *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: Basil Blackwell.

TORIO LOPEZ, Angel (1985): "El concepto individual de culpabilidad" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 38:285-301.

— (1989): "Racionalidad y relatividad de las teorías jurídicas del delito", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42:489-519.

TWINING, William L. (1985): *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, London: Weidenfeld & Nicolson.

## SECCION LEGISLATIVA

### Disposiciones (\*)

**LEY 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado («B.O.E.» 8 de enero de 1991).**

El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada «culpa in vigilando», concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente.

Ello induce a modificar el régimen de responsabilidad a fin de establecer que quien responda de los daños ocasionados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1.904 del Código Civil, el titular puede reclamar al personal docente la cantidad satisfecha.

#### *Artículo 1*

Se modifica el artículo 22 del Código Penal, que queda redactado del modo siguiente:

«La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio.

Igualmente, será extensiva dicha responsabilidad subsidiaria a las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo, menores de dieciocho años, durante los periodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

---

(\*) Sección elaborada por la redacción de la Revista.

*Artículo 2*

Se suprime el párrafo quinto del artículo 1.903 del Código Civil.

El párrafo sexto de dicho artículo queda redactado en los siguientes términos:

«Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

*Artículo 3*

El artículo 1.904 del Código Civil tendrá la siguiente redacción:

«El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño».

**LEY ORGANICA 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal, y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del Tráfico de influencias. («B.O.E.» 27 de marzo de 1991).**

*Artículo 1*

Los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal quedan redactados del modo siguiente:

*«Artículo 367*

El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial.

Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

*Artículo 368*

El funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero, será castigado con las penas de

inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial.

A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo públicos y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

#### *Artículo 390*

El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triple del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas.»

#### *Artículo 2*

El Capítulo IV del título VII del Libro II del Código Penal tendrá la siguiente rúbrica: «De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido.»

#### *Artículo 3*

Se introduce en el Código Penal un nuevo Capítulo XIII del Título VII del Libro II con la rúbrica «Del tráfico de influencias», y con los siguientes artículos:

##### *«Artículo 404 bis a)*

El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

##### *Artículo 404 bis b)*

El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

##### *Artículo 404 bis c)*

Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades, o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor.

Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profe-

sional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.»

### **DISPOSICION DEROGATORIA**

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica.

### **DISPOSICION FINAL**

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

**TRATADO de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Australia, hecho en Madrid el 3 de julio de 1989. («B.O.E.» 12 de enero de 1991)**

### **EL REINO DE ESPAÑA Y AUSTRALIA**

*Animados* por el deseo de cooperar para facilitar la administración de la justicia en materia penal,

*Han resuelto* concluir un Tratado de asistencia mutua en los siguiente términos:

#### **ARTICULO I**

##### *Ambito de aplicación*

1. Los Estados Contratantes, de acuerdo con las disposiciones de este Tratado, se prestarán asistencia en la práctica de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal por delitos cuyo conocimiento sea competencia de las autoridades judiciales del Estado requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada.

2. La asistencia se prestará también en relación con los delitos fiscales y con los delitos en materia de control de cambios.

3. La asistencia no incluirá:

- a) El arresto o detención de una persona a efectos de extradición.
- b) La ejecución en el Estado requerido de una sentencia penal dictada en el

Estado requirente, excepto la medida en que lo permita la legislación del Estado requerido y el artículo 15 de este Tratado.

- c) El traslado de condenas para cumplimiento de penas; y
- d) La asistencia en la investigación y persecución de delitos estrictamente militares.

4. La asistencia podrá prestarse en interés de la justicia, incluso si el hecho no es punible, de acuerdo con la legislación del Estado requerido y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5 de este artículo.

5. Cuando la solicitud de asistencia tuviese por objeto un registro domiciliario, un embargo o aseguramiento de bienes, sólo se ejecutará la solicitud si el delito respecto al cual se solicita la asistencia lo es también de acuerdo con la legislación del Estado requerido.

## ARTICULO 2

### *Denegación de la asistencia*

La asistencia podrá ser rehusada:

a) Si la solicitud se refiere a delitos de carácter político o conexos con delitos de este tipo, en opinión del Estado requerido. La mera alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará por sí como un delito de carácter político. A los fines de este Tratado no serán considerados como delitos políticos:

- i) El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno o de un miembro de su familia.
- ii) Un delito contra la legislación relativa al genocidio; o
- iii) Cualquier delito que se especifique en los Acuerdos internacionales en los que sean partes ambos Estados Contratantes.

b) Si la solicitud puede afectar a la soberanía, la seguridad u otros intereses públicos esenciales del Estado requerido o por cualquier otra razón prevista en su legislación.

c) Si en relación al delito objeto de la solicitud, la persona ha sido absuelta o ha cumplido la condena en cualquiera de los dos Estados o en un tercer Estado; o

d) Si el fin de la solicitud fuese perseguir a una persona por motivos de raza, religión, opiniones políticas, nacionalidad o sexo, o corriese el riesgo de que su situación fuese agravada por alguno de estos motivos.

## ARTICULO 3

### *Autoridades competentes y Autoridad central*

1. La solicitud de asistencia podrá ser formulada por persona autorizada conforme a la legislación del Estado requirente, que sea autoridad judicial o Fiscal general, o sus delegados o miembros del Ministerio Fiscal.

2. Los Estados Contratantes designarán una Autoridad central para transmi-

tir y recibir las solicitudes objeto de este Tratado. En tanto no se designen otras autoridades, la Autoridad central de España será la Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, y la Autoridad central de Australia, el Attorney General's Department, Canberra. Cuando un Estado Contratante designe otra Autoridad central lo comunicará al otro Estado por vía diplomática.

3. La solicitud de asistencia se remitirá por vía diplomática. Sin embargo, en caso de urgencia, la solicitud se remitirá a través de la Autoridad central y se confirmará, tan pronto como sea posible, por vía diplomática.

4. Los Estados Contratantes pueden encomendar a sus Cónsules la práctica de diligencias permitidas por la legislación del Estado de Acreditación.

#### ARTICULO 4

##### *Ejecución de las solicitudes*

1. La solicitud se ejecutará de acuerdo con la legislación del Estado requerido y deberá limitarse a las diligencias expresamente solicitadas.

2. El Estado requerido deberá informar con prontitud al Estado requerimiento en el caso de que no ejecutase, en todo o en parte, la solicitud, con expresión de las razones.

3. Antes de rechazar la ejecución de una solicitud de asistencia, el Estado requerido considerará si aquella puede aceptarse, con sujeción a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado requirente aceptara la asistencia bajo tales condiciones, quedará sujeto a ellas.

4. El Estado requerido deberá notificar al Estado requirente los resultados de la solicitud.

#### ARTICULO 5

##### *Obtención de pruebas en el Estado requerido*

1. El Estado requerido deberá practicar las pruebas solicitadas de testigos y Peritos.

2. Si la persona requerida no comparece a la citación, se niega o no puede practicar la prueba o da falso testimonio, el Estado requerido deberá aplicar las disposiciones y sanciones previstas por su legislación.

#### ARTICULO 6

##### *Intervención de representantes*

1. Si el Estado requirente lo solicita expresamente, será informado de la fecha y lugar de ejecución de la solicitud.

2. Cuando, de acuerdo con una solicitud de asistencia, una persona hubiera de prestar declaración en relación a un procedimiento que se sigue en el Estado requirente, las partes interesadas en dicho procedimiento, sus representantes legales

o los representantes del Estado requirente podrán estar presentes e interrogar a dicha persona, de acuerdo con la legislación del Estado requerido.

## ARTICULO 7

### *Envío y devolución de documentos y objetos*

1. En respuesta a la solicitud, el Estado requerido:
  - a) Enviará copias certificadas, salvo que la Parte requirente pida expresamente los originales; o
  - b) Puede rehusar o posponer la entrega de material o documentos originales si su legislación no lo permite o son necesarios en un procedimiento ante sus tribunales.
2. Los objetos o documentos que se entreguen en ejecución de una solicitud serán devueltos lo antes posible al Estado requerido, a menos que éste renuncie a su devolución.

## ARTICULO 8

### *Entrega de documentos y objetos*

1. Si la solicitud tuviese por finalidad la entrega de documentos u objetos, el Estado requerido procederá a su entrega.
2. La entrega se realizará de acuerdo con la legislación del Estado requerido, y se acreditará mediante un recibo fechado y firmado por el destinatario o mediante certificación de la Autoridad central u otra Autoridad competente. Uno u otro de estos documentos serán enviados al Estado requirente, y si la entrega no se hubiese podido efectuar, se expresarán las razones.

## ARTICULO 9

### *Comparecencia de personas en el Estado requirente*

1. El Estado requirente podrá solicitar asistencia del Estado requerido para la comparecencia de testigos o Peritos en diligencias en un procedimiento penal en el Estado requirente, salvo que se trate del inculpado, o para tomar parte en investigaciones de aquel tipo.
2. Las solicitudes del párrafo 1 de este artículo incluirán una declaración explicativa de las razones que llevan al Estado requirente a considerar especialmente necesaria la citada comparecencia en ese Estado.
3. El Estado requerido exhortará a la persona designada en la solicitud a cumplimentarla e informará al Estado requirente de su respuesta.
4. Ninguna de las medidas coercitivas o penas previstas por la legislación del Estado requirente serán de aplicación si la persona no consiente.
5. Si la solicitud para comparecer en el Estado no se hubiera recibido al me-

nos cuarenta y cinco días antes de la fecha prevista para las diligencias, ésta podrá ser denegada. El Estado requirente tendrá este plazo en cuenta a la hora de realizar la solicitud.

6. La solicitud deberá mencionar el importe de los viáticos, dietas y cantidades que haya de percibir la persona citada con motivo de su traslado.

## ARTICULO 10

### *Comparecencia de detenidos en el Estado requirente*

1. Podrá citarse para declarar como testigo en procedimientos penales del Estado requirente a una persona que se encuentre detenida en el territorio del Estado requerido e igualmente se la podrá citar para participar en investigaciones, y a este fin podrá ser transferida temporalmente siempre y cuando sea devuelta al Estado requerido dentro del plazo otorgado por el mismo y sujeto a lo establecido en el artículo 9 en la medida en que éste sea aplicable.

2. No se autorizará el traslado:

- a) Si la persona detenida no consiente en ello.
- b) Si su presencia fuere necesaria en un proceso penal en curso.
- c) Si el traslado puede provocar una prolongación de su detención; o
- d) Si el Estado requerido aduce una grave razón que se oponga al traslado.

3. La persona trasladada deberá ser mantenida bajo custodia en el territorio del Estado requirente, salvo que el Estado requerido permitiese su puesta en libertad. La persona detenida será tratada, en este caso, y a partir de aquel momento, en los términos establecidos en el artículo 9.

## ARTICULO 11

### *Salvoconducto e inmunidad*

1. Una persona que consienta en dar testimonio o participar en investigaciones en el Estado requirente, según lo establecido en los artículos 9 ó 10, y mientras esté en el Estado requirente con motivo de una solicitud de éste, no podrá:

a) Ser detenida, perseguida o castigada en ese Estado por delitos o sometida a un procedimiento civil al que no quedaría sometida sino por su presencia en ese Estado, por hechos y omisiones anteriores a su salida del territorio del Estado requerido; o

b) Sin su consentimiento ser requerida para dar testimonio en procedimiento no especificado en la solicitud.

2. La inmunidad prevista en el párrafo anterior cesará cuando la persona prolongue voluntariamente su estancia en el territorio del Estado requirente más de treinta días a partir del momento en que su presencia no fuera exigida por este Estado, o en caso de haberse ausentado, hubiera vuelto a él voluntariamente.

3. Las personas que comparezcan en un proceso en el Estado requirente, al amparo de los artículos 9 ó 10, no podrán ser perseguidas en base a su testimonio salvo en caso de desacato o falso testimonio.

## ARTICULO 12

*Entrega de documentos públicos y oficiales*

1. El Estado requerido facilitará copias de cualesquiera documentos o informaciones que obren en archivos de carácter público, o que sean accesibles al público en cualquier forma, incluida su adquisición.

2. El Estado requerido podrá discrecionalmente facilitar copias de cualesquiera documentos oficiales o informaciones que obren en archivos oficiales, en igual forma y en las mismas condiciones en que lo harían en sus propias Autoridades judiciales o al Ministerio público.

## ARTICULO 13

*Remisión de antecedentes penales y notificación de sentencias condenatorias*

1. Cuando uno de los Estados Contratantes solicitase del otro Estado antecedentes penales de una persona, deberá expresar las razones de la solicitud. Los antecedentes penales serán comunicados si no lo prohíbe la legislación del Estado requerido.

2. Los Estados Contratantes deberán, en la medida de lo posible, notificarse las sentencias condenatorias con pena privativa de libertad impuestas a los nacionales del otro Estado.

## ARTICULO 14

*Búsqueda y embargo*

El Estado requerido, en la medida en que lo permita su legislación, cumplimentará las peticiones de búsqueda, embargo y entrega de cualquier material al Estado requirente siempre que la petición contenga información que justifique tal actuación bajo las leyes del Estado requerido.

## ARTICULO 15

*Productos del delito*

1. Previa petición, el Estado requerido procurará localizar cualesquiera propiedades o bienes de una persona contra la que se haya dictado o pueda dictarse, por un Tribunal del Estado requirente, en relación con una sentencia penal, una orden de confiscación, una pena pecuniaria, una indemnización o cualquier otra orden de efectos similares.

2. El Estado requirente deberá observar todas las condiciones impuestas por el Estado requerido en relación con cualquier propiedad embargada que sea entregada al Estado requirente.

3. Cuando sean localizados propiedades o bienes, conforme a lo previsto en

el párrafo 1, el Estado requerido podrá participar en, o iniciar, los procedimientos que permita su legislación para enviar cualquier transacción, transferencia o disposición de ellos mientras esté pendiente una decisión final sobre aquellas propiedades o bienes en los procedimientos seguidos ante un Tribunal del Estado requirente o del Estado requerido.

5. En la aplicación de este artículo se respetarán los derechos de los terceros de buena fe.

6. Este artículo es también aplicable a los instrumentos utilizados en la comisión del delito.

## ARTICULO 16

### *Confidencialidad*

1. El Estado requerido, si así se le solicita, deberá mantener la confidencialidad sobre la petición de asistencia, el contenido de la solicitud y de los documentos que la apoyan, así como el hecho de concederla o denegarla. Si la solicitud no puede ser ejecutada sin quebrantar la confidencialidad, el Estado requerido deberá informarlo así al Estado requirente, quien determinará si la solicitud puede ser ejecutada sin carácter confidencial.

2. El Estado requirente, si así se le solicita, deberá mantener la confidencialidad de las pruebas e informaciones suministradas por el Estado requerido, excepto en cuanto tales pruebas e informaciones sean necesarias para la investigación y diligencias descritas en la solicitud.

3. El Estado requirente no podrá usar las pruebas obtenidas para otros fines que los especificados en la solicitud sin previo consentimiento del Estado requerido.

## ARTICULO 17

### *Contenido de las solicitudes*

1. La solicitud de asistencia deberá contener las indicaciones siguientes:

a) La Autoridad competente de la que emana la solicitud.  
b) La descripción de la naturaleza del asunto penal, incluyendo un relato de los hechos más relevantes y legislación aplicable, excepto cuando se trate de la entrega de documentos u objetos.

c) En la medida de lo posible, la identidad, nacionalidad y localización de la persona o personas que son objeto de la investigación o diligencia.

d) La descripción precisa de la asistencia requerida y cualquier otra información que se estime útil para facilitar el efectivo cumplimiento de la solicitud.

e) Indicaciones sobre procedimientos o requerimientos especiales que el Estado requirente desee se practiquen; y

f) Los requisitos, si los hubiere, para pedir confidencialidad y las razones para ello.

2. La solicitud y los documentos que la apoyan se transmitirán en la lengua del Estado requirente.

ARTICULO 18

*Autenticación*

Cuando se solicitase la autenticación, todo material o documento se considerará auténtico para los fines de este Tratado, si:

- a) Está firmado o certificado por un Juez, Magistrado o funcionario público en o del Estado remitente; y
- b) Está autenticado mediante sello público u oficial del Estado remitente.

ARTICULO 19

*Representación*

El Estado requerido representará al Estado requirente en la ejecución de cualquier petición derivada de este Tratado.

ARTICULO 20

*Gastos*

El Estado requerido cubrirá el costo de cumplimentar la petición de asistencia, con la salvedad de que el Estado requirente costeará:

- a) Los gastos derivados de trasladar una persona hacia o desde el territorio del Estado requerido, y cualesquiera honorarios, dietas o indemnizaciones a esa persona mientras se encuentre en el Estado requirente por causa de una petición realizada conforme a los artículos 9 ó 10.
- b) Los gastos derivados del traslado de funcionarios de custodia o escolta; y
- c) Los gastos excepcionales para cumplimentar la petición, cuando así lo solicite el Estado requerido.

ARTICULO 21

*Vigencia de otros tratados y acuerdos*

El presente Tratado no derogará las obligaciones existentes entre los Estados Contratantes que deriven de otros Tratados, Convenios o Acuerdos de otra naturaleza, ni impedirá que los Estados Contratantes se proporcionen asistencia entre sí, de acuerdo con otros Tratados o Convenios.

ARTICULO 22

*Entrada en vigor y terminación*

1. El presente tratado entrará en vigor el último día del mes siguiente al mes

en que los Estados Contratantes se hayan notificado por escrito a través de la vía diplomática que se han cumplido sus respectivos requisitos para la entrada en vigor.

2. Cualquiera de los Estados Contratantes puede dar por terminado este Tratado notificándolo por escrito en cualquier momento, y dejará de estar en vigor el último día del tercer mes siguiente a aquel en que se reciba la notificación.

*En fe de lo cual*, los abajo firmantes, debidamente autorizados a este efecto por sus respectivos Gobiernos, firman el presente Tratado.

Hecho en Madrid el día tres de julio de mil novecientos ochenta y nueve, en español e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El presente Tratado entrará en vigor el 31 de enero de 1991, último día del mes siguiente al mes en que las Partes se han notificado recíprocamente el cumplimiento de sus respectivos requisitos, según se establece en su artículo 22. La notificación española es de fecha 27 de noviembre de 1990, y la australiana, de 20 de diciembre de 1990.

**INSTRUMENTO de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952. («B.O.E.» 12 de enero de 1991)**

JUAN CARLOS I  
REY DE ESPAÑA

*Por cuanto* el día 23 de febrero de 1978, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952.

*Vistos y examinados* los seis artículos de dicho Protocolo,

*Concedida* por la Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

*Vengo en aprobar y ratificar* cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, mando expedir este instrumento de ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con las siguientes reserva y declaración:

Reserva: España, a tenor del artículo 64 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, deseando evitar cualquier incertidumbre en lo que se refiere a la aplicación del artículo 1.º del Protocolo, formula reserva, a la luz del artículo 33 de la Constitución Española, que establece:

- «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

Declaración: España, de conformidad con el artículo 5.º del Protocolo Adicional, reitera sus declaraciones formuladas en relación con los artículos 25 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por consiguiente reconoce la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las demandas suscitadas con motivo de hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación del Protocolo Adicional, y, en particular, respecto de los expedientes expropiatorios iniciados en el ámbito interno con posterioridad a dicha fecha.

## **PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa.

Resueltos a tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el título I del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950 (denominado en adelante «Convenio...»).

Han convenido lo siguiente:

### **ARTICULO I**

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

### **ARTICULO 2**

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

### **ARTICULO 3**

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

## ARTICULO 4

Toda Alta Parte Contratante puede, en el momento de la firma o de la ratificación del presente Protocolo o en cualquier momento posterior, presentar al Secretario general del Consejo de Europa una declaración que indique la medida en la que se compromete a que las disposiciones del presente Protocolo se apliquen a los territorios que se designen en dicha declaración y de cuyas relaciones internacionales es responsable.

Toda Alta Parte Contratante que haya presentado una declaración en virtud del párrafo anterior puede, periódicamente, presentar una nueva declaración que modifique los términos de cualquier declaración anterior o ponga fin a la aplicación del presente Protocolo en un territorio cualquiera.

Una declaración formulada conforme al presente artículo será considerada como si hubiera sido hecha conforme al párrafo I del artículo 63 del Convenio.

## ARTICULO 5

Las Altas Partes Contratantes consideran los artículos 1,2, 3 y 4 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.

## ARTICULO 6

El presente Protocolo está abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa, signatarios del Convenio; será ratificado al mismo tiempo que el Convenio o después de la ratificación de éste. Entrará en vigor después del depósito de diez instrumentos de ratificación. Para todo signatario que lo ratifique ulteriormente, el Protocolo entrará en vigor desde el momento del depósito del instrumento de ratificación.

Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Secretario general del Consejo de Europa, quien notificará a todos los miembros los nombres de aquellos que lo hubieran ratificado.

Hecho en París, el 20 de marzo de 1952, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general remitirá copias certificadas a cada uno de los Gobiernos signatarios.

## RELACION DE ESTADOS PARTE

Estados	Fecha firma	Fecha ratificación	Entrada en vigor
Alemania .....	20- 3-1952	13- 2-1957	13- 2-1957
Austria .....	13-12-1957	3- 9-1958	3- 9-1958
Bélgica .....	20- 3-1952	14- 6-1955	14- 6-1955
Chipre .....	16-12-1961	6-10-1962	6-10-1962
Dinamarca .....	20- 3-1952	13- 4-1953	18- 5-1954
España .....	23- 2-1978	27-11-1990	27-11-1990
Finlandia .....	5- 5-1989	10- 5-1990	10- 5-1990
Francia .....	20- 3-1952	3- 5-1974	3- 5-1974
Grecia .....	20- 3-1952	28-11-1974	28-11-1974
Hungría .....	6-11-1990		
Islandia .....	20- 3-1952	29- 6-1953	18- 5-1954
Irlanda .....	20- 3-1952	25- 2-1953	18- 5-1954
Italia .....	20- 3-1952	26-10-1955	26-10-1955
Liechtestein .....	7- 5-1987		
Luxemburgo .....	20- 3-1952	3- 9-1953	18- 5-1954
Malta .....	12-12-1966	23- 1-1967	23- 1-1967
Noruega .....	20- 3-1952	18-12-1952	18- 5-1954
Países Bajos .....	20- 3-1952	31- 8-1954	31- 8-1954
Portugal .....	22- 9-1976	9-11-1978	9-11-1978
Reino Unido .....	20- 3-1952	3-11-1952	18- 5-1954
San Marino .....	1- 3-1989	22- 3-1989	22- 3-1989
Suecia .....	20- 3-1952	22- 6-1953	18- 5-1954
Suiza .....	19- 5-1976	—	—
Turquía .....	20- 3-1952	18- 5-1954	18- 5-1954

El presente Protocolo adicional entró en vigor con carácter general el 18 de mayo de 1954 y para España entró en vigor el 27 de noviembre de 1990, según lo dispuesto en el artículo 6 del mismo.



# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## **SOBRE LA APLICACION DE LA REFORMA DE LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO, DE ACTUALIZACION DEL CODIGO PENAL**

### **Circular núm. 2/1990**

**SUMARIO:** I. Nuevos delitos de riesgo en general. A) La reforma de los delitos contra la seguridad en el tráfico. a) La conducción temeraria básica, tipificada en el artículo 340 bis a), n° 2. b) Las nuevas figuras introducidas por el nuevo artículo 340 bis d). B) Otros delitos de riesgo. II. La reforma de las limitaciones a la libertad sexual. III. El nuevo tratamiento de las lesiones. a) El concepto de "lesión" en la nueva normativa y su límite mínimo. B) La diferencia entre el delito y la falta de lesiones. a) Significado del término "asistencia". b) Tratamiento médico o quirúrgico. a') El tratamiento médico. b') El tratamiento quirúrgico. C) Los distintos tipos de lesiones constitutivas de delito. a) El tipo base de las lesiones. b) Los tipos agravados de lesiones con dolo directo o reduplicado. c) Los subtipos agravados del artículo 421. d) El delito de participación en riña tumultuaria. e) Los malos tratos habituales a familiares. f) La reforma del artículo 428. g) Las concordancias con otros preceptos. IV. La reforma de los delitos contra la libertad sexual. A) El nuevo concepto extensivo de violación. a) La acción de la violación. b) Sujetos activos y pasivos. c) Modalidades típicas. B) Las agresiones sexuales. C) El estupro. D) Corrupción de menores. E) Disposiciones comunes. V. Las reformas en los delitos contra la familia y contra los niños. A) La reforma del abandono de familia. B) El nuevo artículo 487 bis. C) La explotación de menores sancionada con el nuevo artículo 489 bis. VI. Reformas en los delitos contra la propiedad. VII. El nuevo tratamiento de la imprudencia punible. A) El tratamiento penal y procesal de la imprudencia tras la reforma. a) Desde el punto de vista sustantivo. b) Desde el punto de vista procesal. B) La naturaleza de la imprudencia punible y la cuestión de la multiplicidad de resultados causados por una misma acción imprudente. C) La determinación de los daños imprudentes punibles: el límite del Seguro Obligatorio. D) Algunos problemas de penalidad en el artículo 565. VIII. La reforma de las faltas. A) La persecución de ciertos delitos y faltas a instancias del ofendido o perjudicado: la diversa terminología. B) El perdón en los delitos y faltas semipúblicos: su extensión. C) Criterios para la aplicación de la disposición transitoria II de la Ley.

**ANEXO:** Relación de seguros obligatorios: I. Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria—Seguro de Responsabilidad Civil del cazador.—Seguro obligatorio de viajeros.—Seguro de Responsabilidad Civil por daños nucleares. II. Seguro de riesgos extraordinarios.—Seguros agrarios combinados.—Seguro de incendios forestales. III. Obligación de concertar un seguro establecida en otras normas.

La reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, representa, tanto o más que por su propio contenido, por el influjo en los principios inspiradores del propio Código y hasta el enjuiciamiento penal, un profundo cambio de concepciones y de los puntos de partida para el tratamiento punitivo de muchas de sus materias, entre las que figuran algunas de tanta incidencia en la vida de relación como son los delitos contra la integridad corporal o contra la libertad sexual. Si ello, de una parte, impone el establecimiento de unos criterios firmes y uniformes de interpretación en el ámbito de las actuaciones del Ministerio Fiscal, para alcanzar el principio de unidad que es base de la seguridad jurídica a que todos tienen derecho en el proceso penal, obligaba, de otra, a no precipitar la fijación de tales criterios, por lo que pareció más prudente esperar a que la práctica señalara cuáles eran los puntos conflictivos y en los que la variedad de interpretaciones pueden propiciar resoluciones contradictorias o con tratamiento punitivo dispar, en perjuicio de quienes son los destinatarios de tales decisiones, antes de abordar la tarea de impartir a los Sres. Fiscales instrucciones destinadas a alcanzar aquel fin.

Tras un año de aplicación de la reforma y debatidos en la Reunión de Fiscales Jefes celebrada en Valencia en el mes de mayo último, los problemas que dicha aplicación ha planteado, parece llegado el momento de que esta Fiscalía General del Estado, cumplidos los trámites de asesoramiento que el Estatuto establece, señale los criterios que los Fiscales deben seguir en todos aquellos puntos en que se han detectado las discrepancias interpretativas, a fin de dar cumplimiento al principio constitucional de la unidad de actuación de nuestro Ministerio, evitando, al menos en el ámbito de la acusación pública, la existencia de calificaciones y peticiones de pena contradictorias, con riesgo de propiciar sentencias que también lo sean y que, por la misma notoriedad de la contradicción de sus términos, lesionen, de un lado, el principios de igualdad de todos ante la Ley; y, de otro, no puedan menos que escandalizar a la opinión pública y su sentido de justicia.

En consecuencia, las Sras. y Sres. Fiscales, deberán en lo sucesivo atenerse, en la aplicación de los preceptos reformados en el Código penal por la Ley orgánica 3/1989, a los siguientes criterios:

## I

### NUEVOS DELITOS DE RIESGO EN GENERAL

Siguiendo la sistemática del Libro II de nuestro Código penal y no la estructura de la Ley Orgánica 3/1989, la primera reforma fundamental que debemos analizar es la que se ha producido en las Secciones 1ª y 4ª del Capítulo II del Título V referente a los “delitos de riesgo en general”.

A) *La reforma de los delitos contra la seguridad en el tráfico.* En lo que hace a la Sección 1ª del Capítulo antes citado, ha sufrido un retoque el número 2º del ar-

título 340 bis a) y se ha introducido un nuevo subtipo agravado de conducción temeraria, que contempla los comportamientos de los vulgarmente conocidos como “conductores suicidas” (artículo 340 bis d).

a) En cuanto a la *conducción temeraria básica*, tipificada en el artículo 340 bis a), n° 2, ha sido suprimido entre los resultados de la conducción con temeridad manifiesta el concreto peligro para los bienes. La supresión es congruente con la despenalización de los daños culposos de cuantía inferior al límite del seguro obligatorio. Si la comisión imprudente de esos daños no es ilícito penal, menos debe serlo la creación de un riesgo para ese bien jurídico patrimonial cuya tutela penal, apreciando el principio de intervención mínima, el legislador ha considerado innecesaria por debajo de ciertos límites.

La modificación no afecta, por lo demás, a la estructura ya conocida del tipo y solo viene a subrayar el carácter concreto del riesgo exigido en aquél, cuya existencia real ha de ser probada por la acusación.

Debemos agregar que el concepto de vehículo de motor y su inclusión o no en el de los ciclomotores, ha quedado definitivamente zanjado con la definición auténtica del Anexo 9° del nuevo Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico y circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, porque excluye expresamente del concepto a los ciclomotores y a los tranvías, siguiendo con ello una larga tendencia jurisprudencial, (una de sus últimas expresiones es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8-VI-1987, que acogió también la Consulta de esta Fiscalía General del Estado 5/1988).

b) Mayores problemas plantean las nuevas figuras introducidas por el nuevo artículo 340 bis d), y decimos nuevas figuras por cuanto realmente en él se tipifican dos delitos de naturaleza distinta: un subtipo agravado del artículo 340 bis a), n° 2°, esto es, del tipo base de peligro concreto; y una nueva modalidad de aquella conducta básica, que se sanciona sin exigir la producción de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, esto es, se configura como delito de peligro abstracto o presunto.

a') El párrafo 1° del artículo 340 bis d) se remite a la conducta descrita en el n° 2° del artículo 340 bis a), a la que agrega, para agravar la pena, el requisito típico de que se realice “con consciente desprecio por la vida de los demás”. Trátase de un elemento subjetivo del injusto, que ha de ser abarcado por el intelecto del autor, bien por su dolo, bien por su culpa con representación —*consciente*— y que refleja una mayor culpabilidad por el carácter, si bien objetivada a través de la ejecución de la conducta que evidencia y pone en acto aquel menosprecio.

Se plantea así una situación confusa en el ámbito del tipo subjetivo de este delito, ya que de un lado se exigen elementos abarcados por el dolo o conscientes, mientras que de otro se debe excluir el dolo con respecto a la producción de un resultado lesivo y hasta del riesgo para la vida, pues, de producirse tal riesgo o resultado dolosamente, entraríamos en el ámbito del homicidio, ya intentado, ya incluso consumado. Lo que quiere decir que respecto a los eventuales resultados de peligro concreto para la vida, solamente debe ser exigida la consciente o con representación. La alternativa de aceptar también como integrante del tipo subjetivo del ulterior delito de resultado el dolo eventual solo sería admisible si, en contra de lo que defiende a doctrina mayoritaria, no se aceptara la posibilidad de la tentativa respecto a los resultados eventualmente aceptados, al considerar que la tentativa im-

plica la dirección de la acción hacia un resultado y el dolo eventual lleva consigo el haber tomado en cuenta la alternativa de que tal resultado no se produzca. Pero si frente a esa posición subjetiva, se adopta la más extendida postura objetiva de ejecución de actos que dan comienzo al riesgo de lesión del bien jurídico, es evidente que la creación con dolo eventual de un peligro concreto para la vida de persona o personas determinadas constituye una tentativa de homicidio que, tanto por el principio de consunción, como por aplicación del artículo 68, debiera ser sancionada preferentemente, absorbiendo la conducta básica del artículo 340 bis d).

De otra parte, se ha planteado la cuestión de si “el desprecio por la vida de los demás” no va ínsito en toda conducción con temeridad manifiesta, máxime cuando crea un peligro concreto para la vida de terceros. Tesis ésta que conecta con la teoría de EXNER, que veía la esencia de la culpa precisamente en la infravaloración o menosprecio de los bienes jurídicamente tutelados. De ser esto así, la nueva figura habría dejado sin contenido el tipo base del artículo 340 bis a) n° 2, ya que difícilmente sería concebible una conducción con temeridad manifiesta y puesta en peligro de la integridad o vida de las personas, que no representara un menosprecio de la vida de los demás, ya que en el ámbito de la circulación rodada no sería fácil deslindar resultados lesivos que no representaran a la vez un peligro para la vida de los afectados por ellos.

Sin embargo, la creación de la nueva figura del artículo 340 bis d), como una modalidad agravada del artículo 340 bis a) n° 2, debe obligar a deslindar ambos tipos dejando para el 340 bis d) aquellos supuestos de conducción en que la temeridad es manifiestamente más grave, aumentando así el contenido de antijuricidad de la conducta. Esa gravedad ha sido expresada por el legislador con la fórmula del “consciente desprecio por la vida de los demás”, lo que implica a la vez que la representación de un accidente mortal se presente como probable para el sujeto, sin que tal probabilidad le desanime de la ejecución del acto temerario. Ese “plus” de temeridad permite además deslindar los supuestos de adopción consciente de la conducción en condiciones de temeridad o riesgo (supuesto típico del “conductor suicida”, ya por afán de aventura, ya por apuesta o desafío), de aquellos otros en que la conducción en condiciones de peligro es consecuencia de una valoración errónea (equivocación al acceder a una autopista por la vía contraria a la marcha, por ejemplo).

Sin pretensiones de agotar las posibilidades que la riqueza de la realidad ofrecerá a la decisión de los Sres. Fiscales, si podríamos señalar la siguiente graduación:

1º) Simple conducción infringiendo gravemente las reglas del tráfico, pero sin encontrar otras personas o vehículos para los que tal conducción sea un riesgo: estaríamos o bien ante un acto atípico o ante una tentativa iniciada del artículo 340 bis a) n° 2, solución ésta que, recordemos, aunque defendida por un cierto sector doctrinal, no es por todos aceptada, ni ha sido admitida por la Jurisprudencia (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986), por lo que no debe hacerla suya el Fiscal.

2º) Conducción infringiendo gravemente las normas del tráfico, con presencia en la vía de otras personas o vehículos para cuyos ocupantes o viandantes tal conducción representa un peligro que afecta a su vida o integridad: estaríamos ante una conducción temeraria consumada del artículo 340 bis a), n° 2.

3º) Conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a crear un pe-

ligro para la vida de terceros, pero sin que llegue a concretarse tal riesgo, por ausencia de otros usuarios de la vía: estaríamos ante un caso subsumible en el segundo párrafo del artículo 340 bis d). En este sentido ese párrafo lo que viene es a penalizar especialmente el supuesto de tentativa del tipo del párrafo 1º, resolviendo así en este terreno específico la polémica que sobre la posibilidad de punir la tentativa hemos visto se plantea para el 340 bis, a, nº 2. El mayor contenido de antijuricidad representado por el “consciente desprecio por la vida de los demás” justifica esa aceptación de la punición de la tentativa con su tipificación expresa e, incluso, el que la pena sea más grave a la impuesta para el supuesto de efectiva creación del peligro en el artículo 340 bis a nº 2.

4º) Conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a crear un peligro para la vida de terceros, pero confiando en eludir tal resultado, bien por la propia pericia, bien por la improbabilidad de que dadas las circunstancias —hora avanzada, día de poco tráfico, etc.— surjan oportunidades de colisión o riesgo, pero llegando éste a producirse efectivamente por coincidir finalmente con otros usuarios de la vía: será de aplicación el subtipo agravado del párrafo 1º del artículo 340 bis d).

5º) Conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a producir un riesgo para la vida de otros usuarios de la vía pública, aceptando tal riesgo e incluso el resultado para el caso en que se produzca y manteniendo el comportamiento, al coincidir con otros usuarios de la vía, cuya vida se pone conscientemente en el peligro y hasta llega a lesionar, de materializarse el riesgo aceptado en un resultado concreto. En estos casos, en los que el dolo eventual aparece como contenido subjetivo de la conducta, parece más correcta la calificación de homicidio consumado o en grado de tentativa, según se haya o no producido el resultado de muerte.

Con lo que el nuevo artículo 340 bis d) debe quedar reducido a los supuestos en que, o bien no llega a producirse el riesgo para la vida o integridad exigido en la figura base (supuesto en que será de aplicación el párrafo 2º); o bien no puede demostrarse la concurrencia del dolo eventual respecto a los resultados concretos, en cuyo caso será de aplicación el párrafo 1º, si de la conducta se infiere el elemento especializante del “consciente desprecio para la vida de los demás”.

b') Para el supuesto de que el peligro se concrete en un resultado, esto es, haya llegado a producirse un accidente, la solución variará en función del elemento subjetivo de la conducta base: si se actuó con dolo eventual, aceptando tales resultados si llegaran a producirse, debe pensarse el delito doloso de resultado, que consumiría al de peligro, salvo que éste comporte pena más grave, conforme a la regla del artículo 68 y según la técnica jurisprudencial que cristalizó en el párrafo 1º del artículo 340 bis c).

Si, por el contrario, el sujeto actuó con culpa con representación, debe en principio aplicarse el párrafo 1º del artículo 340 bis d), ya que su penalidad es más grave que la que resultaría de aplicar el artículo 565, tanto por la pena conjunta de multa, como por quedar sometido a las reglas del artículo 61. advertencia esta última que debe tenerse en cuenta a los efectos de aplicación de posibles agravantes, como la de precio, cuando esas conductas se adoptan por obtener una recompensa, ventaja o precio.

Naturalmente que, en los casos excepcionales en que haya de aplicarse el párrafo 2º del citado artículo 565, las consecuencias punitivas, en relación con el artículo

68, conducirían a la solución contraria, debiendo el delito de resultado más grave absorber al de peligro.

d') Por último señalaremos que, siguiendo una corriente ya iniciada por la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo, se considerará al vehículo de motor como instrumento del delito a los efectos del artículo 48 del Código, declaración expresa que altera el criterio jurisprudencial hasta ahora mantenido (Sentencias del Tribunal Supremo de 31-X-1973 y 3-X-1981), de que en los delitos de imprudencia cometidos con vehículo de motor y en los de peligro del 340 bis a) no era dicho vehículo instrumento del delito. Dicha norma específica debe conducir a que en los casos en que se aplique el artículo 340 bis d) deberá solicitarse en principio por el Fiscal el comiso del vehículo. Ello puede dar lugar a situaciones injustas (como cuando el vehículo conducido sea ajeno o, incluso, sustraído) a las que los Fiscales podrán dar solución satisfactoria recurriendo al segundo párrafo del citado artículo 48 que autoriza al Juez o Tribunal a no decretar el comiso o decretarlo sólo parcialmente cuando, como en este caso, se trate de instrumentos de lícito comercio.

e') Aunque el tema sea ajeno a las cuestiones plantadas por la reforma de esta Sección del Código penal, parece oportuno dar instrucciones a los Sres. Fiscales, para la adopción de un criterio unitario en orden a la necesidad de solicitar indemnización por los daños o perjuicios causados a consecuencia de la ejecución de uno de los delitos de peligro comprendidos en aquélla, cuando el resultado producido por la conducta sea impune, ya por quedar consumido en la punición del delito de peligro en virtud de la regla del artículo 340 bis c), ya por tratarse de un daño material cuya cuantía lo haga penalmente atípico. Tanto en uno como en otro caso, siempre que el resultado produzca un daño o perjuicio a terceros y sea *causado* por la conducta punible, debe ser reparado en los términos de los artículos 19, 101, 103 y 104 del Código, independientemente de que la hipótesis típica exija o no la causación de ese daño para la perfección del delito. Aunque los delitos de riesgo sean delitos de consumación anticipada, en cuanto no exigen, para su castigo como perfectos, que el riesgo se materialice en un resultado, no puede olvidarse que la "ratio legis" de su existencia radica precisamente en la conveniencia de *anticipar* la tutela de ciertos bienes jurídicos, sancionando las conductas que pueden desencadenar la relación causal que culmine en un daño para tales bienes, incluso antes de que tal conducta causal inicie su desarrollo. Sería, pues, un contrasentido que el "plus de tutela", anticipando el castigo de la acción arriesgada, se convirtiera en una menor tutela cuando la lesión del bien jurídico que se trata de evitar llega en efecto a producirse.

Por ello, siempre que pueda ser acreditada la relación causal entre uno de los delitos de peligro de los artículos 340 bis a), b) y d) y un resultado o perjuicio dañoso, sea para las personas, sea para las cosas, debe entenderse que ese daño o perjuicio es causado por tal delito (consecuencia de este delito) y que sus responsables penales vienen obligados también a reparar civilmente los daños o perjuicios derivados de su conducta punible.

B) En la Sección 4ª del Capítulo que estamos comentando se introducen, bajo la rúbrica "de otros delitos de riesgo" y en un único artículo, el 348 bis b), dos nuevas figuras de peligro concreto, una referente a la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de sustancias susceptibles de causar estragos; y otras a ciertas actividades relacionadas con la construcción. Ambas figuras se construyen como normas en blanco, pues contienen una remisión a la contravención de "las reglas de

seguridad establecidas" (se supone que por normas extrapenales) y exigen la puesta en concreto peligro de la vida, la integridad o la salud de las personas.

Ambas figuras contienen también un catálogo abierto de objetos típicos: así, en el primero, al lado de la enumeración concreta de sustancias que llevan ínsita, por su propia naturaleza, la capacidad de producir estragos (explosivos, sustancias inflamables, corrosivas, tóxicas y asfixiantes) se incluye "cualquiera otras materias, aparatos o artificios que pueden causar estragos"; y en la segunda figura, a las obras o construcciones específicamente señaladas (pozos, excavaciones, edificios, presas canalizaciones) se agregan otras "obras análogas".

Como todo delito de peligro, de producirse resultados que constituyan otros tipos penales más gravemente castigados (y generalmente lo serán, dados los caracteres catastróficos de los accidentes que pueden producir las conductas típicas), tales delitos de resultados consumirán el previo estadio del delito de peligro.

De otra parte, el carácter genérico de estos preceptos, especialmente del primero, provocan inevitablemente numerosos concursos de normas: así la tenencia de explosivos o sustancias inflamables o asfixiantes, entra en conflicto con el artículo 264, que será preferentemente aplicable cuando se dé la tendencia o finalidad exigida por el citado artículo; la tenencia de sustancias tóxicas, puede concurrir con la previsión del artículo 344 y siguientes, cuando se trate de sustancias de las previstas como típicas en dichos preceptos, que serán también de aplicación preferente cuando se de la finalidad del tráfico que es "ratio legis" de su punición específica; también, en ciertos supuestos pudiera entrar en concurso con el artículo 347 bis, cuando se produzcan vertidos de sustancias tóxicas con infracción de normas que sean a la vez de seguridad y de protección del medio ambiente con riesgo para la salud de las personas, concurso que puede ser de normas o de delitos, según se causen o no los otros perjuicios para la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles que contempla también como típicos el artículo 347 bis o cuando se infrinjan normas diferentes, unas de seguridad encaminadas a tutelar a las personas o cosas; y otras específicas de protección del medio ambiente, pues entonces serán dos los bienes jurídicos protegidos que la conducta lesione y que se intentan tutelar en cada uno de los dos preceptos en concurso. Por último, la referencia a sustancias radiactivas puede originar conflictos con los artículos 84, 85 y 86 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, que deben resolverse por el principio de especialidad.

## II

### LA REFORMA DE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD SEXUAL

La reforma en este punto no se limita a adecuar la anticuada redacción de los artículos 383 y 384, acomodada a periclitados criterios decimonónicos, a las nuevas terminologías y concepciones sobre los atentados sobre la libertad sexual y sus sujetos pasivos (los nuevos textos se refieren a "una persona" y no sólo a la "mujer"); sino que llenan algunas lagunas, como la precisión de que la "solicitud" ha de ser "sexualmente" y la inclusión de los ascendientes entre los sujetos pasivos del artículo 384 cuya omisión en la anterior legalidad había denunciado la doctrina. La referencia a las "personas ligadas de forma permanente por análoga relación de afec-

tividad” es congruente con la creciente tendencia a dar relevancia penal a esas situaciones de hecho.

Por lo demás, los preceptos no han sufrido alteración en la estructura de la conducta típica; por lo que siguen siendo aplicables tanto los anteriores criterios en torno a la consumación, que se produce por la simple solicitud, sea o no aceptada por el destinatario de la misma, así como a la consideración de la existencia de un concurso de delitos en los casos en los que la solicitud vaya seguida de la realización de los actos solicitados y éstos constituyan algún tipo de los atentatorios a la libertad sexual (conviene resaltar, al respecto que la posición predominante del funcionario, en los supuestos que contemplan las hipótesis típicas de los artículos 383 y 384, constituirá, cuando menos, una forma de prevalimiento, por lo que se darían los supuestos previstos en los artículos 434 y 436, si la persona sujeto pasivo del acceso o agresión sexual reúne las condiciones típicas exigidas por tales preceptos). Concurso de delitos, prevalente frente a la alternativa de simple concurso de normas, por la lesión de hecho a dos bienes jurídicos distintos, uno el de buen funcionamiento y prestigio de la Administración, tutelado en el Título VII, en que se encuentran los artículos 383 y 384, y otro, la libertad sexual, tutelada por los tipos que pudieran concurrir de consumarse las solicitudes que penan los artículos previamente citados.

### III

#### EL NUEVO TRATAMIENTO DE LAS LESIONES

Tal vez sea éste el punto de la Reforma más precisado de aclaración y del establecimiento de unos criterios interpretativos precisos que permitan una actuación unitaria del Ministerio Fiscal, tanto por haberse alterado notoriamente las bases que hasta ahora servían de fundamento a los tipos, como por contener el nuevo articulado abundantes remisiones a conceptos normativos, cuyo real alcance debe determinar el intérprete, con el consiguiente riesgo de confusión y contradicciones.

A) *El concepto de “lesión” en la nueva normativa y su límite mínimo.* El concepto de lesión en la nueva normativa debe inferirse, de un lado, del bien jurídico protegido en la norma; y, del otro, de una inducción a través de los distintos conceptos descriptivos que contienen los tipos para fijar los resultados en ellos penados.

En orden al bien jurídico protegido, lo es la integridad corporal y la salud física o psíquica de las personas. Aunque no falte algún sector que rechace que la integridad corporal pueda incluirse en el bien jurídico, en cuanto tal integridad puede verse afectada en una intervención quirúrgica, ello sólo representa confundir la ausencia de tutela con los supuestos en que el bien jurídico puede ser lícitamente invadido, ya que por la colisión con otro bien jurídico —en este caso la salud íntegra del sujeto—, ya por el fin socialmente adecuado de la acción, sin que por ello desaparezca la tutela genérica del bien, sino que sólo cede ante otros intereses prevalentes. Las referencias a las “mutilaciones” o a la “pérdida de miembros”, como resultados típicos de lesiones, claramente revelan que la integridad física es uno de los elementos componentes del bien jurídico tutelado, como lo señala inequívocamente la expresa referencia a la “integridad corporal” contenida en el artículo 420, pfo. 1°.

El concepto y alcance del bien jurídico protegido sirve para delimitar mejor el

propio concepto de lesión, pues será *lesivo* todo acto que atente a dicho bien jurídico y *lesión* todo resultado que implique un menoscabo del mismo. La necesidad de distinguir entre el acto agresivo y de fijar el límite mínimo del resultado de lesión surge de las propias concordancias internas de los distintos tipos definidos en el Código, en especial del artículo 582.

En efecto, el artículo 582 contiene dos figuras típicas distintas: las lesiones constitutivas de falta y la falta de malos tratos, que se produce precisamente cuando alguien golpea o maltrata a otro *sin causarle lesión*. Y como quiera que las formas agravadas del artículo 421 se pueden construir, como luego veremos, sobre la falta de lesiones y no sobre la de maltratos, se hace necesario profundizar en el concepto técnico-jurídico de lesión, desvinculándolo, de un lado, de los mecanismos violentos de su producción —golpear o maltratar, por sí mismo, no son comportamientos que generen sin más lesiones— y anudándolo en cambio, aparte de a aquellos supuestos de ruptura de la integridad física o corporal que, por su naturaleza, no ofrecen duda de su carácter lesivo, a la idea de alteraciones del equilibrio somático-psíquico que vulgar y técnicamente se denomina salud. Y ya dentro de estas alteraciones del bienestar físico y mental no solo debe considerarse lesión la alteración sustancial del mismo, el proceso patológico que conocemos como enfermedad, sino también las alteraciones mínimas de ese equilibrio que produzcan un malestar, pero no precisen atención médica, ni un mecanismo curativo, que pueden integrar una mínima lesión, pero lesión al cabo, constitutiva de falta, ya que el pfo. 1º del artículo 582 tipifica como tales el causar a otro, por cualquier medio o procedimiento, una lesión que *no precise tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa*, primera asistencia que por el sentido literal de la frase (“o solo”) puede también no darse o reducirse a un mero diagnóstico, sin aplicación de tratamiento por entenderlo innecesario y sin que desaparezca por ello la falta de lesión. Conviene recordar que hay una serie de pequeños daños físicos o alteraciones morfológicas, como equimosis, hematomas, arañazos, etc., que curan de propia intención y sin precisar atención médica y que constituyen ya, conforme a aquel criterio, una falta de lesiones. Resultará así que el límite entre la falta de lesiones y la de malos tratos radicaría precisamente en si tales malos tratos han producido o no uno de aquellos mínimos resultados que constituyen ya una lesión, independientemente de que por su ínfima entidad no precisen una atención médica.

B) *La diferencia entre el delito y la falta de lesiones*. Pero el tema esencial de la Reforma está más bien en el criterio diferenciador entre la falta y el delito de lesiones, no tanto en el límite legal, que aparece claro, sino en como ha de interpretarse tal límite. Decimos que el límite legal aparece claro, por cuanto de la concordancia entre los artículos 420 y 582, nuevamente redactados, resulta que para elevar una lesión a delito debe concurrir una sola condición acumulativa: la de necesitar, además de una primera asistencia facultativa, un ulterior tratamiento médico. Si hay tratamiento médico ulterior, hay delito; si sólo hay a lo más una primera asistencia facultativa, el hecho es falta.

Pero es precisamente en la interpretación del sentido y contenido de aquellos términos —“asistencia facultativa” y “tratamiento médico”— donde radican las dificultades, como no podía ser menos, pues estamos ante conceptos normativos o “standards” jurídicos cuyo sentido y alcance viene determinado por el aplicador de la norma. De ahí la trascendencia de llegar a una interpretación unitaria, a un verdadero “standard”, que desvanezca toda duda o criterio fluctuante y dispar.

Lo primero que debe señalarse es que los términos “asistencia” y “tratamiento”, referidos a “médico” o “quirúrgico”, no son necesariamente sinónimos ni comprenden el mismo concepto. Ciertamente un conjunto sucesivo de asistencias, guiadas por un fin curativo, pueden integrar un tratamiento, pero pueden existir tratamientos impuestos o señalados en una única asistencia, que se desarrollen posteriormente sin un seguimiento o atención médica específica, hasta la comprobación final de la sanidad.

Tratando de sintetizar ambos conceptos podríamos decir provisionalmente que “asistencia” es la atención prestada directamente por un facultativo, con fines diagnósticos o curativos, mientras “tratamiento” es la sujeción del lesionado a un método o sistema de actos o comportamientos destinados a obtener su curación y que deben desenvolverse en un período temporal más o menos dilatado. Según la naturaleza de las atenciones o actos practicados, la asistencia y tratamiento serán médico —si se sigue un método conservador— o quirúrgico —si se utilizan los medios instrumentales y mutilantes o reparadores propios de tal método.

Ahora bien, uno u otro concepto, así expresados, requieren ulteriores matices:

a) En cuanto al término *asistencia* lo importante, por su trascendencia como punto de partida del elemento diferencial entre la falta y el delito de lesiones, es determinar qué se entiende por *primera asistencia* y cuáles son los requisitos que debe reunir esa asistencia para considerarla tal o para no rebajar su consideración de primaria.

Ante todo no deben caer los Sres. Fiscales en la confusión entre “primera asistencia” y “asistencia inmediata”, en el sentido de exigir una atención médica próxima al hecho causante de la lesión y de la que parta el ulterior tratamiento, de modo que un tratamiento médico sin la primera cura fuera considerado insuficiente para elevar la lesión a delito. En todo tratamiento hay inevitablemente un acto médico inicial, aunque sea de diagnóstico o prescripción, por lo que siempre habrá una primera atención que debe entenderse constitutiva de *primera asistencia*.

Otra cosa es que puedan existir supuestos de lesiones —desde luego no graves y ello resta trascendencia al caso— en que el lesionado, bien por su propia idiosincrasia, bien por influjo de su entorno cultural, rehuya la atención médica y cure con cuidados caseros, ya propios, ya de las personas legas de su entorno. Pero entonces la calificación, más que del hecho de la existencia real de tratamiento médico, deberá partir de los resultados de un dictámen pericial sobre si tal tratamiento hubiera sido necesario, primando la verdad material, que es propia de todo el ámbito jurídico-penal, de forma que cuando —en términos de la recta aplicación de los criterios médicos— un tratamiento hubiera sido aconsejable, debe considerarse irrelevante que “de facto” tal tratamiento médico no se hubiere producido, ya por omisión de socorro, ya por imposibilidad material, ya por negativa de la víctima, ya por el recurso de prácticas alternativas.

Entendiendo así por *primera asistencia* la atención inicial prestada al lesionado, sea o no contemporánea del hecho causante de la lesión, veamos qué requisitos debe reunir esa atención para ser considerada tal:

1.º *Necesidad*, en el sentido de considerar que no puede valorarse como asistencia la prestada sin que lo requiera la objetiva dolencia. En efecto, la calificación de los hechos no puede quedar al arbitrio del afán simulatorio o la mera hipocondría del supuesto lesionado. El tema es fácilmente soluble con los principios de prueba y el imperio de la verdad material en el proceso penal: si requerida la asis-

tencia métrica, ésta descubre que no existe lesión alguna, estamos a lo más ante un caso de malos tratos, que o causaron lesión, si quedare excluido el supuesto de simulación. Y si se trata de una lesión mínima que no exige una atención médica, la calificación de falta del apartado 1º del artículo 582 no se ve alterado por el hecho de haberse prestado una asistencia que no se descubra como no precisa, ya que esa lesión existe y es esencialmente falta, exigiera o no una primera asistencia o se reduzca ésta a constatar o diagnosticar la existencia del resultado, pero sin realizar acto médico curativo o paliativo, por no ser precisa tal prestación.

2.º La *titularidad* del que presta la asistencia. Es de notar que el texto legal habla, tanto en el artículo 420 como en el 582 de “asistencia facultativa”, lo que algunos interpretan como asistencia prestada por alguien en posición del título de Licenciado en Medicina. Sin embargo, para estimar la existencia de una primera asistencia, los Fiscales deben tomar en consideración no solamente los actos propios de un médico sino también los de otros titulados menores, como Practicantes, A.T.S., que deben incluirse entre los constitutivos de asistencia facultativa, cuando por la urgencia del caso o la falta de médico titulado la asistencia fuera prestada por uno de tales técnicos. Posición ésta que no sólo es congruente con la conformidad de las valoraciones a la verdad material —si la asistencia es necesaria, debe ser indiferente quien la preste— sino también con la realidad sociológica que nos muestra como ciertos puestos asistenciales —Casas de Socorro, puestos de la Cruz Roja, etc.— están frecuentemente atendidos por técnicos de grado medio. Si, como decíamos antes, la negativa a la asistencia necesaria no debe excluir su estimación, con mayor razón deben tomarse en cuenta las asistencias curativas prestadas por personal no médico, cuando fueren necesarias o aconsejables.

3.º El *carácter único o múltiple de la asistencia*. La cuestión de cómo valorar los supuestos en que en la atención primaria se da una multiplicación de actos médicos —ya por la intervención multidisciplinar de varios facultativos, ya por requerirlo la distinta naturaleza de las lesiones, ya por solicitarse medios de diagnóstico auxiliares, como radiografías o análisis que deben practicarse por otros titulados— debe resolverse partiendo del principio de que no puede confundirse *primera* asistencia con *única* asistencia, por lo que ha de darse cabida en la primera asistencia a los supuestos en que la atención primaria es prestada conjuntamente por varios facultativos que colaboran entre sí, e incluso sin tal colaboración, cuando el lesionado, no conforme con la primera asistencia recibida, busque otro facultativo para que la revise o la reitere.

En todos los casos expuestos, el dictamen pericial médico debe ser un valioso medio auxiliar para la recta calificación jurídica de los hechos.

b) *Tratamiento médico o quirúrgico*. La exigencia de un *tratamiento médico o quirúrgico* de la lesión es el verdadero elemento diferencial entre delito y falta, razón que da especial trascendencia a la delimitación precisa y con criterio unitario de tales conceptos.

a’) Respecto a qué debe entenderse por *tratamiento médico*, obsérvense en la práctica dos posiciones: una que tiende a restringir el concepto, llevando al de *asistencia* y excluyendo de él de *tratamiento* una serie de actos médicos o atenciones al lesionado, que se interpretan como secundarias o anexas a aquéllas; y otra que interpreta extensivamente el concepto de *tratamiento*, incluyendo en él cualquier atención que exceda de la *primera asistencia* y aún, que forme parte de ésta, pero con carácter múltiple o de prescripción a cumplimentar tras ella. La cuestión parece

debe ser resuelta por la interpretación del artículo 420 que para diferenciar la primera asistencia y el tratamiento médico, utiliza el término *además*, señalando así que el tratamiento es un “plus” a agregar a la primera asistencia, de forma que los actos médicos, aún curativos, fijados o practicados en dicha primera asistencia, forman parte de ella y no constituyen un tratamiento médico o diferenciado.

Para fijar los límites precisos del concepto de *tratamiento médico* habrán de partir los Fiscales de los siguientes presupuestos:

1.º Que sea *distinto y ulterior* a la primera asistencia.

2.º *Su necesidad*.—El artículo 420, al referirse a la relación entre lesión y tratamiento, exige que aquélla *requiera* de éste. El artículo 582 utiliza a su vez el término *precisare*. Uno y otro hacen referencia a una relación de necesidad: que la lesión *necesite* para su curación de un tratamiento. Luego hemos de reiterar aquí lo dicho respecto a la asistencia: ha de ser exigible que la recuperación del equilibrio psicosomático en que consiste la salud sea tributaria de aquel tratamiento. Lo que hace incluir en el tratamiento médico toda actuación con finalidad curativa, no sólo la puramente medicamentosa (administración de medicamentos por cualquier vía: oral, anal, parenteral o tópica), como la imposición de una conducta que tienda a la recuperación de la salud o el normal equilibrio sico-físico de la persona (inmovilización, reposo, cura de sueño, rehabilitación) o prescripciones dietéticas curativas pero no las higiénicas o estéticas (régimen, dieta, etc.). Quedarían excluidos, en cambio, los actos médicos destinados a vigilar o comprobar el éxito o adecuación de la primera asistencia o complementar ésta (como la retirada de vendajes, el examen para comprobar la sanidad de lesiones o heridas que se pensó curarían de propia intención o con la primera cura, la retirada de los puntos de sutura de la herida cicatrizada, etc.) ya que no tienen finalidad curativa ni agregan nada a la sanidad de la lesión iniciada en la primera asistencia. Conforme al criterio ya sentado respecto a dicha primera asistencia, este requisito de necesidad ha de interpretarse en su sentido real, de que la lesión hubiere precisado de tratamiento médico en una recta aplicación de la “*lex artis*” o las reglas de la medicina, aunque por las circunstancias del caso tal tratamiento no se hubiere llegado a prestar, debiendo en todo los casos interpretarse la prueba pericial médica según las reglas de la sana crítica.

3.º *Su finalidad curativa*, lo que excluye las atenciones meramente preventivas, como las vacunas, aunque se administren en actos fraccionados y sucesivos que excedan temporalmente de la primera asistencia. En cuanto a la administración de antibióticos habrá que distinguir su finalidad: si es meramente de prevención de una eventual infección, que no existe pero se teme, no debe considerarse tratamiento; si se pretende atajar una infección incipiente, y más aún si aquélla está desarrollada, sí es tratamiento, pues pretende evitar las consecuencias de un real ataque a la salud.

4.º En principio, *su prescripción por un titulado en medicina*, ya que el texto legal expresamente habla de tratamiento médico. Sin embargo hemos dicho, en principio, por cuanto y conforme se subrayó antes, de conformidad con la verdad material y en evitación de rupturas del principio de igualdad, cuando a través de un informe pericial se llegue a la conclusión de que las lesiones para curar precisaban de un tratamiento médico; o el prestado por un titulado intermedio sería el mismo que señalaría el médico, o este último delegó en un auxiliar clínico la prestación de los actos de tratamiento, debe calificarse el hecho como delito, por cuanto la lesión *requería* de tal tratamiento.

b') El de *tratamiento quirúrgico* es un concepto que debe ofrecer menos dudas al intérprete, debiendo a lo más limitarnos a precisar que en el concepto entra cualquier acto quirúrgico, sea de cirugía mayor o menor, incluso la prestada por un titulado de grado medio. Más discutible es la inclusión en tal concepto de las extracciones dentarias, ya que médicamente no se consideran como actos de cirugía maxilo-facial. En cuanto a las pequeñas curas instrumentales, como puede ser la limpieza de heridas y las suturas, no deben considerarse tratamiento quirúrgico, conforme a los criterios antes fijados, pues tales actos formarían parte de la primera asistencia y por sí solos, de no requerir ulterior tratamiento, no determinarían la calificación de las lesiones como delictivas.

Para terminar, parece oportuno destacar, como criterio resolutorio de los casos dudosos de distinción entre delito y falta en base a la existencia de tratamiento médico-quirúrgico, el principio "pro reo". Tal duda se presentará sólo ante lesiones de pequeña entidad, por lo que si con los criterios de interpretación adecuados no se llega a la conclusión de que fue necesario para la sanidad de la lesión un tratamiento o de que las atenciones prestadas constituyen tal tratamiento, deberá calificarse la lesión conforme al artículo 582 del Código penal, sin que por ello sufra el sistema legal, ya que el ataque al bien jurídico protegido fue mínimo, como queda apuntado.

c') Pero con fijar el concepto de tratamiento médico-quirúrgico no hemos resuelto en su integridad la cuestión de la diferencia entre el delito y la falta, toda vez que en el artículo 582 se contempla como una excepción a la consideración de falta de las lesiones no necesitadas de tratamiento, el hecho de que se trate de alguna de las lesiones del artículo 421, las que, en principio, habrá que considerar en consecuencia siempre como delito.

Pero esos términos del artículo 582 aunque parecen claros, mejor examinados no lo son tanto, ya que la concordancia de los artículos 582, 420 y 421 no ha quedado debidamente perfilada por el legislador. En efecto, el artículo 421 contempla tres modalidades de subtipos agravados de "las lesiones del artículo anterior", lo que quiere decir que han de ser de aquellas que reúnan las condiciones básicas del artículo 420, cuales son requerir para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico-quirúrgico; por su parte, el 582 exige como elemento típico de las lesiones en él previstas, en congruencia inicial con el 420, que aquéllas no precisen de tal tratamiento médico o quirúrgico. ¿Qué ocurre entonces con las lesiones en que concurren alguno de los elementos especializantes del artículo 421, pero que no precisen para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico? En principio no serán punibles conforme el artículo 582, por cuanto éste las excluye de su precepto o previsión típica, y tampoco lo serán conforme al 421 por no ser lesiones que reúnan los requisitos del artículo 420, con lo que se da una aparente laguna que dejaría impunes tales lesiones, pese a tratarse de supuestos cuyo mayor contenido de desvalor ha sido especialmente tenido en cuenta en la Ley para darles un tratamiento punitivo más severo. Pero como no puede entenderse que el legislador quisiera conscientemente esa laguna y tal resultado de impunidad, habrá que interpretar que las lesiones consistentes en alguno de los resultados del n.º 2 del artículo 421 o en el que concorra alguna de las modalidades comisivas de los núms. 1.º y 2.º de tal artículo, serán siempre constitutivas de delito, requieran o no tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad.

Aunque la cuestión puede parecer bizantina, por cuanto se ha dicho que el uso

de medios peligrosos al causar la lesión o la existencia de resultados tan graves como los previstos en dicho artículo 421, difícilmente serían concebibles sin que se haga preciso un tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de las lesiones así causadas, no es infrecuente la existencia de lesiones productoras de deformidad (por ejemplo la pérdida de los incisivos o la pérdida de sustancia del lóbulo de una oreja) y que sin embargo sanen sin necesidad de una asistencia específica o sólo con la cura de la primera asistencia. Igual cabe decir del uso de un instrumento peligroso que por deficiencia en el golpe cause una lesión mínima o el empleo de técnicas de tortura que dejan sólo ligeras huellas (así, el uso de electrodos o pinzamientos en zonas sensibles, los golpes bajo ducha para no producir hematomas, etc.). Por ello, y en tanto el problema no sea resuelto por la Jurisprudencia, los Fiscales habrán de calificar tales lesiones como constitutivas de delito y, además, del delito agravado del correspondiente número del artículo 421.

C) *Los distintos tipos de lesiones constitutivas de delito.*— Aunque de menor entidad, toda vez que existe ya una Jurisprudencia consolidada y que es trasladable a un buen número de los supuestos constitutivos de los varios resultados contemplados en los diversos preceptos introducidos en la Reforma, las nuevas tipicidades no dejan de plantear cuestiones a esclarecer y en las que conviene sentar un criterio unitario de aplicación de la norma:

A) *El tipo base de las lesiones.*— Lo constituye la figura descrita en el artículo 420 que pena las lesiones genéricas, en que no concurran ninguno de los elementos especializados de los otros preceptos del capítulo. Respecto a ellas el problema fundamental, que es el de la distinción con la falta de lesiones y los conceptos de primera asistencia y tratamiento médico-quirúrgico, ha sido ya precedentemente tratado.

Pero aun así quedan aspectos secundarios a elucidar, como el de su carácter de delito con medios abiertos —“por cualquier medio o proceimiento” dice el texto legal, que hace punible las lesiones producidas tanto por comisión propia, como por comisión por omisión —en la simple omisión difícilmente es concebible la *causación* de un resultado lesivo —tanto con medios materiales como morales; tanto violentos como astutos—; así, la antigua fórmula de “suministrar sustancias o bebidas nocivas o abusar de su credulidad y flaqueza de espíritu”. Únicamente quedan excluidos, por razones de especialidad, los medios susceptibles de causar graves daños expresamente enumerados en el n° 2 del artículo 421.

Aquel carácter de medios abiertos de las lesiones puede plantear problemas de concurso de normas con otros preceptos del Código, problemas que deben resolverse conforme a los criterios que son aplicables a ese tipo de conflictos. Así, el artículo 348 bis contempla una forma específica de transmisión de enfermedad contagiosa, esto es, de causación de lesiones constituidas por una enfermedad somática o síquica que al producirse maliciosamente y de ser grave, pudiera subsumirse no solo en el artículo 420 sino incluso en el artículo 418. Pues bien, aparte de algunos elementos especializantes del artículo 348 bis, como el carácter plural de los afectados ínsito a la condición de *propagación* de la enfermedad requerida por el tipo, los posibles conflictos habrán de resolverse aplicando en principio el precepto especial, esto es, el 348 bis), salvo que la causación de la enfermedad, por la naturaleza de ésta, de lugar a un supuesto de lesiones castigado con pena más grave, en cuyo caso debe estar en juego el último inciso del citado precepto.

En cuanto al tipo subjetivo aparece presidido por el dolo, pero con predominio

del dolo indeterminado, en cuanto es suficiente un resultado de lesiones que exijan, además de la primera asistencia, un tratamiento médico o quirúrgico para que la hipótesis típica quede satisfecha, independientemente de la entidad mayor o menor de tales lesiones. En este sentido la figura continúa siendo determinada por el resultado, si bien éste y la necesidad del tratamiento médico que convierte en delito tal resultado han de ser abarcados por el dolo del autor, al menos con carácter probabilístico o de producción posible. En todo caso las desviaciones del resultado, respecto a la voluntad o finalidad de la acción del sujeto activo, deben encontrar su solución en la aplicación del párrafo segundo de este artículo 420, que permite acomodar la pena a la real culpabilidad del autor, conforme al principio de que “la culpabilidad debe ser la medida de la pena”.

Lo últimamente dicho nos lleva a la determinación de los criterios de valoración que han de utilizarse para la aplicación de la forma atenuada prevista en aquel párrafo segundo.

Es claro que nos encontramos ante la concesión de un arbitrio, del que también puede (y debe, cuando el caso lo exija) hacer uso el Fiscal, aunque con este uso pueda condicionarse la actuación y decisiones del Tribunal dadas las limitaciones del principio acusatorio, pero sin que ese riesgo deba inhibir a los Fiscales de asumir, con prudencia pero sin concesiones, esa responsabilidad.

Aunque en el precepto la remisión a la naturaleza de la lesión, como criterio valorativo de la gravedad de la pena, es clara, han surgido dudas sobre a qué se remite el pronombre “aquel” que es referencia de las “circunstancias” que también deben tenerse en cuenta para la aplicación de la pena atenuada, ya que se ha dicho que en efecto, igual puede designar el “medio o procedimiento empleado” —criterio objetivo de la peligrosidad de la acción o revelador del propósito más o menos agresivo del autor— o referirse a este último, esto es, al sujeto de la acción —criterio subjetivo—. Ciertamente, por su ubicación en la oración del último párrafo, el pronombre *aquel* hace referencia al sujeto de esa oración, esto es, al “*hecho* descrito en el párrafo anterior”, pero las circunstancias de ese *hecho* son tanto las objetivas —modalidades de la acción— como las subjetivas —características del autor y su culpabilidad— con lo que la duda planteada no solo no tiene el apoyo gramatical que se pretende sino que carece de trascendencia real.

En todo caso, el uso de esa facultad de arbitrio encierra siempre una responsabilidad valorativa y puede engendrar posiciones dispares en los distintos órganos o agentes del Ministerio público. Para huir de ese riesgo, ciertas Fiscalías han intentado plantear una graduación punitiva con criterios objetivos, relacionando los resultados con las antiguas tipificaciones, volviendo a recaer así en el repudiado criterio resultativo propio del sistema derogado y que se viene a mantener por esta vía. Obvio es decir que, pese a su comodidad, ese último criterio que únicamente valora la naturaleza de la lesión, y aún ésta, en función de la duración de la sanidad, sólo cumple a medias la finalidad del pfo. 2º del artículo 420 y corre el riesgo de desnaturalizar la Reforma, por lo que debe ser rechazado y sustituido por la valoración caso por caso, por más dificultosa que sea pero adecuada en cambio a los principios de individualización de la pena.

b) *Los tipos agravados de lesiones con dolo directo o reduplicado.*

a') Con respecto al *contenido de culpabilidad* de los tipos de lesiones previstas en los artículos 418 y 419, existe conformidad doctrinal en que la expresión “de propósito” integra un elemento subjetivo del tipo, que tan sólo permite subsumir en el

mismo aquellos resultados que hayan sido producidos por dolo directo, esto es, que no sólo estén abarcados por el elemento cognoscitivo del dolo, sino también por su elemento volitivo o la finalidad del autor. La consecuencia es que quedan descartados tanto la comisión culposa, como el dolo indeterminado o eventual.

La anterior afirmación no se contradice con el hecho de que en el artículo 565, párrafo 2º, se incluya una referencia a los resultados previstos en los artículos 418 y 419, pues, como diremos al analizar dicho párrafo, se trata de una remisión a *los resultados* y no a la integridad del tipo, remisión que no autoriza a considerar que el tipo de los artículos 418 y 419 pueda quedar satisfecho con una culpabilidad imprudente.

b') En cuanto al significado de los resultados típicos comprendidos en los artículos 418 y 419, es evidente que en gran parte se trata de conceptos normativos cuyo alcance había sido fijado ya por la Jurisprudencia anterior a la Reforma, lo que facilita la labor del intérprete. Sin embargo, no dejan de presentarse nuevos problemas, que habrá que esclarecer:

a") *Mutilar* es el acto de cercenar o arrancar una parte del cuerpo humano; mientras la *inutilización* es la privación de la funcionalidad del órgano o miembro lesionado, que se conserva. La equiparación en el tipo de ambos resultados recoge la tendencia jurisprudencial a considerar como *pérdida* de un miembro la inutilización del mismo para su función: así la parálisis, anquilosis, acortamiento o inutilidad de un miembro se ha venido considerando como pérdida de tal miembro.

En cuanto al carácter *principal* del miembro u órgano mutilado o inutilizado, es nuevamente un concepto normativo ya muy trabajado por la jurisprudencia, que ha comprendido tanto los miembros corporales externos como los órganos esenciales internos, equiparando su pérdida a su inutilización, como ahora hace el artículo 418. En este sentido las numerosas declaraciones jurisprudenciales al respecto deben servir de gran ayuda para la calificación como principal o no del miembro u órgano concreto que se trata.

El precepto ya no menciona especialmente *la castración y la esterilización*, pese a lo que esos conceptos no son más que especies de los términos genéricos de mutilación e inutilización, respectivamente, en los que en principio debieran entenderse comprendidos. Pero así como respecto a la castración la inclusión de la misma en ese artículo 418 por vía de la mutilación no ofrece dudas, la *esterilización*, al citarse expresamente entre los resultados del artículo 419, ya no puede equipararse a la *inutilización* del órgano genésico, —con lo que quedaría subsumida en el artículo 418 por vía de asimilación— sino que, por imperativo del principio de especialidad, debe tipificarse dentro del precepto que expresamente la incluye en su hipótesis de hecho, esto es, en el artículo 419.

Conviene, sin embargo, recordar que la Jurisprudencia ha venido equiparando la pérdida unilateral de un órgano genésico (un testículo, un ovario) a la pérdida de un miembro principal, con lo que, por tal vía equiparativa, esos resultados concretos de semi-castración serán subsumibles igualmente en el artículo 418.

b") La privación de *la vista o del oído* debe interpretarse, conforme a la jurisprudencia tradicional, no sólo pérdida total, sino también la disminución notoria de la capacidad visual o auditiva, así como en los supuestos de pérdida de sólo uno de los órganos bilaterales —un ojo, un oído— debe estimarse ese resultado como privación de la vista o del oído cuando ello implique privación total y definitiva del sentido —por carecer previamente de función en el otro órgano gemelo—. En otro

caso, debe considerarse pérdida de un órgano principal, con lo que paradójicamente se llega a la misma calificación, esto es, a la subsunción en el artículo 418, lo que encuentra un fundamento histórico en la antigua equiparación de la pérdida de un ojo o la de un órgano principal, que hacía el artículo 420, n.º 2, derogado.

c”) Especial preocupación debe despertar la cualificación de *gravedad* que debe reunir la enfermedad somática o psíquica para entrar en el tipo del artículo 418, pues se trata de un concepto “standard”, que ni puede ser una puerta abierta a la discrecionalidad del Fiscal o del Tribunal ni tampoco una cualificación de apreciación discrecional del médico. Los Fiscales deberán valorar, a través del correspondiente dictámen pericial, las circunstancias de la enfermedad, su duración, el riesgo para la vida del enfermo que represente, las posibilidades de cronicidad y, en fin, cuanto en el concepto cultural social determina la consideración como grave de una enfermedad.

En este terreno se plantearán cuestiones en torno a la diferencia entre *enfermedad psíquica grave e incapacidad mental incurable*. Así como la enfermedad somática grave debiera ser, en principio, aquella que crea un riesgo cierto para la vida, aunque el concepto es ampliable, como quedó apuntado a otras enfermedades severas; la enfermedad psíquica grave debe ser aquella que cree el riesgo de provocar una psicosis profunda o dar lugar a una incapacidad mental notoria. De otra parte, aunque difícilmente puede concebirse una enfermedad incurable que no pueda calificarse de grave, no lo es menos que excepcionalmente puede existir una perturbación menor de la salud incurable o crónica que no merezca aquella calificación. A este respecto se ha señalado una contradicción entre la enfermedad psíquica grave y la incapacidad mental incurable, contradicción sólo aparente, pues es posible una enfermedad psíquica grave que solo produzca incapacidad transitoria por ser curable y una incapacidad mental incurable que no sea grave, e incluso que no provenga de una enfermedad deliberadamente causada sino de un traumatismo que no buscaba aquel resultado, en cuyo caso habrá que estar al tipo del artículo 421. Al respecto es de tener en cuenta que la graduación de la incapacidad, permitida por el artículo 210 del C.C., puede dar lugar a declaraciones de incapacidad menores, que no estén originadas por una enfermedad psíquica grave sino leve, pero que sean permanentes por ser incurable la causa de la incapacitación.

En cuanto a la distinción entre enfermedad somática y psíquica, es cuestión no esencialmente médica (incluso dentro de la medicina se discute si la enfermedad psíquica tiene o no siempre una base somática), sino a determinar por el intérprete conforme a las normas de la experiencia social y al acervo cultural popular. Ahora bien, dado el carácter de medios abiertos de las lesiones, entrarán en ellas toda alteración del equilibrio psíquico causado por una agresión sea ésta física, sea sexual (así la depresión o neurosis provocada por una violación), sea moral (como los trastornos psíquicos causados por malos tratos o violencias morales).

d”) En cuanto a la *grave limitación de la capacidad laboral*, lo que plantea es si se trata de la capacidad para el trabajo habitual —concepto tradicional del artículo 420— o si debe extenderse a la pérdida de la aptitud para todo trabajo, tanto el profesional como cualquier otro alternativo que pudiera emprender el lesionado. Aunque pudiera mantenerse una interpretación estricta, reducida a la actividad laboral a que viniera dedicándose el lesionado y para la que se hallaba especialmente habilitado, en base al uso del posesivo “su” en el texto del artículo 418, lo que pa-

rece excluir el sentido genérico de la incapacidad laboral, sin embargo, y así deben entenderlo los Fiscales, por el principio de igualdad, la interpretación de “aptitud laboral” no puede reducirse a la actividad que desempeñaba la víctima al tiempo de sufrir las lesiones —piénsese en jóvenes que no tuvieron aún oportunidad de acceder al mercado de trabajo o en parados—, sino que debe extenderse también a otra alternativa actividad futura, sea o no por cuenta ajena y sea o no la habitual del sujeto. Si la incapacidad mental es un resultado típico del 418, la incapacidad física debe serlo igualmente, con igual o mayor razón, aunque sólo se trate de una incapacidad física o síquica laboral.

De otra parte, los conceptos y jurisprudencia del orden laboral en relación a la incapacidad laboral permanente, total o parcial, pueden servir de guía a los Fiscales en este terreno.

e”) Otro punto a destacar es la problemática que plantea hoy la *impotencia* como resultado de una lesión. Aunque a veces puede resultar la impotencia de la mutilación o inutilización de los órganos genitales, conviene recordar que el 421 separa expresamente los resultados de esterilidad de la impotencia.

Conviene aquí recordar la tradicional distinción entre “impotencia coeundi” o incapacidad para realizar el acto sexual, que es la *impotencia* en sentido estricto, y la *esterilidad*, que es la impotencia “generandi”, es decir, imposibilidad de provocar la reproducción como consecuencia del acto sexual. En todo caso la impotencia, sea física o psíquica (según sea el origen de la impotencia) que, precisamente por afectar a tan esencial función, ha de estimarse como grave y que —de ser causada de propósito— debe subsumirse en el artículo 418. Solo si se causa eventualmente como consecuencia de una lesión producida con dolo genérico o indeterminado entrará en el subtipo agravado del artículo 421, n° 2°.

f”) Por último cabe plantearse, si el concepto de *deformidad* debe ser el que hasta ahora se ha venido manteniendo por la “praxis” judicial. Lo que mueve a ese planteamiento se encuentra en la razón de que la elevación de la pena en el artículo 419 quizá obligue a una revisión del anterior carácter extensivo del concepto, ya que supuestos actualmente considerados como deformidad, cuales son la cicatriz en el tercio medio del brazo o la pérdida de una pieza dentaria, no pueden ser equiparables a los restantes supuestos del artículo 419 a efectos de merecer la sanción punitiva en él prevista. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada tras la Reforma, no parece inclinarse por tal vía. En efecto, la reciente Sentencia de 23 de enero de este año ha sentado que el concepto de deformidad es un “standard” en expansión, pues va concediéndose cada vez más importancia a determinados cánones de belleza corporal, indicativos, a su vez, de salud y bienestar, que alcanzan a las relaciones sociales y aun profesionales, en la que se reputa como mérito, al menos inicial, la buena presencia de la persona, cánones o criterios que ya no se confinan al llamado “Bello sexo”, ni a la edad juvenil, sino que se procura extenderlos a cuantas personas se mueven en el actual mundo de relaciones cada vez más extensas, tanto en el ámbito nacional como internacional. La última reforma del Código Penal, por Ley de 21 de junio de 1989, culminando esta progresión del concepto, se refiere por dos veces, en el delito de lesiones, a la deformidad: la causada a propósito (artículo 419) la más grave, pero no contemplada anteriormente, lo que viene a colmar una laguna legal. Y la que sea resultado de las lesiones (artículo 421).

“Por lo demás —continúa diciendo la sentencia— siguen siendo válidos en el

texto vigente al ocurrir los hechos que se enjuician, como en el reformado, los dos criterios en que la doctrina asentó con firmeza el concepto de deformidad, la *permanencia* y la *visibilidad*, bien entendido, que la primera no queda afectada por la posibilidad de eliminar la parte deformada, por métodos quirúrgicos o de otra índole, en actividad posterior a la curación o alta del enfermo, aún cuando dichos medios hayan alcanzado actualmente una alta cualificación en todas las ramas de restauración de la figura o bien parecido de la persona (trasplantes, ortodoncia, etc.), pues, no obstante el perfeccionamiento de dichas técnicas, las mismas pueden conllevar un cierto riesgo para el paciente o, simplemente, no ser aceptadas por el mismo, en atención a consideraciones que sólo competen a su esfera personal. Y, en cuanto a la visibilidad, ya se ha dicho que nuestro Código Penal no exige que la misma se reduzca al rostro, sino que se extiende a toda la periferia del cuerpo, de modo que las huellas o cicatrices de las lesiones, secuela permanente de las mismas, es indiferente que puedan taparse con la ropa o usando otros medios artificiales (pelucas, dientes postizos, etc.). En ambos sentidos, consustanciales a la deformidad, se viene produciendo la jurisprudencia, con más uniformidad respecto al segundo que en cuanto al primero, si bien éste ha acabado por imponerse también en la dirección apuntada. (SS. 16-5-1908, 17-6-1915, 2-12-1927, 22-10-1952, 20-3-1957, 9-12-1971, 28-6-1983, 21-1-1985, 23-4-1986, 18-11-1986, 4-7-1987, 26-1-1988, 27-9-1988, 19-3-1989 y otras)". (Sr. Díaz Palos).

Como vemos, se mantienen los criterios tradicionales definidores de la deformidad, incluido el que ésta no deja de serlo porque sea subsanable con la aplicación de las modernas técnicas reparadoras. De otra parte, requiriéndose en el artículo 419 que el sujeto activo cause de propósito la deformidad, tampoco parece incongruente la pena allí señalada con el desvalor de la acción de quien deliberadamente pretende deformar —“marcar”— a su víctima. Otra cosa es la agravación del n° 2° del artículo 421, que no sólo impide aplicar el 2° párrafo atenuatorio del artículo 420, sino que impone la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo, superior a la señalada en la legislación derogada a las lesiones con deformidad, fueran causadas con dolo de propósito o con dolo eventual. Aquí sí que tal vez se hagan precisas interpretaciones correctoras, para los supuestos de producción con dolo interminado de lesiones leves que vayan acompañadas de resultados deformantes de mínima entidad (pérdida de incisivos, p. ej.). Llamamos la atención de los Fiscales sobre el hecho de que este es uno de los terrenos en que debe jugar, en la legislación actual, la atenuante de preterintencionalidad, que para algo dejó vigente el legislador tras la Reforma de 1983, pues trátanse de supuestos de preterintencionalidad homogénea y la aplicación de la circunstancia 4° del artículo 9°, incluso como muy calificada, resuelve esos problemas con mayor equidad que el importado criterio germánico del concurso. Únicamente si la deformidad se produce por caso fortuito, debe dejar de estimarse como resultado cualificante por imperativo del párrafo 2° del artículo 1° del Código penal y del principio de culpabilidad que es hoy rector de la responsabilidad en nuestro Código.

g”) En relación con estos delitos de dolo reduplicado, se plantea el problema de si cabe la frustración o, de no alcanzarse el resultado pretendido, se aplicará el artículo 421, 2°, (cuando se dé un resultado de los previstos en este segundo precepto pero que no sea el querido por la acción, como exigen, los artículos 418 o 419). La cuestión, en principio, parece clara por cuanto, de conocerse el propósito del autor, podrá determinarse la congruencia entre ese propósito y el resultado: de

existir una desviación, habrá que aplicar los principios del “*iter criminis*” y castigar el hecho como frustrado. Sólo en la frustración del 419, con resultados del 421, n° 2°, podría resultar más grave la penalidad específica de este artículo —prisión menor en grado medio o máximo— que la de la frustración —prisión menor en toda su extensión—, pero la cuestión debiera poder resolverse con la aplicación del principio de consunción o, a lo más, con la del artículo 68. Lo que no sería admisible es el construir un concurso delictivo entre el artículo 419, frustrado y el 421, n° 2°, consumado, pues ello contravendría el principio de consunción según el que, en estos casos, el delito más grave consume los resultados menos graves producidos para ejecutarlo (así como el homicidio frustrado consume las lesiones producidas en la frustración, la mutilación frustrada debe consumir las lesiones producidas en el intento, aunque causen, por ejemplo, una deformidad que no entraba en la directa finalidad de la acción).

c) *Los subtipos agravados del artículo 421.*—El artículo 421 carece de conducta básica propia, pues se remite a la del artículo 420, respecto a la que especializa tres supuestos agravatorios, que contienen otros tantos subtipos agravados, cada uno de los cuales plantea problemas específicos:

a) Con respecto al n° 1°, comienza ya por surgir una duda gramatical, cual es si la expresión “susceptibles de causar daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción”, va referida sólo a “formas” o también a “armas, instrumentos, objetos, medios o métodos”. Parece que la interpretación no es tan difícil, pues ora uno ora otro referente puede ser utilizado, tanto para el inferir la susceptibilidad del riesgo, como para revelar la brutalidad de la acción. Y aunque tal vez la concordancia en el uso del femenino pueda obligar a ligar “reveladoras” con “formas”, en la forma de la acción entran también los métodos, medios e instrumentos usados en el delito.

Pero el verdadero problema que plantea este párrafo es el de si los medios o instrumentos, etc., susceptibles de causar graves daños en él previstos, pueden ser identificados con los “instrumentos peligrosos” del último párrafo del artículo 501, lo que permitiría utilizar aquí la jurisprudencia ya consolidada en torno al segundo de dichos preceptos. Aunque en ambos supuestos late como “*ratio legis*” la idea de aumento del riesgo, en este artículo el riesgo aparece cualificado respecto al del artículo 501, ya que en éste basta la existencia del peligro insito al medio, mientras que en el 420, 1° el riesgo ha de ser *grave* y para la *integridad* del lesionado y no precisamente para la *vida*, interpretación ésta última que hay que rechazar pues podría conducir a que se acabare castigando como lesiones agravadas lo que serían homicidios frustrados: es evidente que, si del uso de un medio susceptible de causar un grave daño se puede inferir el “*ánimus necandi*”, la calificación de homicidio frustrado o intentado es obligada.

En cuanto al sentido de “acusada brutalidad”, debe referirse a toda acción agresiva desproporcionada con el estímulo que la desencadena y demostrativa de menosprecio por la sensibilidad de la víctima y de crueldad y salvajismo en el autor. Aunque puede tener un componente sádico, también puede revelar insensibilidad en el sujeto activo y, en tal sentido, absorbería a la agravante de ensañamiento. En el fondo se trata de una agravación que toma en cuenta la “culpabilidad por el carácter” y en consecuencia el mayor grado de culpabilidad personal del agente, con todo lo que ello encierra de “antijuricidad subjetiva”, concepto hoy repudiado por la doctrina. Sin embargo, en cuanto esa “culpabilidad de carácter” se pena en or-

den a haberse traducido en un concreto comportamiento objetivo, no parece que queden en este caso justificados los recelos que la fórmula despierta, máxime cuando es también utilizada por otros Códigos penales democráticos, como es el sueco.

b') En cuanto al n° 2°, ya se han analizado los problemas que plantean sus resultados típicos en relación con los de los artículos 418 y 419.

Especial atención merece el contenido de culpabilidad y su relación con la preterintencionalidad (que en este caso es, como ya se dijo, claramente homogénea). Como quiera que la mayoría de los resultados previstos como típicos en el artículo 421, n° 2°, de ser causados con dolo de propósito, caerían en los tipos de los artículos 418, y 419, habrá que concluir que aquí se trata de supuestos en que prima el dolo indeterminado. Con ello se vuelve en este subtipo al sistema tradicional de la responsabilidad determinada por el resultado, lo que debe conducir a la afirmación de que en el plano teórico la preterintencionalidad es aquí aplicable, aunque ello plantee la cuestión de diferenciar los supuestos en que la naturaleza de la lesión y las circunstancias del hecho permiten usar la atenuación del párrafo 2° del artículo 420 (que serían aquellos en que no se produjera uno de los resultados típicos de este número y se apreciase una menor gravedad del hecho o de la culpabilidad de su autor), de aquellos otros en que la atenuación deriva de la distancia o discordancia entre la intención del agente y el resultado producido cuando ese resultado es uno de los del artículo 421.2. Como orientación podríamos decir que en los casos en que eventualmente se asuman los resultados como probables, debe ser aplicado en su integridad este precepto, en virtud de concurrir dolo eventual; mientras que si aquellos, posibles pero no probables, ocurren por falta de precaución o exceso en la ejecución de la acción base dolosa, estaremos ante un caso de preterintencionalidad homogénea, complejo de dolo y culpa, con lo que el principio de culpabilidad del artículo 1°, párrafo 2°, no se vulnera; y si los resultados son imprevisibles, estaremos ante un caso fortuito en los resultados excesivos, debiendo pensarse el hecho tan sólo por el artículo 420, sin tener en cuenta para la calificación del hecho resultados excesivos no imputables al agente desde el punto de vista de la culpabilidad. Aunque en el segundo supuesto, de lesión básica dolosa con un resultado excesivo imprudente, podría plantearse la concurrencia de un concurso delictivo (delito doloso frustrado —delito imprudente consumado), la solución más acorde con la técnica actual del Código y la que mejor permite acomodar la penalidad al caso concreto, es la de aplicar la atenuante 4ª del artículo 9, ya como simple ya como muy calificada, según el grado de intensidad de la discrepancia entre la conducta base y el resultado finalmente producido.

c') En cuanto al n° 3°, el término "tortura" ofrece gran perplejidad a la doctrina, discrepando quienes entienden ha de interpretarse en un sentido técnico, de acuerdo con las definiciones de la Declaración de las Naciones Unidas, como acto de sufrimiento físico o mental impuesto por un oficial o funcionario público; y quienes consideran que debe tomarse en su sentido literal y vulgar de "tormento" o producción de dolores, con afán sádico o de infligir sufrimientos, ejecutable por cualquiera. Tesis de sentido extensivo y no limitado o los funcionarios que encuntra un apoyo dentro del propio Código, en el n° 4° del artículo 501, que indudablemente no parece estar redactado en atención únicamente a los casos en que el sujeto activo del robo fuese un funcionario.

Lo cierto es que de seguirse el primer criterio se vaciaría parte del contenido del artículo 204 bis (que recuérdese, sólo por una vulgarización, y no por hacer re-

ferencia específica al término, se viene llamando delito de “torturas”), o se haría inaplicable el artículo 420, 3°, ya que el 204 bis impone a las lesiones cometidas en las condiciones de su texto la pena del tipo de su grado máximo y además la de inhabilitación especial, mientras el 421, 3° impone la pena en grado medio o máximo, esto es, castiga las lesiones con tortura con pena más benigna que el 204 bis, lo que es un argumento más en contra del carácter de delito con sujeto activo cualificado de dicho n° 3° del artículo 421.

En consecuencia los Sres. Fiscales deberán mantener la segunda interpretación, congruente con el 501, 4° (insistimos en que es impensable que ese supuesto de robo se haya construido para ser cometido sólo por funcionarios y no por cualquiera, criterio éste que mantiene también la Jurisprudencia (Vid. S.T.S. 10-III-84; 4-V-84; 23-XII-88), esto es, la de que el artículo 204 bis será aplicable a los sujetos cualificados en él previstos, mientras el 421, 3° lo será a cualquier otro supuesto no comprendido en aquel tipo especial, ya por el carácter genérico del sujeto activo, ya por la finalidad de la acción del funcionario o autoridad, que no sea la de obtener una confesión o testimonio.

d') En cuanto a los delitos de *automutilación o mutilación consentida* para eximirse de un servicio público, previsto en los artículos 422 y 423, su carácter tradicional y consagrado hace que, al no haber sido modificado su texto, no se planteen sobre ellos problemas nuevos que deban ser objeto de esta Circular, salvo el de subrayar que estas mutilaciones por su naturaleza especial quedan excluidas de los tipos de los artículos 418 y 419.

c') *El delito de participación en riña tumultuaria*.—Mayor atención merece el nuevo tipo de participación en riña, castigado en el artículo 424, cuya naturaleza de tipo de mera actividad, frente al carácter de delito de resultado que era propio de la riña tumultuaria de los derogados artículos 408 y 424, debe ser especialmente destacado. Se reproduce aquí la cuestión del concepto de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas que ya se planteaba en el artículo 421.1. En primer lugar cabe preguntarse si es posible distinguir entre medio de agresión o medio de defensa, considerando solo como típicos los primeros. Pero se trata de una distinción sin auténtica relevancia, pues todo medio de defensa activa puede convertirse en medio de agresión y los de defensa pasiva carecen de la condición de peligrosos que exige el tipo. Igual cabe decir de la posible distinción entre medios o instrumentos, toda vez que el empleo de la disyuntiva “o” hace indiferente que se usen medios o se usen instrumentos: siendo peligroso, ambos supuestos satisfacen la hipótesis típica.

Lo que sí debe tenerse en cuenta es que los medios o instrumentos han de tener un contenido real de capacidad de privar de la vida o de atentar a la integridad o salud de una persona, de modo que su uso agrega un “plus” de peligrosidad a la agresión (“ratio legis” ésta del precepto); y que por su *uso* ha de entenderse bien la utilización efectiva durante la riña, aunque se desconozca contra quien, bien el haber sido esgrimidos con el claro fin de utilizarlos en la reyerta. La existencia de la falta del artículo 585, n° 1° obliga a excluir los supuestos de simple *porte* del arma o de que ésta sea sacada en riña, pero sin ánimo de emplearla como medio de agresión.

El nuevo tipo emplea para definir la riña típica la misma expresión que el derogado artículo 408, sobre cuya definición se había pronunciado ya la Jurisprudencia, señalando a aquélla los tres conocidos requisitos de existencia de dos bandos

compuestos de pluralidad de personas: ataque recíproco confuso y desordenado e indeterminado de la persona causante del daño resultante para la víctima, requisitos que —salvo el último propio sólo de un delito de resultado como el derogado, y no de uno de mera actividad, como es el nuevo— son transferibles a la definición de la riña del actual artículo 424, por lo que ni el caso de reyerta mutua entre dos personas cae dentro del tipo (el esgrimir o exhibir armas, en tal caso, constituiría la falta del artículo 585, 1<sup>o</sup>, incluso que se hubiere producido un resultado más grave), ni cabe identificar la confusión en las agresiones o actos concretos de violencia con la indeterminación de los intervinientes, pues el primer requisito para sancionar la participación en riña es la identificación del partícipe acusado.

La figura obliga a plantear el problema de la concurrencia de un resultado lesivo como consecuencia de la riña y si, en tal caso, ese resultado debe ser valorado autónomamente y sancionado en concurso real conforme al artículo 69, o si tal resultado absorbe el precedente tipo de peligro. Al respecto hay que recordar que es propio de esta figura el que no se conozca el autor del resultado, en cuyo caso se castigarán todos los intervinientes en la riña que hubieran hecho uso de los medios o instrumentos peligrosos, tanto de un bando como del contrario, al márgen de dicho resultado, respecto al que debe producirse un sobreesimiento del n<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> del artículo 641 L.E.Cr. Por el contrario, de ser conocido el autor de dicho resultado lesivo, se producirá un concurso real entre el delito de resultado a él imputable y el de peligro atribuible a los demás partícipes en la riña que hubieren hecho uso de medios o instrumentos peligrosos, peligrosidad que quedaría en cierto modo confirmada por aquella causación de un resultado lesivo, aunque sea imputable a otro de los contendientes.

En cuanto a los que tomen parte en una riña de esas características, pero sin hacer por su parte uso de instrumentos o medios peligrosos, no deben considerarse incluidos en el tipo, pues falta en su conducta el elemento de riesgo que es “ratio legis” de la tipificación, esto es, el contenido de antijuricidad material que justifica la punición de la conducta típica. En este sentido, debe prevalecer, por razones de taxatividad y del principio “pro reo”, la interpretación gramatical que pone en relación el sujeto “quienes” con el “utilizando” como complemento del verbo “riñeren”.

Con respecto al supuesto de producirse en la riña un resultado lesivo cuyo autor se desconoce, se ha planteado la cuestión de si podría imputarse responsabilidad civil por la muerte o lesiones producidas por sujetos indeterminado a los reputados como autores del delito del artículo 424, contestando algunos afirmativamente, por cuanto tal resultado deriva de la situación de riña que aparece como un elemento objetivo del evento lesivo, que es por su carácter de confusión y tumulto lo que impide determinar el autor del aquél. Conclusión que estimamos rechazable toda vez que la responsabilidad civil parte de la causación del daño y en este caso, si se castiga la riña y no al autor del homicidio o lesiones resultante de ellas, es precisamente porque se desconoce quien causó tal resultado. En estas condiciones difícilmente podrá establecerse el nexo causal, presupuesto de la responsabilidad civil y sin el que no cabe imputar ésta a una persona determinada.

f) *Los malos tratos habituales a familiares.*—En cuanto al delito de violencias físicas habituales a familiares próximos previsto en el artículo 425, el núcleo de la discusión parece centrarse en el concepto de habitualidad que deben reunir tales violencias físicas para ser delito. Al respecto se observan dos posiciones: la de que-

nes lo interpretan en un sentido jurídico de multirreincidencia en faltas de maltratos, lo que plantearía, por cierto, la espinosa cuestión del “non bis in idem”; y la de quienes en cambio optan, con mejor acierto, por seguir un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, aplicando así la interpretación que la Jurisprudencia ha hecho del concepto en otras figuras del Código que configuran tipos de hábito, cual el artículo 542, siendo suficiente con que tales conductas reúnan las condiciones de cuantificación numérica y proximidad cronológica que se exigen a tales comportamientos para considerarlos habituales. Esta última es, como queda apuntada, la posición correcta y que deben seguir todos los Fiscales en orden a interpretar el contenido de aquel requisito de *habitualidad* de las violencias físicas, exigido en el tipo del artículo 425.

La conducta de “violencia física” habitual ha de recaer sobre uno de los sujetos pasivos designados en el tipo —cónyuge o persona a la que estuviera unido por análoga relación de afectividad, hijos sujetos a la patria potestad, pupilo menor o incapaz sometido a su tutela o guarda—, situaciones todas ellas que habían de ser valoradas conforme a las correspondientes normas civiles de hecho. Lo que quiere decir, que, aunque se trate de un delito de ámbito familiar, no cabe sumar los maltratos aislados a distintos miembros de la familia, para inducir de ello la habitualidad que el tipo exige. En contrapartida, si se producen violencias habituales sobre distintos sujetos pasivos, habrá tantos delitos como sujetos habitualmente violentados, ya que en definitiva el bien jurídico protegido es la indemnidad de la persona y tratase por ello de un hecho jurídico esencialmente individual y eminentemente personal.

La significación típica de que el comportamiento es punible *cualquiera que sea su finalidad* plantea dos cuestiones: la primera es la de que pese a ella y por exigencias del principio de especialidad deben excluirse de su ámbito las conductas cuya finalidad determine la preferente aplicación de otros preceptos, como pueden ser los artículos. 429 o 489 bis; la segunda es la de su compatibilidad con la concurrencia del uso del derecho de corrección, debiendo hacerse aplicación de la causa de justificación prevista en el n° 11 del artículo 8° si la corrección se ejerce en los términos socialmente aceptados para esos casos, ante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 154 del C.C. Sin embargo, los excesos en la corrección devienen antijurídicos y, de ser habituales, constituirán este delito. Excesos que pueden derivarse tanto de la forma inmoderada en que es ejercida la corrección, como de la inadecuación de la supuesta corrección al comportamiento real del corregido.

Lo anterior pone de relieve lo inadecuado del uso del término “violencia física”, en lugar del de “maltratos”, que utiliza el artículo 582, párrafo 2°, expresión esta última que encierra ya en sí un contenido de desvalor que subraya el carácter inadecuado y desproporcionado de las violencias ejercidas. La falta de concordancia entre los dos citados preceptos que esa disparidad engendra, plantea la posibilidad de establecer la distinción entre los respectivos contenidos de esas conductas, distinción dificultosa, pues raramente una violencia física que no constituya maltrato, sino que sea trato adecuado, puede considerarse antijurídica. Pero la consecuencia más grave del empleo de la expresión “violencia física” es la de impedir la subsunción en el artículo 425 de los malos tratos morales o psíquicos habituales, que pueden llegar a ser tanto o más graves que los físicos y que resultan sin embargo, de esta forma, impunes mientras no produzcan un resultado lesivo constitutivo de lesión .

Lo que nos lleva a la cuestión polémica de que si, dada la naturaleza de tipo de mera actividad del artículo 425 ya que no exige para su perfección resultado alguno, en los supuestos en que la violencia física habitual haya causado alguna lesión que precise de tratamiento médico o quirúrgico y sea por ello constitutiva de delito, debe calificarse el caso como un concurso ideal de delitos o, por el contrario, nos encontraríamos ante un concurso de normas, resoluble conforme al principio de consunción, esto es, estimando que el delito de resultado más grave consume a las previas violencia físicas habituales, solución esta última que parece más correcta y acorde con la técnica de aplicación de las normas, lo que obligará a que, al haberse suprimido las lesiones agravadas por la concurrencia de los parentescos que cualifican el homicidio, deba aplicarse siempre en tales casos la circunstancia mixta del artículo 11 como agravante, única forma de sancionar adecuadamente un hecho que, por la habitualidad de la conducta precedente, recibe en principio un mayor reproche legislativo, intensidad del reproche que debe reflejarse de algún modo en la pena.

Evidentemente, si las lesiones causadas por las violencias habituales fueren constitutivas de falta, el artículo 425 consumiría esos resultados que, en cierto modo, están ínsitos en el término "violencia física".

g) *La reforma del artículo 428.* En lo que hace el artículo 428, los principales problemas hacen referencia al alcance y naturaleza de la incapacidad y a las cuestiones procesales que esa autorización provoca.

Respecto a lo primero, se ha planteado la cuestión de si es suficiente la incapacidad de hecho o es necesario que tal incapacidad esté judicialmente declarada, toda vez que el artículo 428 exige la petición del representante legal, lo que hace preciso el requisito de la previa declaración civil de incapacidad. Esta ha de determinar también que la persona así declarada no pueda consentir por sí misma, debiendo recordar al respecto que la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1985 advertía que habrá que estar el contenido de la declaración de incapacidad y a la determinación por el Juez de la extensión de la misma para precisar si la enfermedad o la deficiencia psíquica está o no en la prohibición del artículo 428.

Los aspectos procesales de la obtención de la autorización judicial son abordados en una Consulta que será en breve resuelta por esta Fiscalía General del Estado y a cuyos términos deberán atenerse los Fiscales en su actuación.

h) *Las concordancias son otros preceptos.*— Aunque el legislador ha intentado concordar la nueva tipificación de las lesiones con las remisiones que a las mismas se hacen en otros artículos del Código, a cuyo fin el artículo 15 de la L.O. 3/89 reforma la redacción de una serie de ellos (artículos 57 bis, b); 139, 2°; 204 bis, párrafo 2°; 233, párrafo 1°; 411, párrafo último y 501, núms. 2°, 3° y 4°), la concordancia no ha sido completa, pues en esa tarea al legislador se le han escapado otros artículos en los que subsiste en las remisiones el uso de la derogada terminología de las lesiones. Tal ocurre con los artículos 136, párrafo 2° (*lesiones graves* a un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida); 137 bis, n° 3 (*genocidio, lesiones graves*); 144, párrafo 3° (*lesiones graves* al Jefe del Estado); 411 ("cualquier otra lesiones grave"), y 414, párrafo 2° (*lesiones graves* a la embarazada, en el aborto "honoris causa" cometido por ascendientes).

En todos estos casos se plantea el problema de cómo debe interpretarse hoy el término *lesiones graves*, cuyo contenido auténtico ha desaparecido de la clasificación que de las lesiones hacía el Código (antiguo artículo 420).

Dos soluciones son posibles: o mantener una interpretación histórica, acudiendo para determinar si una lesión es grave, a fin de integrar aquellos tipos, a su significado en el momento en que fueron redactados y promulgados, esto es, al contenido del hoy derogado artículo 420; o acudir a una interpretación sistemática, tratando de inducir las “mens legis” a través de los preceptos actualizados en que aquella expresión de “lesiones graves” ha sido sustituida por la expresa referencia a la nueva tipificación de las lesiones, que en definitiva son los reformados por el citado artículo 15 de la Ley y antes reseñados y el párrafo 2° del artículo 565, que tipifica la impericia o negligencia profesional (antiguo párrafo 5°, que contenía idéntica remisión a las *lesiones graves*). Según esta última interpretación, siempre que algún precepto del Código haga una remisión a “lesiones graves”, éstas serán las de los vigentes artículos 418, 419 ó 421.

Sin embargo esta última interpretación no resuelve el problema dentro del artículo 411, párrafo 3°, en el que la antigua remisión al artículo 420, n° 1° ha sido sustituida por la cita del n° 2° del artículo 421, pero se ha conservado en el inciso final la referencia a “cualquier otra lesión grave”. Estas no pueden ser, pues, las del n° 2° del artículo 421, ni tampoco, y salvo excepciones de peligrosidad o inadecuación peligrosa del medio usado (así, la tradicional aguja de calcear, p. ej.) es concebible la aplicación de los números 1° y 2° de dicho artículo, en principio incompatibles con lo que es la mecánica usual y normal de una práctica abortiva. Por ello subsiste la duda de si cabe ahora un concepto de lesión grave al margen de las calificaciones expresas del Código y subsumible en el tipo básico del artículo 420, cuya construcción como concepto normativo no expresamente tipificado habría de hacer el intérprete, con todas las consecuencias negativas para la seguridad jurídica que ello encierra.

Por lo mismo y siempre que se plantee la cuestión, los Fiscales en la opción entre las posibles vías interpretativas examinadas, deberán inclinarse por la segunda, esto es, la sistemática, como más acomodada a la “mens legis”, a la nueva realidad penológica y a la propia evolución del concepto de lesión grave (recuérdese que p. eje., en el n° 4° del antiguo 420, estaba penada como lesión grave la que tardara en curar más de 30 días, que hoy sería subsumible en el artículo 420 y hasta admitiría su castigo atenuado conforme al párrafo 2° de tal artículo).

#### IV

### LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Es éste uno de los puntos que más modificaciones ha sufrido en los últimos tiempos, como consecuencia de la profunda evolución que los comportamientos sociales y la propia valoración de las relaciones sexuales han venido experimentando. Desde la propia rúbrica del título que de “Delitos contra la honestidad” ha pasado a ser denominado “Delitos contra la libertad sexual”, expresando así que el acento de la antijuricidad se pone en el atentado al bien jurídico individual de la libertad sexual y no a las concepciones colectivas sobre lo que es o no honesto —lo que ha de tener el consiguiente influjo en los criterios interpretativos de los tipos concretos— hasta la última reforma de la violación, ampliando el acto violador de la imposición del tradicional y propio yacimiento carnal a los accesos carnales por otras vías eróticas, es lo cierto que las reformas se han ido sucediendo en esta materia,

desde la Ley de 26 de mayo de 1978, despenalizadora del adulterio y amancebamiento, pasando por la Ley de 7 de octubre de 1978, que modifica los delitos de estupro y raptó y despenaliza la propaganda y expendición de medios anticonceptivos; la mayor valoración de la trascendencia pública de la violación, a través de la eliminación de los efectos del perdón llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal; la contraria privatización de las tradicionales figuras del *escándalo público*, sustituido ahora por las de “exhibicionismo” y “provocación sexual”, sometiéndolo el primero, cuando de mayores se trata, al régimen de denuncia previa, que se produce con la Ley Orgánica de 9 de junio de 1988; hasta las importantes reformas de la L.O. 3/1989 que constituye el objeto de esta Circular.

A) *El nuevo concepto extensivo de violación.* El concepto tradicional de la violación, recogido en la veterana fórmula del artículo 429, que databa ya del Código penal de 1848, era claro: se trataba de un “yacimiento carnal” realizado en las condiciones del tipo, entendiéndose por tal la cópula propia, esto es, un coito heterosexual, con la conjunción de los órganos sexuales masculino y femenino. Esto trascendía al ámbito de los sujetos activo y pasivo de este delito, pues sujeto activo propio sólo podía serlo un varón y sujeto pasivo lo era únicamente la mujer.

Pero ese concepto tradicional había sufrido el impacto de nuevas concepciones, tanto sociales, como penales. Socialmente se entendía que eran equiparables a la violación otras modalidades de cópula impropia, especialmente el coito anal, ya fuera la víctima una mujer, ya un varón, y así se leía con frecuencia en la prensa reportajes o artículos sobre las “violaciones de jóvenes reclusos”, para referirse a quienes internados en prisión sufrían atentados sodomitas de otras personas. También la doctrina penal se inclinaba por equiparar a la violación la cópula sodomita violenta, fuera heterosexual, fuera homosexual. El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980 (art. 202), contempló en su subtipo atenuado de violación “otros accesos carnales” distintos del yacimiento, lo que mantuvo la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (artículo 171). Y por último, la propia Sala 2ª del Tribunal Supremo, aunque considerase que por razones de legalidad no cabía incluir en la violación la relación sodomita impuesta, elevó al Gobierno una moción para que se reformara el Código penal dando el mismo tratamiento punitivo a ambas conductas (Sentencia T.S. 7 de noviembre de 1987).

La L.O. 3/1989, al dar una nueva definición de la violación como el “acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”, ha ido más allá de esas inquietudes sociales y de los precedentes jurídicos citados, al incluir en aquélla lo que el Preámbulo de la Ley denomina “el coito vaginal, el rectal y el bucal”; esto es, equiparando no sólo el yacimiento carnal y la relación sodomita, sino también el que denomina, sin definirlo, *coito bucal*. Ello obliga a una especial labor de exégesis, en cuanto que el término “acceso carnal” es un concepto normativo cuyo significado habrá de elaborar el intérprete y cuyo exacto alcance trasciende a un buen número de problemas en la estructura del tipo.

a) La acción de la violación, según su nueva definición consiste, pues, en tener “acceso carnal con otra persona”.

La utilización de la expresión “acceso carnal” no es empero necesariamente inequívoca, pues gramaticalmente hablando significa tanto “ayuntamiento carnal”, lo que sería un simple sinónimo del tradicional yacimiento, como la “acción de llegar o acercarse”, lo que permitiría considerar accesos el simple contacto de órganos,

dando así al concepto gran extensión, excluyendo los tradicionales conceptos de frustración; así como también la “acción de entrar en algún lugar”, lo que debería conducir a exigir una penetración en cualquiera de las cavidades típicas, pero dejaría en suspenso la cuestión de qué es lo que debe penetrar para satisfacer propiamente el tipo, si únicamente el órgano sexual masculino, esto, es, el pene, o cualquiera otro de los órganos corporales utilizados para producir satisfacción sexual (así, una penetración lingual o digital).

Esa cuestión trascendente para centrar los límites del nuevo delito de violación habrá de ser abordada racionalmente, con los criterios de interpretación histórica, lógica y teleológica o de acomodación a la finalidad de la norma, que deben ser usuales en la tarea del intérprete:

*Históricamente* no debemos olvidar el criterio jurisprudencial que exigía, para la consumación de la violación, la introducción más o menos plena del pene en la vagina, esto es, exigía un principio o mínimo de *penetración* (Vid. Sentencias Tribunal Supremo de 19-IX-1983; 31-III-1984; 17-X-1986; 22-IX-1987). *Gramatical y lógicamente* el término “acceso carnal” debe tomarse en su interpretación literal más propia de ayuntamiento carnal o conjunción de órganos, si bien habrá que extender ese concepto de órganos a las zonas o vías legalmente tuteladas en el tipo contra esa clase de agresiones, lo que obliga a rechazar el significado restringido de mero “ayuntamiento carnal propio” por expresa extensión del tipo a los ayuntamientos anal y bucal. Igualmente debe rechazarse el significado extensivo de simple “aproximación o acercamiento”, ya que lo contrario llevaría, de un lado, a extender en exceso el carácter de la violación comprendiendo en ella roces o caricias que no constituyen, ni en la intención ni en el sentido social, propiamente actos de conjunción sexual plena, ni tendrían el contenido de antijuricidad material suficiente para merecer un reproche penal tan duro; mientras que de otro reduciría en exceso el ámbito de la tentativa y la frustración.

Por último, desde el punto de vista del *fin de la norma*, la propia extensión de la tutela de la cavidad sexual propia o vagina a otras cavidades corporales —ano y boca—, debe obligar a una interpretación más estricta del acto típico, para evitar que la extensión de las zonas típicas no conduzca a un exceso punitivo de acciones que no son merecedoras de la tutela penal reforzada de la violación, por no reunir en el concepto social el mismo grado de reproche. Igual que se rechazó como violación consumada el simple coito vestibular o penetración sólo en los genitales externos o grandes labios (S.T.S. 20-V-1977), habría que considerar como acción insuficiente para satisfacer el concepto de violación la simple aproximación del pene a los labios de otra persona o el simple contacto de dos vulvas en un acto homosexual femenino.

Y partiendo ya de la base de que el “acceso carnal” exige una *penetración* (total o parcial), debe llegarse a una interpretación estricta de esa penetración y del órgano que ha de producirla por la misma índole de las razones antes expuestas:

*Históricamente el “acceso carnal” designó siempre una penetración del órgano sexual masculino, más generalmente en la vagina, pero también en otras cavidades erógenas, especialmente la anal. Ello encuentra apoyo en el uso de la expresión coito en el Preámbulo de la Ley, para referirse a las nuevas acciones típicas (“... incluir en el delito de violación además del coito vaginal, el rectal y el bucal”)* lo que constituye una referencia indudable al uso del órgano sexual masculino en la realización del acto. En estos términos, considerar incluidas en el tipo otras clases de penetra-

ciones, como la lingual o digital, representaría el uso de una analogía contra reo, prohibida en Derecho penal y que chocaría con el principio de legalidad. *Teleológicamente* consideramos que también sería contradictoria con el desvalor social de las acciones respectivas y el real alcance de la tutela de la norma, una interpretación extensiva que admitiera como violación las penetraciones lingual o digital, que conduciría a reacciones punitivas insostenibles por excesivas. En efecto, como quiera que no cabe hacer distinciones sobre el alcance de la acción de “acceso carnal”, según sea la cavidad a que se acceda, resultaría que el admitir como violaciones los accesos linguales, obligarían a penar también como violación los besos linguales, lo que indudablemente nadie aceptaría como razonable y congruente con el principio de mínima intervención de la tutela penal; y ya no digamos de los tactos o penetraciones digitales, socialmente admitidas como caricias menores.

En consecuencia, conjugando los anteriores argumentos con la mentalidad del legislador expresada en el Preámbulo de la Ley, habrá que entender como “acceso carnal” que constituye la acción típica de la violación el *coito* en sentido lato o extensivo, por vía vaginal, anal o bucal, en el que uno de los protagonistas debe ser un varón y el elemento que acceda, el órgano sexual masculino.

Por lo expuesto, en sus calificaciones los Fiscales se atenderán a los siguientes criterios:

1º) Entenderán por violación la penetración del pene en una de las cavidades tuteladas (vagina, ano o boca) siempre que se den cualquiera de las demás condiciones típicas que describen los tres números del artículo 429.

2º) El carácter más o menos completo de la penetración se valorará en el terreno del “*iter criminis*”, utilizando las declaraciones de la jurisprudencia de la Sala 2ª, y teniendo especialmente en cuenta que para la consumación es suficiente la “*inmissio penis*”, pero no es en ningún caso, sea cual sea la actividad penetrada, exigible la eyaculación dentro de ella.

3º) Que las penetraciones linguales o digitales, así como las que se realicen con otros objetos, incluso analógicos (consoladores o pene artificial) deben quedar relegadas a la condición de *agresiones sexuales* punibles conforme al artículo 430. En este tipo deben incluirse también las relaciones homosexuales femeninas impuestas, en las que no se da la penetración fálica.

b) En cuanto a los *sujetos activos y pasivos* sufren también una ampliación. Ampliación que es incuestionable en el sujeto pasivo, que de serlo necesariamente una mujer, pasa a serlo cualquier persona, con indiferencia de su sexo, pues como dice el Preámbulo de la Ley “con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres”.

Mayor problema plantea la extensión del sujeto activo, como *autor propio* (por extensión siempre pudo serlo cualquiera, ya como inductor, ya como cooperador necesario: S.T.S. 10-VII-1982; 28-V-1983; 25-II-1986; 7-XI-1987) del varón —*único* sujeto activo en la tipificación tradicional de la violación— a la mujer —*susceptible* sujeto activo en la nueva redacción del tipo, cuando el acceso carnal sea impuesto por ella—. Aunque el concepto a que se ha llegado sobre el significado del “acceso carnal” pueda inclinar a mantener el criterio tradicional, excluyendo a la mujer como autor propio, entendiendo que el acceso no es propiamente el acto sexual o coito, sino la penetración, por lo que sólo podrá ser sujeto activo el que tiene capacidad de penetrar violentamente y no el que fuerza a otro para que le penetre, ello no

debe ser así, ya que tutelados como sujetos pasivos los varones y las hembras y siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquiera que sea aquél de quien parta la imposición del acceso carnal en las condiciones del artículo 429, lesionando con ello el bien jurídico de la libertad sexual del sujeto pasivo, será el autor del correspondiente delito. En consecuencia, cuando quien imponga el acceso carnal, (entendiendo como acto sexual por las vías típicas o coito en el sentido amplio que le da el Preámbulo de la Ley), sea una mujer, también estará ésta ejecutando la acción típica. Hay que romper con el estereotipo tradicional de que la mujer es la protagonista inactiva de la relación sexual, en la que toda iniciativa corresponde al varón, manteniendo también en esto la igualdad de sexos.

Esa aptitud de la mujer para ser sujeto activo del nuevo tipo de violación aparece clara en los supuestos de los núms. 2º y 3º, en que la relación sexual que comporte un acceso carnal puede venir impuesta por una mujer a un varón, ya privado de sentido o abusando de su enajenación, ya menor de 12 años cumplidos. Mayor dificultad, pero no imposibilidad, plantea el núm. 1 del artículo 429, por las especiales condiciones que el logro de la erección exige y que no siempre son compatibles con el uso de la fuerza o la intimidación o la imposición de una relación sexual que no se desea. Pero la literatura erótica contiene ejemplos de esa imposición de relaciones sexuales forzadas al varón y de uso de medios mecánicos o químicos para lograr la erección que, aunque no suelen darse en la realidad, son lo suficientemente expresivos para no excluir en el terreno dogmático la posibilidad de que también la mujer use la fuerza o intimidación para tener acceso carnal con un hombre, no ya por vía bucal, que no exige de la erección, sino incluso por cualquiera de las otras vías contempladas en la nueva redacción del artículo 429.

c) En cuanto a las *modalidades típicas* permanecen inalterables las de los núms. 1º y 3, para los que siguen siendo aplicables las declaraciones jurisprudenciales anteriores a la reforma. Aunque sobradamente conocida por los Sres. Fiscales, parece oportuno insistir en la tradicional posición jurisprudencial sobre la valoración de las condiciones de la fuerza, no como “vis absoluta” que exigiera una resistencia heroica o casi heroica, sino como la suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo dadas las circunstancias del caso concreto: mayor o menor pusilanimidad de la víctima; la soledad del lugar y el convencimiento de la inutilidad de la resistencia; el temor a males mayores etc. (S.T.S. 16-VI-1978; 16-XI-1981; 16-VI-1985; 24-X-1988); incluso es irrelevante el cesar en la resistencia inicial y el desistimiento de la misma ante su inutilidad (S.T.S. 18-II-1983; 17-III-1987). Recuérdese también la interpretación puramente cronológica del límite de edad fijado en el núm. 3º (S.S.S. 10-VI-1965; 20-XII-1983).

En cambio el núm. 2º ha sufrido una modificación que sí incide en su alcance: “cuando la persona se hallase privada de sentido o cuando se abusase de su enajenación”, dice ahora.

Aunque la “privación de sentido”, es situación tradicionalmente acogida por este número, el estado mental del sujeto pasivo sufre un cambio: de meramente “estar privado de razón”, que era una situación objetiva cuya concurrencia era suficiente para integrar el 429, pasa a ser un concepto tendencial ya que exige que se *abuse* de su enajenación. Si objetivamente los términos “privado de razón” o “enajenado”, pudieran estimarse equiparables, la nueva condición tendencial sí altera sustancialmente el contenido de la conducta típica.

El alcance de la *enajenación* habrá de establecerse en función de la sistemática

del Código, esto es, poniéndolo en relación con la eximente 1ª del artículo 8º. Sin embargo el paralelismo no tiene por qué ser absoluto, esto es, exigiendo en el sujeto pasivo enajenado las mismas condiciones de profundidad de la enajenación que determinarían su plena inimputabilidad, sino que debe relacionarse con la naturaleza y profundidad del *abuso*, en términos que quede claro que el sujeto activo manipuló y se aprovechó del estado mental del sujeto pasivo para tener con él acceso carnal. Independientemente de la intensidad de la enajenación, si en el caso concreto se aprecia la existencia de un *abuso* de tal situación, se dará el delito.

En definitiva, es de notar que ya no se trata de hacer incapaces para la relación sexual a los enajenados, convirtiendo en delito cualquier trato sexual con ellos por la objetividad de su estado psíquico, sino que admitiéndolos a una sexualidad libremente consentida (dentro del área de libertad que cada enajenado conserve), lo que se pretende es facultar la indemnidad del bien jurídico de la libertad sexual, protegiendo a estos sujetos, cuya indefensión es mayor, contra las manipulaciones que se produzcan por parte de terceros que pretendan aprovechar tal indefensión para imponerles un acceso carnal que de otro modo aquéllos no admitirían.

En el concepto de *abuso* ha de incluirse no sólo toda maquinación ingeniosa o manipulación engañosa de los sentimientos o ideas y delirios del enajenado, sino también el prevalimiento de la superioridad intelectual de las personas normales tienen sobre los deficientes mentales. Esto es, la utilización de la menor capacidad psíquica o intelectual del enajenado para captar su voluntad o hacer inútil sus negativas, podría subsumirse en el concepto de “abuso”.

La realidad es lo suficientemente rica como para no pretender catalogar los supuestos de abuso, que deberán ser valorados en cada caso concreto para calificar el hecho como violación, simple estupro de prevalimiento, e incluso acto atípico por ausencia de un *abuso* o de la utilización de una situación de superioridad.

Aquel planteamiento repercute en el área del error de tipo. Así como el error sobre la edad del sujeto pasivo puede determinar que entren en juego los párrafos primero y segundo del artículo 6 bis a), lo mismo ocurrirá respecto a la *privación de sentido*. Como situación puramente objetiva, el error sobre la condición de enajenado del sujeto pasivo, sea o no vencible, es irrelevante, ya que, más que afectar a un elemento objetivo del tipo, lo que hace desaparecer es el elemento subjetivo del injusto representado por el abuso: al no ser consciente el sujeto activo de la condición de enajenado del sujeto pasivo, mal puede *abusar* de esa condición, por lo que su acción no satisface el tipo, siendo por ello indiferente, repetimos, que ese error sea o no vencible.

b) *Las agresiones sexuales*. La reforma introduce el término de *agresión sexual* en los artículos 430 y 436 bis del Código penal para sustituir a la tradicional expresión de *abusos deshonestos*. El término carece de antecedentes, ya que los intentos de reforma (Proyecto de 1980, Propuesta de 1983) utilizaban el menos novedoso pero más expresivo de *abusos sexuales*. La cuestión está en si la utilización del término *agresión*, aparte de subrayar que el acento se pone ahora en el ataque a la libertad sexual del sujeto pasivo, lo que parece lógico y congruente con el nuevo contenido de la antijuricidad de estos delitos, implica también un cambio en el alcance de la acción, ya que la agresión es un acto más contundente o con un contenido de actividad más agresiva, valga la redundancia, que el simple acto abusivo. En otras palabras: si el atentado a la libertad sexual, para ser típico, ha de contener un elemento material y activo de ataque, lo que eliminaría ciertos comportamientos pa-

sivos, como el “voyeurismo” (Vid. el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29-I-1979) o las acciones en que la actividad viene realizada por el sujeto pasivo, en beneficio sexual del responsable de la acción (masturbación del sujeto activo, por ejemplo). (Análogo problema plantean las agresiones verbales, que inciden más en el ámbito de la intimidad o respeto a la persona que en el de la libertad sexual, por lo que su tipificación parece sería más adecuada en el artículo 585, nº 4º, salvo que constituyeran manifestaciones de la tentativa de un delito contra la libertad sexual).

La existencia de agresiones sexuales no violentas, penadas en el artículo 436, debe conducir a una interpretación no literal, sino teleológica (agresión al bien jurídico de la libertad sexual) de ese concepto de *agresión*. Por lo que, al menos mientras no se produzcan correcciones jurisprudenciales, debe entenderse por agresión sexual todo ataque a la libertad sexual de otro, imponiéndole actos o comportamientos sexuales en las condiciones típicas, sin que el contenido de las acciones se estime en principio diferente a las de los derogados abusos deshonestos. En esas condiciones, dos son los límites definidores de la conducta típica: una, positiva, el carácter de la acción, que ha de ser atentatoria a la libre sexualidad del sujeto pasivo y ejercitarse con tendencia sexual; y otra, negativa, no constituir uno de los accesos carnales integrantes de la violación o el estupro. Al sufrir estos últimos una ampliación, se ha reducido el ámbito de los artículos 430 y 436 al sustraerse de su tipo supuestos de accesos carnales (el anal y el bucal) que antes se castigaban como abusos deshonestos. Por último, la concurrencia de las modalidades típicas de la violación o del estupro conducirán a subsumir la agresión sexual en el artículo 430 o en el 456.

Especial consideración merece el subtipo agravado del último inciso del artículo 430, que aparece referido a especiales conductas brutales o degradantes para la víctima. La primera modalidad, referente a la introducción de *objetos*, integra ya por sí misma el subtipo. Por objetos habrá que entender cosas inanes, excluyendo penetraciones de órganos que forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (penetración digital o lingual), que sólo cuando se den en especiales condiciones vejatorias o degradantes para la víctima, constituirán la agravación del segundo supuesto. Este último contiene un elemento tendencial, de menosprecio de la víctima, que puede derivar tanto de un espíritu sádico como injurioso o de humillación sobreañadida.

Respecto a esta modalidad agravada es de resaltar que, integrándose la antijuricidad más en el atentado a la libertad sexual que en el ataque a la honestidad, no siempre será exigible un ánimo lúbrico en el sujeto activo —ánimo que sí estará presente en los atentados sádicos—, sino que puede ser sustituido por otros ánimos como el de venganza o el de menosprecio, siempre que se produzcan en el terreno sexual o en relación con él, esto es, aprovechando el significativo sexual del acto ejecutado. Así, parece oportuna la aplicación de esa agravación a supuestos análogos al de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28-V-1989, de quien por celos y con ánimo de venganza introdujo una barra de metal ardiente en la vagina de una mujer causándole graves lesiones (lesiones que, lógicamente, deben entrar ahora en concurso con el delito de agresión sexual).

C) *El estupro*. En el capítulo del estupro, los artículos 434 y 435 han permanecido inalterados. Sin embargo se ha planteado la cuestión de si de algún modo la nueva redacción del artículo 429 ha incidido en una modificación del inicial conte-

nido de esos preceptos, en los que el “acceso carnal” que describía la acción se entendía reducido a los accesos vaginal y anal. De un lado, se dice, la interpretación sistemática y la unidad de significado de los conceptos legales utilizados en los distintos preceptos del Código debe conducir a entender que también el acceso bucal, que de producirse violentamente constituiría violación, debe considerarse integrado en el estupro si se produce con prevalimiento o engaño. De contrario se alega que ello representaría una modificación encubierta de los artículos 434 y 435, ampliando su inicial contenido, lo que iría contra el principio de taxatividad de los tipos y el de la interpretación restrictiva de los preceptos punitivos.

La primera de las expresadas interpretaciones debe entenderse como más correcta y conforme con los principios legislativos e interpretativos. Si el legislador, al modificar la violación (artículo 429), ha estimado que el acceso bucal debe ser equiparado en la tutela de la libertad sexual (ante actos violentamente impuestos y en el tratamiento punitivo de tales actos), a los otros accesos carnales que se citan expresamente, esa igualdad de tutela y de tratamiento punitivo debe extender también al estupro, como tipo que ampare la libertad sexual de las acciones realizadas con prevalimiento de una situación de superioridad (artículo 434) o engaño (artículo 435). Romper esa equiparación de trato sería contrario a la “voluntas legis”, sin que el hecho de que los preceptos del estupro no hayan sido modificados sea significativo, por cuanto la modificación era innecesaria precisamente en el momento en que, desaparecida la disparidad de términos respecto al artículo 429, en éste aparece expresamente explicitado el alcance de los accesos carnales típicos.

D) En los delitos de *corrupción de menores* se ha corregido el desfase sociológico de mantener el límite de la edad tutelable en los 23 años, cuando la mayoría de edad civil había venido siendo señalada en límites más bajos hasta llegar a los 18 años consagrados constitucionalmente. Considerar necesitados de tutela en el ámbito sexual a personas a las que se les reconocía la plena capacidad de disposición en todos los demás ámbitos personales y patrimoniales era un anacronismo histórico, que ahora se corrige.

Sin embargo, la aplicación retroactiva de las normas desincriminadoras puede originar ciertos problemas en el terreno de revisión de las sentencias, en los supuestos en que el hecho debiera subsidiariamente considerarse constitutivo de un delito de prostitución de mayores, puesto que la defectuosa técnica del Código, reiteradamente señalada por la doctrina, de imponer mayor pena a la prostitución de mayores (artículo 452 bis a): prisión mayor en su grado máximo, que a la de menores (artículo 452 bis b): prisión menor en sus grados medio y máximo) puede provocar conflictos con el principio acusatorio y la no aplicación retroactiva de un precepto más grave. Ciertamente serán pocos los supuestos en que el conflicto se presente pero, de producirse, los Fiscales deberán formular consulta, de no poder resolver el caso concreto con la aplicación normal de las reglas interpretativas.

E) Con respecto a las *disposiciones comunes* son de destacar los siguientes extremos:

1º) El artículo 443 amplía la facultad-función del Ministerio Fiscal en orden a la denuncia previa para perseguir los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto a todos los menores e incapaces, no limitándolo como antes a los menores de 16 años y a las personas que fuesen de todo punto desvalidas. Desaparecen las referencias a las Juntas de Protección de Menores y Tribunales Tutelares de Menores como consecuencia de la desaparición de las primeras (R.D. 1449/1985,

1º de agosto, disposición adicional segunda, en relación con el artículo 85.2 de la L. 50/1989 que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1985), así como la sustitución de los Tribunales Tutelares de Menores por los Juzgados de Menores (disposición adicional 1ª.1 de la L.O.P.J. en relación con los artículos 96 y 97 de la misma) y las nuevas concepciones en orden a la actividad de protección.

En cuanto al uso de esa acción de denuncia por el Fiscal, ha de concebirse más que como una facultad como una función, en cuyo ejercicio han de tenerse en cuenta no sólo los intereses públicos de la persecución del delito sino también los intereses personales del menor o incapaz, al que ante todo viene obligado el Fiscal a tutelar, de modo que puede darse el caso de que tales intereses, bien por el impacto que en su formación pueda tener la celebración del juicio, bien por otras razones en que el beneficio para el menor esté a favor de la impunidad, aconsejen no denunciar. En caso de duda los Fiscales pedirán asesoramiento de psicólogos o asistentes sociales en orden a ese punto, teniendo en cuenta que, como delito semi-público, no están en este terreno sometidos a la obligación que impone el artículo 105 de la L.E.Cr. y sí en cambio a la defensa de los intereses del menor o incapaz, conforme al artículo 3º, nº 7 del Estatuto.

Es de tener en cuenta también que la facultad de denuncia del Fiscal no es subsidiaria a la de los otros representantes de los menores o incapaces que expresamente cita el artículo 443 (ascendientes, representantes legales o guardadores de hecho), como ocurre con estos últimos que habrán de hacerlo por "este orden", sino que la facultad del Fiscal es alternativa (el Ministerio Fiscal es citado disyuntivamente después de establecido el orden en que han de hacerlo otros representantes) y puede ser ejercida, aunque lo hayan omitido expresamente los demás representantes, cuando los intereses del menor o incapaz lo aconsejen y el Fiscal entienda que tales intereses no han sido debidamente atendidos por quien ejerce la patria potestad, tutela o guarda de hecho.

2º) Se ha precisado el alcance de la inoperancia del perdón en estos delitos, señalando que "no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase" (artículo 443, párrafo 2º). Con ello se pone fin a las insuficiencias de la inicial redacción dada a ese efecto del perdón en la reforma de 1983, que no sólo se reducía a la violación, sino que limitaba sus efectos a la extensión de *la acción penal*, con lo que se planteó la duda de si extinguiría, en cambio, la *responsabilidad penal*, esto es, la pena ya impuesta, por aplicación de la regla general del nº 5 del artículo 112. Con ello el perdón no podría evitar la persecución del delito, pero podría condonar la pena, lo que era contrario a toda economía procesal y a la propia racionalidad del sistema.

3º) La modificación del artículo 446, congruente con la necesidad de concordar el precepto con otras reformas civiles, administrativas y orgánicas no presenta cuestiones nuevas. Sólo es de notar, al respecto, que se suprimen las tradicionales facultades de intervención y depósito de menores, poniéndose el acento en la actuación de las Entidades Públicas que tienen encomendada la protección de los menores y, en su caso, en la del Ministerio Fiscal.

## V

### LAS REFORMAS EN LOS DELITOS CONTRA LA FAMILIA Y CONTRA LOS NIÑOS

Sin llegar a crear un verdadero grupo de delitos contra la familia o, como decía

la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, “contra las relaciones familiares”, sí se han producido modificaciones en el Capítulo III del Título XII del Libro II, del Código, que profundizan en la tutela de las situaciones familiares y los derechos de la infancia y que conviene examinar:

A) *La reforma del abandono de familia.* El párrafo 2º del artículo 487 ha sufrido una modificación en el señalamiento del sujeto activo, que trasciende del mero retoque gramatical; en efecto, la expresión inicial “cuando el culpable dejare...”, ha sido sustituida por “el que dejare...”. Con ello hay que entender que se ha querido recuperar la inicial intención del legislador, que tomó la figura del Código penal italiano donde la paralela fórmula agravada del párrafo 2º del artículo 487 constituía un tipo independiente de la figura base, punible por la mera ejecución de la conducta de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento de los sujetos pasivos tutelados en el tipo, por lo que se pretendió crear un delito cualificado y distinto del abandono de familia básico previsto en el párrafo 1º del citado artículo. Confirmaba ese propósito el hecho de que en este párrafo existiera ampliación de los sujetos pasivos típicos, al incluir a los ascendientes, que no figuraban entre los del párrafo primero; así como se agregaba la condición restrictiva especializante de que se hubiera de tratar de hijos menores o *incapaces para el trabajo* o el cónyuge, *necesitados*, lo que no exigía la figura base.

Pese a ello, sabido es que la Jurisprudencia vino considerando el subtipo de mera modalidad de la conducta del párrafo 1º, siendo por ello exigibles para su aplicación, no sólo los requisitos que en el párrafo segundo se establecían, sino además que se dieran cualquiera de los dos presupuestos de aquélla, esto es, el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada (Vid. p. ej. S.T.S. 3-III-1987). Esa tesis encontraba cierto apoyo en la expresión “cuando el culpable...” que parecía referirse al culpable de un abandono de familia común (aunque el argumento fallaba cuando de ascendientes se trataba, pues respecto a ellos no podría darse tal abandono básico).

Tras la reforma, expresando la fórmula “el que...” la existencia de un sujeto activo no cualificado y referido ese sujeto a la conducta descrita en la hipótesis típica del párrafo 2º y no la del 1º, no parece posible pretender integrar el delito con requisitos y presupuestos que la descripción típica no cita ni exige, por lo que debe entenderse como un subtipo distinto, con estructura y requisitos propios y que funciona autónomamente y así lo postularán los Fiscales.

B) *El nuevo artículo 487 bis.* Una pretensión de ciertos sectores sociales era la de criminalizar el impago de pensiones provenientes de situaciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial, cuyo incumplimiento frecuente no encontraba sanción adecuada ni por la vía civil, ni recurriendo a ciertos tipos penales, como el de abandono de familia o la desobediencia, por que no siempre se daban las especiales condiciones exigidas en estos tipos —el abandono malicioso del domicilio familiar era imposible en los supuestos de ruptura legal de la convivencia; la conducta desordenada rara vez podía alegarse y el previo requerimiento para la desobediencia no siempre se había producido—. (Recuérdese lo expresado sobre la necesidad y dificultades de promover el cumplimiento sobre los convenios y decisiones judiciales al respecto, en la Circular de esta Fiscalía General del Estado 3/1986.)

El nuevo tipo, que encuentra su antecedente en el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y que sanciona el incumplimiento reiterado en tres meses consecutivos o seis alternos de las prestaciones económicas en favor del cón-

yuge o de los hijos, establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad, ha planteado, aparte de las divergencias de criterio sobre su oportunidad y acierto configurativo (se ha censurado el que, mientras se tutelan prestaciones cuyo fundamento no es asistencial —así la pensión o prestación complementaria del artículo 97 del C.C.—, se dejan sin protección otras de igual interés y valor, como los alimentos de los hijos o ascendientes necesitados, caso de subsistente matrimonio o los de los hijos no matrimoniales), profundos problemas que sí es menestar abordar:

a) Aunque pueda resultar una incongruencia con respecto al tratamiento dado al abandono de familia básico en el artículo 487, que viene sometido al régimen de denuncia previa y perdón en favor de la armonía de las relaciones familiares, el que examinamos es delito público, por lo que ha de ser perseguido de oficio, tanto por el Juez que a través del procedimiento a él sometido tenga conocimiento de los incumplimientos punibles, como por el Ministerio Fiscal que llegue a igual noticia, en especial si existen menores o incapacitados afectados por tales incumplimientos. Ello deberá llevar a los Fiscales que intervengan en procedimientos de nulidad, separación o divorcio a vigilar la ejecución de los convenios homologados o resoluciones judiciales firmes, y perseguir cualquier incumplimiento de las prestaciones asistenciales en favor del cónyuge o de los hijos.

b) La cuestión de si sólo son incluibles las pensiones acordadas en sentencia que ponga fin a la causa o en el convenio aprobado en la misma, o son también amparables las procedentes de convenios aprobados en las medidas provisionales o en las previas o las prestaciones adoptadas judicialmente en tales medidas, debe ser resuelta a favor de esta última solución extensiva, en cuanto el precepto habla de “convenio judicialmente aprobado” o “resolución judicial”, sin exigir que esa aprobación o resolución adopte forma de sentencia. Por lo mismo, también basta la firmeza de la decisión judicial y su notificación al obligado al pago —requisito este de conocimiento de la obligación exigido por el carácter doloso de la figura— para que el incumplimiento reiterado en la forma típica sea punible, sin que se haga precisa una expresa solicitud de ejecución de sentencia al amparo del artículo 919 de la L.E.C.

Tampoco se hace preciso un específico requerimiento judicial de pago que, de existir seguido de incumplimiento, podría más bien dar lugar a un delito de desobediencia del artículo 237, sin esperar a que se dieran los tres incumplimientos sucesivos o seis alternos que exige el artículo 487 bis.

c) El delito se consuma por el mero incumplimiento en la forma típica: tres meses consecutivos o seis no consecutivos. Las cuestiones sobre la posibilidad del cumplimiento o la situación de insolvencia o imposibilidad económica del sujeto activo, habrán de resolverse aplicando las reglas generales sobre la exención de responsabilidad (posible concurrencia de un estado de necesidad intencionadamente provocado) o la culpabilidad (inexigibilidad de la conducta).

d) Cuestión más polémica prestan los supuestos en que se hubieren establecido garantías específicas, reales o personales, para el pago de la pensión (Vid. artículos 90, 97 y 10.3 del C.C.), en cuyo caso parece que el mero incumplimiento del pago, en cuanto existe una forma sustitutiva de satisfacer la prestación, no encierra la antijuricidad material que sanciona el tipo, pues el destinatario del pago no queda desamparado. Sólo cuando las garantías se hubieran agotado o resulten ineficaces, sufre lesión el bien jurídico tutelado y puede decirse que la conducta típica se ha consumado.

e) El señalamiento como típico del incumplimiento de seis meses no consecutivos, sin más precisiones ni establecimiento de plazo de caducidad, ha originado críticas en orden a señalar que se establecía así un régimen de inseguridad jurídica, en cuando a lo largo de un lapso dilatado de tiempo —como suele ser el de la duración de las pensiones de esta naturaleza— podrían producirse esos seis incumplimientos sin especial relación entre sí, ni de intencionalidad, ni de perjuicio para el destinatario de la pensión. Parece que, como mínimo, habrá que exigir que las seis prestaciones incumplidas sean exigibles y no estén prescritas. Si por el lapso de tiempo se ha dejado prescribir algún pago mensual, al no ser exigible, no puede tenerse en cuenta para valorar el incumplimiento típico, con lo que en cierto modo desaparece la situación de inseguridad jurídica y de pendencia que se ha señalado. La interpretación del tipo ha de hacerse en función del fin de la norma y esta es, fundamentalmente, tutelar a los miembros económicamente más débiles de la insolidaridad del obligado a la prestación, situación que no se produce ya cuando la prestación no es exigible por alguna causa, incluida la prescripción.

f) En cuanto a la conducta, al ser de tracto sucesivo, plantea la cuestión de si cabe la continuidad delictiva o deben fraccionarse los períodos de impago en tantos delitos como plazos típicos incumplidos. La primera alternativa parece la correcta y más adecuada, tanto a la estructura del tipo como a los términos del artículo 69 bis, pues se da la unidad de intención o dolo y la idéntica ocasión. Ahora bien, recaída sentencia condenatoria sobre un comportamiento de impago, la reiteración de esa conducta tras la sentencia debe valorarse y perseguirse como un nuevo delito.

g) Obvio es decir que solo los incumplimientos posteriores a la entrada en vigor de la L.O. 3/1989 podrán valorarse como típicos sin que, por el principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras, puedan computarse los impagos de pensiones vencidas antes de aquella entrada en vigor.

h) Por último, es de señalar que se plantea el problema de si puede o no exigirse el cumplimiento de las prestaciones debidas en el proceso penal o, por tratarse de una obligación precedentemente constituida, su cumplimiento debe interesarse en la ejecutoria civil correspondiente. A favor de esta última solución está la doctrina que se ha venido manteniendo en torno al cheque en descubierto, que no genera otra responsabilidad civil que la derivada de los daños o perjuicios causados al margen del simple impago (Vid. p. ej. S.T.S. 6-IV-1988). Ahora bien, si se entiende que la lesión del bien jurídico se produce por el impago de la pensión —única interpretación que pueda dar del contenido material de antijuricidad a la conducta prevista en el tipo, que de otra forma se convertiría en una simple manifestación de la prisión por deudas— esa lesión del bien jurídico tiene que repararse en la vía penal, lo que debe conducir a promover también en esa vía la reparación del perjuicio causado, tanto con el abono de las cantidades debidas como por los de otra índole que hubiera originado el pago. Esta debe ser, en tanto en la jurisprudencia no se consolide otra eventual doctrina contraria, la tesis y posición que adopten en sus calificaciones y peticiones los Fiscales.

C) *La explotación de menores sancionada en el nuevo artículo 489 bis.* Según el Preámbulo de la Ley, se sanciona en este nuevo artículo “una nueva modalidad de abandono de familia que abarca la conductas consistentes en destinar a los menores de dieciséis años a la mendicidad de tan lamentable actualidad”. Nótese que no se criminaliza la mendicidad “per se”, ni se tutela a todos los menores, sino sólo a los que no alcancen los dieciséis años, susceptibles de mayor explotación y manipu-

lación, por su menor resistencia a las presiones de los mayores de su entorno y por su carácter en formación.

Este nuevo delito viene a poner fin al anacronismo de la Ley de 23 de julio de 1903, cuyas penas, mantenidas inalterables desde su publicación, resultaban ridículas para sancionar las conductas en ella contempladas y cuya pretendida actualización con la incorporación al artículo 584 del Código penal de alguno de aquellos ilícitos (núms. 10 y 11, que ahora se derogan) fue notoriamente incompleta e insuficiente en orden a un adecuado castigo de tales conductas. Por ello, en los casos en que concurren alguno de los preceptos de aquella Ley (especialmente del artículo 3º) con esta nueva figura habrá que entender que el artículo 489 bis consume aquélla y, más aún, que la Ley de 1903 ha quedado derogada en lo que sea incompatible con la nueva legalidad promulgada (artículo 2.2 del C.C.).

Las conductas sancionadas son de dos clases: una básica, que es la simple utilización de menores de dieciséis años en la mendicidad y que no plantea especiales problemas; otra, que es una cualificación de la precedente ("si para los fines del párrafo anterior..."), que sanciona con pena agravada (la superior en grado) los supuestos en que se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministraren sustancias perjudiciales para su salud.

a) Es de notar, en primer lugar, la ampliación del sujeto activo. No queda reducido, como en las viejas fórmulas del artículo 584, a los padres, tutores o guardadores, sino que abarca tanto a los obligados a la custodia y tutela del menor que lo utilicen directamente para la mendicidad, como a los que los entregaren a tal fin a terceros, y a estos mismos terceros.

b) En cuanto a la conducta agravada, el empleo de violencia o intimidación es concepto de fácil interpretación por ser de uso común o acuñado en múltiples preceptos del Código. Mayor dificultad podría afectar el concepto normativo de *tráfico*, si no se dispusiera ya del antecedente histórico del artículo 3 de la citada Ley de Mendicidad de Menores de 1903, que sancionaba a los padres o tutores, así como a los terceros que con ellos hubieren concertado la entrega de un menor de 16 años, mediante precio, recompensa o promesa de pago. Quiere ello decir que por tráfico debe entenderse la entrega de un menor a terceros para su utilización en la mendicidad a cambio de una utilidad o lucro presente o futuro, y son sancionables por tal tráfico tanto los padres, tutores o guardadores que hicieren la entrega lucrativa, como los terceros que los recibían a tal fin.

c) El suministro de sustancias perjudiciales para la salud puede entrar en concurso medial con un delito contra la salud pública, en especial el 344 bis a) nº 1º, cuando de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos se tratara. En este un aspecto cuya investigación y castigo debe preocupar especialmente a los Fiscales por la trascendencia que, para la salud y futuro del menor, representa el riesgo de la creación de hábito o drogodependencia por el uso de tales sustancias.

Igual situación de concurso, en este caso ideal, se dará si del empleo de la violación o el suministro de sustancias perjudiciales para la salud resultaren lesiones o incluso la muerte del menor. El concurso se dará con los respectivos delitos dolosos de resultados si pudiera apreciarse la concurrencia de dolo eventual, o con el artículo 565 de mediar sólo imprudencia, que en todo caso debe apreciarse como temeraria dadas las circunstancias en que se producen tales resultados y el evidente riesgo que tuvían los medios utilizados.

d) El uso de violencia o intimidación podría dar lugar a un concurso de nor-

mas, bien con el delito de coacciones (art. 496), bien incluso con las amenazas (art. 494) que se resolvería conforme al principio de especialidad a favor de este tipo, dado que la finalidad de tales coacciones o amenazas sería precisamente la ejecución de la conducta que veta el artículo 496 bis.

e) Es de destacar el llamamiento que el último párrafo del artículo 489 bis hace al Ministerio Fiscal para que inste de la autoridad judicial competente la adopción de las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor, medidas que son las previstas en la legislación civil y en la de Menores. Ello obliga a una activación celosa, no sólo en el ámbito judicial, sino en el de la cooperación con las Entidades Públicas tuitivas, a fin de prevenir y perseguir la lacra de la explotación de los menores en la mendicidad, de tan lamentable actualidad como advierte el Preámbulo de la Ley.

f) Por último, los Fiscales ponderarán, con vistas en el interés de los menores, la conveniencia de instar la privación de la patria potestad o de los derechos de guarda y tutela a los padres, tutores o guardadores responsables de estos hechos, que con carácter potestativo señala el tercer párrafo de este artículo.

Es de notar al respecto que, aunque la sanción se instará en sede penal, no se trata propiamente de una pena pues no figura entre las previstas en el catálogo del artículo 27 del Código penal, por lo que su petición no puede alterar la competencia de enjuiciamiento que, conforme a las reglas del artículo 14 de la L.E.Cr., deriva de la pena señalada en los dos primeros párrafos del artículo.

## VI

### REFORMAS EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

En el Título XIII, de los delitos contra la propiedad, se han producido algunas reformas, unas para acomodar sus preceptos a las modificaciones sufridas en ciertas normas que las complementan por remisión y otras para acomodar algunos de sus artículos a los nuevos condicionamientos constitucionales:

A) A las primeras pertenecen el retoque llevado a cabo en los números 2º, 3º y 4º del artículo 501 para concordarlos con la nueva regulación de las lesiones.

No merecería este retoque mayor comentario, si no fuera porque indirectamente se ha venido a restringir el ámbito del nº 5º del propio artículo, prácticamente reducido hoy a los robos con intimidación o con violencias menores, únicamente constitutivos de faltas de lesiones o de maltratos. En efecto, al incluirse en el nº 4º las lesiones a que se refiere el artículo 420, toda lesión que precise además de una primera asistencia un ulterior tratamiento facultativo obligará a aplicar el citado número del 501, quedando así fuera del nº 5º lesiones tradicionalmente en él comprendidas, como eran las del antiguo artículo 422 y las que precisaren hasta 15 días de tratamiento facultativo.

Hay que entender además que todas las lesiones tipificadas en el artículo 420 actual, tanto las que tienen señalada la pena base del párrafo 1º, como las atenuadas del párrafo 2º, deben llevar la calificación del robo al nº 4º del artículo 501, no sólo porque donde la ley no distingue, no se puede distinguir en su aplicación, sino porque las lesiones del párrafo 2º son las mismas de las del párrafo 1º, sólo que atenuadas por las circunstancias del hecho o su especial naturaleza, con lo que la agravación del castigo del robo acompañado de esas lesiones es aún más notoria.

Es ésta tal vez una consecuencia negativa de la reforma no deseada por el legislador, pero provocada por el sistema utilizado para establecer las nuevas concordancias.

B) En las reformas provocadas por la necesidad de acomodar los preceptos del Código a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, destaca la del artículo 509, en el que se ha suprimido la inversión de la carga de la prueba que representaba la cláusula de que el tenedor de los efectos “no diera descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”, de modo que, como advirtió la S.T.C. 105/1988 y había declarado ya la del T.S. de 19 de junio de 1986, es siempre exigible una actividad probatoria de las acusaciones que acredite el destino especial para la comisión del delito de robo de los instrumentos ocupados al acusado.

Es de subrayar que, aunque el legislador de 1989 haya olvidado reformar también el artículo 315 del Código penal, que pena la tenencia de útiles para la falsificación y que contiene idéntica cláusula de inversión de la carga de la prueba a la suprimida por inconstitucional en el artículo 509, (por lo que se conserva su redacción pre-constitucional) habrá que entender que también en la aplicación del artículo 315 se hace precisa la prueba del destino a la falsificación de las sustancias, útiles, etc. ocupados, sin que quepa hacer uso de la presunción contra reo que representaba el que éste “no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”.

c) Fundamento constitucional tiene también la modificación del artículo 546 bis b) convirtiendo la receptación comercial, de una presunción “iuris et de iure” de habitualidad en un subtipo agravado de la figur básica de receptación del artículo 546 bis a), por razón del reforzamiento del deber de cumplir la ley y la facilitación para el delito que nacen de la especial actividad del sujeto activo, pues representa una forma profesionalizada de delincuencia que se introduce en el circuito de comercialización, permitiendo una mejor distribución y aprovechamiento de las “res delictivae”.

El Tribunal Supremo había declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 546 bis b) en la redacción introducida por la Ley de 9 de mayo de 1950, por vulnerar la presunción de inocencia (Ss. 25-IV y 23-IX-1985; 8-III-1986; 3-XII-1988). La reforma viene a poner fin a esa condición de inconstitucionalidad del precepto, que lo hacía inaplicable, dejando así sin adecuada sanción un sector delictivo de gran incidencia criminológica, en cuanto favorece y propicia la propia realización de los atentados directos a la propiedad, al asegurar la ulterior disposición de las cosas sustraídas.

La Jurisprudencia anterior sigue siendo válida en cuanto a la precisión de los sujetos activos cualificados para cometer este subtipo. La única modificación esencial es la exigencia de que los establecimientos citados en el tipo *se pongan al servicio* del delito de receptación. Con ello, de un lado, se excluyen de la agravación los actos realizados por el sujeto cualificado al margen de su actividad comercial, como por ejemplo si adquiere las cosas para sí y no para su comercialización en el establecimiento o si no ha hecho uso de éste para consumir la receptación penada; y, de otro, se hace necesario no sólo el uso formal del establecimiento sino un cierto aprovechamiento de las ventajas que el mismo ofrece para la realización del acto receptador.

La antigua Jurisprudencia, que exigía que los efectos receptados fueren de la misma o análoga naturaleza que los que son objeto de comercialización en el esta-

blecimiento abierto al público (así Ss. T.S. 22-IV-1953; 26-VI-1954; 26-IX-1956; 30-I-1960; 19-XI-1981, entre otras), debe entenderse también aplicable en el ámbito del nuevo precepto; por cuanto de ser de naturaleza distinta y salvo que conste expresamente que se han adquirido para expendirlo en aquél, no puede decirse que se ha utilizado el establecimiento para ponerlo al servicio del acto receptor.

## VII

### EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA IMPRUDENCIA PUNIBLE

Con una mezcla de razones doctrinales y pragmáticas, la L.O. 3/89 ha incidido en el tratamiento penal de la imprudencia por una triple vía: la despenalización de un amplio sector de esas conductas (todas las que produzcan un resultado que sería constitutivo de falta y los daños en cuantía inferior a la del seguro obligatorio); la descriminalización de otro grupo, que pasa a convertirse en contravenciones (todos los daños que eran constitutivos de delito, causados por imprudencia simple con infracción de reglamentos) y la privatización de la persecución penal, al convertir otro gran sector en ilícitos penales solo perseguibles a instancias del perjudicado.

En esta reforma influyen, de un lado, las nuevas tendencias a acentuar el principio de intervención mínima de derecho penal, expresadas en las Recomendaciones del Consejo de Europa, especialmente la R (87) 18, sobre la adopción por los países miembros de medidas tendentes a procurar la aplicación del principio de oportunidad o, en su caso, a acentuar la concesión a los particulares de la facultad de renunciar a la iniciación de un juicio penal o de poner fin al ya iniciado; y de otro, las propias necesidades de la saturación de la justicia penal española por la persecución de las imprudencias, en especial las de tráfico, que había obligado ya en la práctica a los Jueces y Fiscales a hacer una subrepticia aplicación de aquellos mismos principios, sobreyendo los asuntos en que se había producido la renuncia de las indemnizaciones o degradando a falta comportamientos cuya imprudencia no se apreciaba o se consideraba benévolamente como no severa, aunque concurriera una infracción reglamentaria, difícilmente excluible en las imprudencias de tráfico. Con la reforma se hacen innecesarias esas desviaciones de las estrictas consecuencias de la legalidad, en busca de lo que se entendía era la justicia material y es de esperar se recuperen los criterios de primacía de la legalidad y la prevención general, sancionando en sus propios términos los comportamientos culposos de mayor gravedad que, por ser además perseguibles con carácter público, deben merecer la especial atención de los señores Fiscales.

A) *El tratamiento penal y procesal de la imprudencia tras la reforma.* El esquema de la vigente situación penal de la imprudencia, acomodado a aquellas notas que se han señalado a la Reforma, podría quedar trazado así:

A') *Desde el punto de vista sustantivo:*

a) Se sanciona como delito:

a') *La imprudencia temeraria únicamente* (artículo 565 párrafo 1º). Cuando el resultado sea de daños, su cuantía ha de exceder de la del seguro obligatorio (artículo 563 párrafo 2º, en relación con el 565 párrafo 1º).

b') *Se agrava la impericia o negligencia profesional* cuando se produzcan muertes o lesiones por los resultados previstos en el artículo 418, 419 o 421.2 (artículo 565. 2º, inciso primero).

c') Esa agravación se exagera cuando el mal causado por esa imprudencia profesional fuera de extrema gravedad (artículo 565, párrafo 2°, inciso 2°).

d') Se conserva la penalidad específica para las imprudencias cometidas con vehículos de motor, de privación del permiso de conducir de tres meses y un día a 10 años (artículo párrafo 3°), pena que es propia de esas infracciones y no está afectada por los límites del párrafo 4° (Vid. S.T.S. 21-III-1989).

e') Se mantiene la penalidad básica de prisión menor, pero subordinada a la del delito doloso, no pudiendo aplicarse aquella ni las agravadas de la imprudencia profesional, cuando sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso se aplicará la inmediata inferior *a esta última* en el grado que el Tribunal estime conveniente (artículo 565, párrafo 4°). Con ello queda clarificada la duda de si la pena a rebajar era la del delito doloso o la de la imprudencia, que había originado jurisprudencia contradictoria. Los señores Fiscales tendrán en cuenta que, cuando la pena del delito doloso sea plural, se deberán degradar todas las señaladas conjuntamente, permitiéndose en tal caso que la de multa descienda del límite de las 100.000 pesetas que establece la frontera entre la grave y la leve, siempre que la conjunta mantenga su condición de grave.

f') Continúa la concesión de un amplio arbitrio al Tribunal en el señalamiento de la cuantía de la pena, que no se sujeta a las reglas del artículo 61 (artículo 565, último párrafo).

b) Se castiga *como falta*:

a') La imprudencia simple con un resultado de males a las personas que de mediar dolo constituiría delito (artículo 586 bis, inciso 2°). Se agrava la pena si esta imprudencia simple va acompañada de infracción de reglamento (artículo 586, inciso 1°).

b') La imprudencia simple antirreglamentaria que cause daños a las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del seguro obligatorio (artículo 600).

c') La pena de privación del permiso de conducir, antes exclusiva de la falta de imprudencia contra las personas, se extiende también a la de las cosas, pero su imposición se hace potestativa. Es más, de la forma de redacción del precepto "...podrá imponerse además..." parece que la regla general es la no imposición de tal pena y la excepción la imposición de la misma, cuando las circunstancias del caso hagan a su autor acreedor de ellas.

c) Son atípicos y carecen por ello de ilicitud penal:

a') toda clase de imprudencia —temeraria, simple antirreglamentaria o simple sin infracción de reglamentos— que produzca resultados tipificados como falta.

b') Los daños causados por cualquier clase de imprudencia, que no excedan de la cuantía del seguro obligatorio.

c') Los daños que excedan de la cuantía del seguro obligatorio pero estén causados por imprudencia simple no acompañada de infracción de reglamento.

d') Los resultados delictivos previstos en el libro segundo del Código que no integren males a las personas o daños a las cosas —así, las falsedades, por ejemplo— y que estén causados por simple imprudencia, sea o no antirreglamentaria.

Con ello se ha recuperado para el artículo 1902 del C.C. un terreno de aplicación que le era propio y que estaba notoriamente reducido tras la reforma de 1967, que había acrecentado en exceso el ámbito penal de la imprudencia al castigar todos los resultados, incluso los constitutivos de mera falta, aunque fuesen cometidos

por imprudencia simple. A esto alude el Preámbulo de la L.O. 3/89, cuando da como una de las razones de la Reforma el exceso de presencia en esta materia del aparato punitivo, demostrado por el solapamiento entre la culpa contractual civil y los ilícitos penales, pues la intervención del Derecho Penal comenzaba prácticamente a la vez que aquella ilicitud civil.

B) *Desde el punto de vista procesal.* En este aspecto es característica de la reforma de L.O. 3/89 el cambio de naturaleza pública a semi-pública de un gran elenco de las infracciones.

a) Mantiene su naturaleza de delito público la imprudencia temeraria, incluida la profesional y la de tráfico, salvo que produzca exclusivamente un resultado de daños.

b) Se convierten en semi-públicos:

a') La imprudencia temeraria constitutiva de delito, cuando el resultado era de daños (artículo 563, párrafo 2º, inciso 2º).

b') Las faltas de imprudencia, tanto las causantes de males a las personas (artículo 586 bis, párrafo último), como de daños a las cosas (artículo 600, párrafo último).

Este cambio de naturaleza plantea problemas en el terreno de la legitimación y en el de la extinción de la responsabilidad penal por el perdón, de que se ocupa otro capítulo de esta Circular.

B) *La naturaleza de la imprudencia punible y la cuestión de la multiplicidad de resultados causados por una misma acción imprudente.* Al márgen de la sustitución del tradicional vocablo "malicia", por el más actual de "dolo", recuperándose así la congruencia con la definición del artículo primero, el párrafo del artículo 565 mantiene su redacción, con lo que sigue abierta la polémica sobre si tal precepto define un "crimen culpae" unitario, esto es, un delito de imprudencia; o contiene una fórmula general que permite considerar en nuestro Código tantos "crimina culposa" como delitos aparecen tipificados en su Libro II, cuando sean cometidos por imprudencia y no por dolo. La cuestión adquiere más transcendencia tras la Reforma, pues afecta a un problema: el de la unidad o pluralidad de delitos cuando una sola acción imprudente produzca múltiples resultados y, en especial, si esos resultados son unos perseguibles de oficio mientras otros exigen la previa denuncia del perjudicado.

Aunque la rúbrica del Título XIV (de la imprudencia punible), la unidad de pena señalada a la conducta, con independencia de la mayor o menor gravedad o naturaleza del resultado producido (al margen de las reglas correctoras para impedir que esa penalidad sobrepase la del delito doloso —no de los "delitos dolosos"—, lo que viene a reforzar el argumento de que se prescinda de la verdadera ontología de ese delito, que queda convertido en mero término referencial o complementador del tipo de imprudencia punible) y aún de ciertos usos del foro, que suelen hablar de "un delito de imprudencia del que resultó...", parecen avalar la primera solución, el hecho es que cada día más la doctrina se inclina a favor de la segunda y considera que el artículo 565 contiene una fórmula general que autoriza a sancionar por culpa los delitos originariamente definidos en el Libro II como dolosos, y cuya comisión imprudente también quería establecer el legislador, pero eligiendo la técnica de la autorización genérica en lugar de la más prolija de la doble tipificación —dolosa y culposa— de la misma conducta productora del resultado vetado.

Ciertamente hay aspectos de la cuestión y sus consecuencias que aún no se han

decantado en la doctrina y la “praxis” jurisprudencial, pero, por lo mismo, es de lamentar que no se haya aprovechado la oportunidad para dejar clarificado el criterio del legislador al respecto, lo que permitiría abordar con mayor acomodación a ese criterio problemas como los apuntados. El legislador parece haber preferido mantener inmutable lo que el Preámbulo denomina “peculiarísimo sistema”, aunque reconozca que está “destinado a desaparecer en su día cuando un nuevo y completo Código Penal pueda establecer el sistema de incriminación singularizada de las formas culposas de determinados delitos”. Con ello, y entre tanto esto no se produzca, es menester adoptar una decisión para que la actuación y peticiones del Ministerio Fiscal sean unitarias en la materia, de forma que, a través de las limitaciones que a los Tribunales impone el sistema acusatorio imperante en el procedimiento abreviado por el que han de perseguirse esos delitos, se eviten en lo posible resoluciones contradictorias sobre los mismos temas, que en nada favorecen la credibilidad y aceptación de la justicia por parte de los destinatarios de la misma, y que pudieran resultar desigualmente tratados según sea la corriente doctrinal, de las dos apuntadas, que siga el Tribunal ante el que se vea su caso, pues las consecuencias son diferentes según el criterio que se adopte sobre aquella naturaleza del artículo 565.

a) Para quienes solo quieren ver en el artículo 565 la expresión de una forma de culpabilidad —la culposa— que integra los tipos de la Parte especial, de producirse con la acción imprudente varios resultados típicos habrá tantos delitos como resultados, siendo de aplicación las reglas sobre el concurso de delitos, singularmente las del artículo 71, puesto que una sola acción produce varios delitos distintos.

Para ser congruentes las consecuencias de esa tesis han de trascender a todo el tratamiento de la imprudencia, produciendo las siguientes consecuencias:

a’) En el área de la penalidad, y puesto que el artículo 565 solo excluye la aplicación de las reglas del artículo 61 pero no las de los restantes artículos determinadores de la penalidad, obligará a aplicar la pena del delito más grave en su grado máximo, salvo que exceda de la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos en concurso conforme establece el artículo 71. Como quiera que son relativamente frecuentes los hechos imprudentes que producen varios homicidios, lesiones y daños, la penalidad correspondiente excede de la que debiera ser propia del delito y convierte los resultados azarosos en una medida de la pena, rompiendo tanto con el criterio de desvalor de la acción, como con la regla de que la “culpabilidad es la medida de la pena”, pues a idéntica culpabilidad y acción se impondrá pena distinta en razón del resultado *no intencional* causado, cayendo así en una primacía del “desvalor del resultado”, que contradice el sentido de las últimas Reformas.

b’) Cuando de daños se trata, se postula por los seguidores de esta postura en base al carácter semi-público de estas imprudencias, que habrá tantas infracciones como titulares de las cosas dañadas, esto es, que no se debe valorar el daño causado en su conjunto sino los daños causados a las propiedades de cada perjudicado. Ello quiere decir que, tanto a los efectos del señalamiento del límite del Seguro Obligatorio, como a los de la persecución del hecho en su totalidad o fraccionado, habrá de estar a cada daño causado y a la presentación de denuncia previa por parte del titular de la cosa dañada (perjudicado), existiendo, además, tantos delitos de daños culposos, como cosas dañadas más allá de los límites del Seguro Obligatorio pertenecientes a distintos dueños, esto es, a distintos perjudicados que puedan o no

denunciar el hecho. Se invoca a favor de esta tesis la Disposición Adicional 4ª que permite, en los casos de procesos por infracciones semipúblicas, la comparecencia en las diligencias penales incoadas por reclamación de un tercero de “aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, aunque la cuantía de los daños que reclamen no excedan del Seguro Obligatorio”.

Ciertamente esa solución discrepa de la que es propia del delito de daños dolosos, en el que se considera un solo delito de daños causados por una única acción, aunque los perjudicados puedan ser múltiples y ello sin necesidad de acudir al delito continuado, que por definición exige una pluralidad de acciones que aquí no se dan. En efecto, siguiendo el criterio de la unidad de acción-unidad de delito, cuando el bien jurídico lesionado es el mismo, hay un único delito, sin confundir bien jurídico en abstracto con los derechos dominicales concretamente dañados. Y no se olvide que el párrafo 2º del artículo 563 se remite a “los daños a que se refiere el párrafo anterior”, esto es, que los daños son los mismos, sean causados por dolo seanlo por imprudencia y deben recibir análogo tratamiento técnico-jurídico, sin que quepa dar soluciones distintas en orden a la unidad del delito a los daños culposos y a los dolosos. Someter la unidad de delitos y la propia estructura del tipo a un mero accidente adjetivo, como es la exigencia de denuncia para perseguirlo, constituye una desviación dogmática pero acorde con las normas sustantivas del proceso penal. Ello sin olvidar que, si denuncia uno de los perjudicados, el requisito de perseguibilidad del delito se cumple y se cumple para la totalidad de ese delito, que no debe ser fraccionado en función de que el daño único producido afecte a uno o a varios sujetos pasivos.

Incluso el propio término de perjudicado es ambiguo, pues aun con la destrucción de una única cosa pueden resultar perjudicados titulares distintos, si sobre la misma, además del derecho de propiedad, recaen otros derechos de goce o garantía (usufructo, arrendamiento, hipoteca, etc.). ¿Quiere ello decir que también aquí la destrucción de la cosa única por una acción imprudente constituye tantos daños como perjudicados? ¿O que no basta para perseguir el total daño con la denuncia de uno de ellos, si los demás no la formulan?

Como se ve, la tesis de la pluralidad plantea demasiadas cuestiones discutibles como para ser aceptada, invirtiendo lo que hasta ahora ha sido la doctrina jurisprudencial dominante.

De otro lado, la Disposición Adicional 4ª, aparte admitir otras lecturas — permitir personarse a no perjudicados por actos ilícitos penales, por ejemplo los titulares de cosas que sufren daños inferiores al límite de la tutela penal, cuando se hayan causado además muertes o lesiones integrantes de la falta del artículo 586 bis; o a los que sufran perjuicios indemnizables, no integrantes de daños propios— deja sin solucionar el supuesto de aplicación del artículo 565 de oficio, por concurrencia de otros resultados perseguibles de tal modo y que silencia la citada Disposición adicional, aunque evidentemente también aquí deberá darse al caso análoga solución procesal, esto es, admitir la personación de otros perjudicados, aunque los daños que reclamen no excedan de la cuantía del Seguro obligatorio.

c) De fraccionarse los delitos, quiere decir que cada uno seguirá su vicisitud procesal y que la denuncia formulada por uno de ellos no afecta a la prescripción de los no denunciados, lo que en cierto modo sería contradictorio con lo prevenido en la Disposición Adicional 4ª, que admite el personamiento, sin exigir la previa denuncia, en el procedimiento ya iniciado por tercero.

b) Los que parten de la consideración del artículo 565 como una infracción con naturaleza propia, consideran que en él, al igual que en todos los delitos culposos, el injusto de estos delitos radica en el desvalor de la acción, con lo que el resultado sólo actúa en ellos como una condición objetiva de punibilidad, ya que el actuar imprudente sólo se sanciona si se causa un resultado. El resultado limita su función a dar relevancia jurídico-penal a la infracción del deber objetivo de cuidado y la gravedad o pluralidad de ese resultado ni aumenta ni disminuye la gravedad de aquella infracción. En otras palabras, la imprudencia no admite formas imperfectas y sólo se sanciona al producirse un resultado y, como basta un resultado para perfeccionarla, todos los demás son sobreabundantes e irrelevantes para la existencia del delito, aunque pueda entrar en consideración en el área de la responsabilidad civil.

Esta es la tesis jurisprudencial, que siguen también muchos de nuestros penalistas, y tras la reforma encuentra apoyo en las propias expresiones, tanto del 565, cuando en el párrafo 2º hace referencia a que “el mal causado sea de extrema gravedad”, incluyéndose en esa gravedad los resultados plurales; como en el artículo 340 bis c), al decir “cuando se ocasionare además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo *la infracción* más gravemente penada”; y, ya para los daños culposos el 2º párrafo del artículo 563 que, como quedó dicho, se remite a los daños del párrafo anterior, esto es, a los dolosos que se tipifican como unitarios, independientemente de que afecten a más de una cosa y causen perjuicio a más de un titular.

Las consecuencias de esta tesis son:

a) Que existe un solo delito de imprudencia, con una única pena, cualquiera que sean los resultados causados, correspondiente aquella pena al resultado de mayor gravedad, cuya sanción absorbe la de los demás.

b) Que en el caso de múltiples daños, el importe a tomar en cuenta para dar relevancia al hecho —esto es, el que debe exceder de la cuantía del seguro obligatorio— es el de la suma de los daños causados. De otra forma, resultados catastróficos, como los de incendio de sustancias inflamables, explosiones, emisiones corrosivas, etc. podrían quedar sin entidad penal, por graves y elevados que fueran los daños causados, cuando esos daños que afectaren a múltiples perjudicados, individualmente tasados no rebasaran el importe del seguro obligatorio, solución que iría contra el principio de desvalor de la acción y deja en exceso al juego del azar la sanción de las conductas imprudentes causantes del daño, por lo que debe rechazarse.

c) Iniciado de oficio un procedimiento por la causación de males sí perseguibles, o iniciado por denuncia de un perjudicado un procedimiento por ilícito semipúblico, se interrumpe la prescripción para el conjunto delictivo. Otra cosa es que, por razones procesales y de primacía de la voluntad privada, dejen de perseguirse e incluso de indemnizarse en vía penal aquellos extremos de los hechos que afecten a perjudicados que decidieren no mostrarse parte o renunciar a tal derecho.

Sin pretender resolver la polémica, ante la necesidad de que el Ministerio Fiscal adopte una posición unitaria en el tema, los Fiscales continuarán calificando esos hechos como había venido haciéndose hasta ahora de acuerdo con la doctrina sentada por el T.S., y en consecuencia:

1º Calificarán un solo delito de imprudencia, cualquiera que sea el número de resultados causados por la acción culposa, aplicando la pena correspondiente al más grave de ellos y valorando los restantes en el área de la responsabilidad civil para interesar las oportunas indemnizaciones.

2º) En el caso de múltiples daños, tomarán todos en su conjunto para determinar si el hecho tiene o no tipicidad penal, por exceder el total importe de esos daños de la cuantía del Seguro Obligatorio, sin perjuicio de perseguir tan sólo el hecho cuando haya sido denunciado por algún perjudicado; así como interesar la reparación de aquellos perjuicios cuyos titulares hayan expresado su voluntad en tal sentido o se hayan personado posteriormente en la causa.

3º) Iniciado en tiempo hábil un procedimiento por denuncia de un perjudicado de una de las faltas de los artículos 586 bis y 600, perseguirán los restantes resultados correspondientes a perjudicados que posteriormente comparecieran en el procedimiento, aunque esa comparecencia se produzca después de los dos meses de la comisión del hecho, señalados en el artículo 113 como término de prescripción de la falta, prescripción que deberá entenderse interrumpida, para el hecho como único, por la inicial denunciada producida dentro de aquel plazo.

C) *La determinación de los daños imprudentes punibles: El límite del Seguro Obligatorio.* Frente a la polémica entre quienes defendían la conveniencia de despenalizar todos los daños culposos en función del principio de intervención mínima, dejando su reparación a la vía civil, como mecanismo suficiente para tutelar los bienes jurídicos patrimoniales frente a esas lesiones puramente económicas; y los que sostenían la tesis de la necesidad de mantener la tutela penal, al menos frente a los comportamientos más graves por revelar la suma negligencia o temeridad del causante del daño, entendiéndose que las normas civiles eran insuficientes para ejercer una función preventiva frente a tal clase de comportamientos nocivos, la L.O. 3/89 ha optado por una vía intermedia, exigiendo para la punición de los daños culposos una doble condición: la primera, *subjetiva*, referente al desvalor de la acción del sujeto, de forma que cuando menos su infracción de los deberes de cuidado ha de tener cierta entidad, al requerir que puede calificarse de comportamiento de imprudencia temeraria o, al menos, si bien degradada al ámbito contravencional, de imprudencia simple con infracción de reglamentos; otra *objetiva*, referida al desvalor de resultado, al exigir que el daño causado tuviera especial relevancia, reflejada ésta en la cuantía económica de ese daño.

Sin embargo, para la determinación de esa cuantía, se eludió elegir un módulo objetivo fijo y expresamente especificado en el tipo y se optó por seguir la técnica de los preceptos en blanco, remitiendo ese módulo a lo que la Ley llama "la cuantía del Seguro Obligatorio", con lo que, amén otras consecuencias técnicas negativas, se ha caído en la confusión y la indeterminación.

Desde el punto de vista técnico se ha advertido la improcedencia de la remisión a una materia regulada por vía de Decreto, dejando así al Ejecutivo la facultad de alterar el contenido de un precepto penal y despenalizar un sector de las conductas en él subsumibles, con solo modificar reglamentariamente los límites del Seguro Obligatorio. Aunque la penalidad de los tipos de daños culposos, esencialmente pecuniaria, no afecte a derechos fundamentales, no exigiendo por ello la reserva de Ley Orgánica, sí se han expresado dudas de inconstitucionalidad por razones de inseguridad jurídica, dudas que olvidan que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 220/80, de 30 de marzo, aceptó como constitucional la técnica de las leyes penales en blanco, cuando el contenido de la norma de remisión con rango de ley contenga suficientemente definida la conducta y especifique en términos claros el contenido de la norma remitida.

Aún cuando el sistema puede ser defendible desde el punto de vista constitu-

cional y hasta la practicidad de elegir un medio que vaya corrigiendo los posibles desfases de la norma, frente a los efectos de la desvalorización monetaria, ya no es tanto desde el punto de vista de su plasmación en la redacción de los tipos, pues se ha hecho con tal imprecisión que ha sido fuente de una serie de dudas:

a) La Ley se limita a exigir que la *cuantía* (artículo 563, párrafo 2<sup>o</sup>) o el *importe* (artículo 600) de los daños exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio, pero sin especificar a cuál de los términos económicos del contrato se refiere esa cuantía, si a la de la prima o a la de la indemnización cubierta. Incluso los diversos seguros obligatorios tienen diversas cuantías en función de los riesgos cubiertos, por lo que se deja impreciso si la cuantía de los seguros obligatorios se refiere al máximo del riesgo cubierto (generalmente muerte o incapacidad permanente) o al máximo de los riesgos del seguro de daños materiales. Es evidente que una interpretación finalista de la norma debe conducir a entender que lo que la Ley exige es que el importe del daño exceda de la *cuantía máxima cubierta por el Seguro Obligatorio respecto a los daños materiales*.

b) En nuestra legalidad no existe un solo Seguro Obligatorio, de forma que la mera invocación del mismo deja sin precisar cual es la norma de reenvío o que debe llenar la laguna. Ahora bien, en el Anexo de esta Circular se contiene el elenco de los seguros impuestos legalmente de forma inexcusable, esto es, los Seguros Obligatorios vigentes en nuestro Derecho positivo, y obsérvese que en todo ese elenco sólo hay un Seguro que de forma obligatoria cubra el riesgo de daños materiales, que es el Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, que a partir del R.D. 241/86, de 30 de diciembre, acomodando los términos de un Seguro al Decreto Legislativo 1.301/86, de 28 de junio, que adaptó nuestra legalidad en la materia al Derecho Comunitario, vino incluyendo en dicho Seguro los daños materiales, hasta entonces no cubiertos en forma obligatoria, señalando como límite máximo de la cobertura el de 2.200.000 pesetas.

Todos los demás Seguros Obligatorios cubren sólo daños a las personas y en algún otro supuesto en que, como ocurre con los riesgos nucleares, se obliga a garantizar el abono de los daños materiales causados por un accidente nuclear, tal garantía puede adoptar opcionalmente la forma de Seguro o la de un depósito en metálico constituido en la Caja General de Depósitos, por lo que el Seguro no es propiamente obligatorio al ser optativo acudir a él, pudiendo garantizar el pago de los aleatorios daños por otros medios.

Con estos antecedentes una interpretación sistemática de nuestra legalidad vigente debe conducir a la conclusión que el Seguro Obligatorio a que se refieren los artículos 563 y 600 del C.P. es el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, único de suscripción obligatoria que cubre los riesgos de las cosas, esto es, los daños materiales, hasta un máximo de 2.200.000 pesetas.

c) La referencia al límite del Seguro Obligatorio plantea todavía otra cuestión: ¿los daños penalizados son los que pertenecen a la categoría de los cubiertos precisamente por ese Seguro Obligatorio, quedando fuera del tipo los daños de otra naturaleza, esto es, los no cubiertos por un seguro imperativamente impuesto o cubiertos sólo por un seguro voluntario o debe entenderse que la remisión al límite del seguro obligatorio integra la norma en orden a la cuantía de cualquier daño, siendo típicos todos los que exceden de tal cuantía, estén o no cubiertos por un Seguro Obligatorio?

Ni el Preámbulo de la Ley, ni ésta, aclaran la cuestión, pero aparte de la ruptura con el principio de igualdad que representaría el considerar sólo una clase de daños imprudentes (los de Tráfico en este caso) dejando impunes los causados por otras actividades tan o incluso más arriesgadas, en función tan sólo de un accidente de la normativa administrativa (que se cubran o no por un seguro obligatorio), es evidente que, sea perfecto o no el sistema, tanto el artículo 563 como el 600 no distinguen las clases de daños imprudentes que en ellos se sancionan (más aún, volvemos a insistir, el artículo 563 dice expresamente que son los del *párrafo anterior*, esto es, cualquier clase de daños a las cosas) y los antecedentes de la discusión parlamentaria del precepto y la corriente doctrinal mayoritaria interpretativa del mismo señalan hacia el entendimiento de la remisión a la cuantía del Seguro Obligatorio como una fijación del módulo cuantitativo diferenciador de los daños punibles y los impunes, que actúa con carácter general para cualquier tipo de daño imprudente, sea cual sea la fuente de su producción. En otras palabras, que todos los daños cuyo importe exceda de 2.200.000 pesetas, límite fijado por el único Seguro Obligatoria que cubre los riesgos a las cosas, —causados por imprudencia temeraria o por imprudencia simple con infracción de reglamentos— son punibles en los términos que en los artículos 563, párrafo 2º y 600, si denuncia uno de los perjudicados, independientemente de que se hayan causado con un vehículo de motor o con otro mecanismo productivo y de que estén o no cubiertos por un Seguro Obligatoria concreto.

En consecuencia los Fiscales deben:

1º) Entender que el límite del Seguro Obligatorio citado en los artículos 563 y 600 C.P. es el señalado por el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, respecto a los daños materiales, que en estos momentos está cifrado en 2.200.000 pesetas.

2º) Entender que ese límite se refiere a cualquier clase de daño causado por imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, fuere cual fuere la clase de actividad negligente que lo ocasionare, esto es, que aquellos preceptos sancionan *todos* los daños culposos causados con aquellas clases de imprudencia.

3º) Computar, como ya se ha dicho y para fijar si el resultado excede o no del límite legal, la totalidad de los daños causados por una misma acción imprudente, independientemente de que las cosas dañadas pertenezcan a un único o a varios titulares.

D) *Algunos problemas de penalidad en el artículo 565.* El análisis hasta aquí hecho de la imprudencia punible no agota todos los problemas que plantea la interpretación de la nueva redacción del artículo 565, en especial en las remisiones que hace a los nuevos tipos de lesiones.

a) La determinación de la penalidad de las lesiones ordinarias imprudentes prevista en el artículo 420 no deja de plantear dudas dado el tratamiento punitivo alternativo que se establecen en los dos párrafos de ese artículo. En cualquier caso la pena del párrafo. 1º del artículo 565 dejará de imponerse, por ser igual o superior a la del delito doloso, pero queda por determinar cual de las penas señaladas a ese delito, la del párrafo 1º o la del párrafo 2º del artículo 420 (e incluso dentro de éste, cual de las dos alternativas, si el arresto mayor o la multa) debe degradarse.

En principio, de los dos módulos que fija el párrafo 2º del artículo 420 para establecer la pena, el de la naturaleza de la lesión y el de las circunstancias del hecho, en el terreno de la causación culposa — máxime exigiendo el artículo 565 ya de en-

trada la mayor intensidad de la culpa, esto es, la imprudencia temeraria— sólo en casos extremos en que la temeridad no sea acentuada pudieran tomarse en cuenta las circunstancias del hecho, por lo que el único módulo a valorar es la naturaleza de la lesión cuando, sin ser de un lado obviamente ninguna de las del n° 2° del artículo 421, esa lesión no revista cierta gravedad. Sin embargo invirtiendo los términos del párrafo 2° del artículo 420, debiera aplicarse el párrafo 1° cuando las circunstancias del hecho revelen un mayor desvalor de acción o la lesión causada adopte una gravedad que origine un aumento en el reproche de la conducta y su resultado.

Para ello y en aras de unos criterios unitarios de actuación y como regla general los Sres. Fiscales deberán tener en cuenta:

1°) En la calificación de las lesiones imprudentes que, además de la primera asistencia facultativa requieran ulterior tratamiento médico o quirúrgico, deberán solicitar en principio pena de multa (la inferior en grado a las señaladas en el párrafo 2° del artículo 420).

2°) Si las lesiones causadas revistieran especial entidad o la imprudencia causante fuere excepcionalmente grave, se invocará el párrafo 1° del artículo 420, solicitando pena de arresto mayor.

b) La impericia o negligencia profesional que produjeran lesiones de los artículos 418, 419 y 421, n° 2°, plantea también ciertas cuestiones:

a') En primer lugar no deja de ser sorprendente la referencia a los artículos 418 y 491 que tienen tipos de lesiones que han de ser expresamente producidas "de propósito", lo que inicialmente excluye la posible causación culposa. La cuestión se resuelve teniendo en cuenta que el párrafo 2° del artículo 565 se remite, no a los tipos de los artículos 418 y 419 (y eventualmente del 421, n° 2°) sino a los resultados previstos en tales artículos, que son precisamente los resultados de lesiones de especial gravedad. La técnica puede no ser perfecta, pero no deja de ser un mecanismo de economía legislativa que evita citar en el artículo 565 todos aquellos resultados que determinan la agravación de la pena de imprudencia profesional.

Ahora bien, esa interpretación no resuelve todas las cuestiones:

1°) Porque la cita de los resultados del artículo 421 es inoperante ya que, fijada la pena de prisión menor de ese tipo de sus grados medio o máximo, resulta ser pena más leve que la de prisión menor en su grado máximo, que señala el 2° párrafo del artículo 565, con lo que entra en juego la regla reductora de su párrafo 3°, dejando así sin efecto en ese supuesto la mayor punición de la imprudencia profesional. La única interpretación que puede salvar esa aparente antinomia es la de considerar que, en todo caso, la pena inferior en grado a la del delito doloso habrá de imponerse en su grado máximo cuando concurra impericia o negligencia profesional, esto es, la pena de las lesiones del artículo 421, n° 2°, causadas por imprudencia temeraria profesional, será la de prisión menor en su grado mínimo (máximo de la que corresponde a la inferior en grado de la pena tipo del artículo 421, que es la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo), cumpliendo así lo ordenado en el párrafo 2° del artículo 565 de imponer en su grado máximo las *penas señaladas en este artículo* (esto es, tanto la pena del párrafo 1°, como las que puedan resultar de la aplicación de la regla del párrafo 3°).

2°) Hay una serie de resultados lesivos que aparecen incluidos a la vez en el artículo 421, 2° y en los 418 (pérdida o inutilización del miembro principal, privación de la vista o del oído, grave enfermedad somática o psíquica pérdida o impe-

dimento de un miembro, órgano o sentido, impotencia somática o psíquica incurable) o en el 419 (esterilidad, deformidad, pérdida o inutilidad de miembro no principal). En estas condiciones, cuando el resultado aparezca de la vez incluido en el artículo 421, 2º y en los 418 y 419, ¿cuál es la penalidad del delito doloso que se ha de tomar como referencia para aplicar o no la regla 3º del artículo 565? La cuestión no es fácil de resolver ya que, de un lado y como se ha visto, la mayoría, cuando no la casi totalidad de los resultados de los artículos 418 y 419, aparecen también en el 421, 2º, de modo que si, siguiendo el principio "pro reo", se acudiera siempre a este último precepto como más favorable, se vaciaría de contenido la remisión que el párrafo 2º del artículo 565 hace a los resultados de los artículos 418 y 419; de otro, no todos los resultados comprendidos en los tres preceptos revisten igual gravedad, pues si la pérdida de un miembro o sentido, la impotencia o la esterilidad, o la grave enfermedad somática o psíquica pueden justificar la imposición de la pena agravada en la impericia profesional, de acudir siempre al precepto más grave, se darían supuestos como el de la deformidad cuya causación imprudente por impericia o negligencia profesional resultaría más gravemente penado (prisión menor en su grado máximo) que si fuera causado por dolo indirecto o eventual y por ello subsumible en el artículo 521, nº 2º (la pena sería de prisión menor en su grado medio o máximo).

En estas condiciones habrá que adoptar un criterio que, apartándose de la regla del artículo 68, se acomode al principio de que "la culpabilidad debe ser la medida de la pena"; teniendo en cuenta que lo que justifica la elevada penalidad señalada en los artículos 418 y 419 es precisamente la finalidad de la acción dirigida a producir expresamente el resultado típico y que, cuando esa finalidad o dolo directo falta, la pena se acomoda a la menor culpabilidad en el artículo 421, 2º, con lo que, como tal finalidad o dolo de propósito falta por definición en las acciones imprudentes, incluso las de origen profesional, la pena de la impericia o negligencia profesional causante de un resultado comprendido a la vez en los artículos 418, 419 y 421, 2º, debe ponerse en relación con la de ese último precepto.

En consecuencia:

1º) Sólo cuando se trata de resultados de lesiones *incluidos* en los artículos 418 y 419, pero no expresamente en el 421, nº 2º, causados por imprudencia profesional, debe pedirse la pena de prisión menor en su grado máximo, que no excede de las señaladas en los dos primeros artículos citados.

2º) Cuando se trate de resultados de lesiones incluidos en forma expresa a la vez en el artículo 421, 2º y en los artículos 418 y 419, causados por imprudencia o impericia profesional, deberá fijarse la pena en relación con la del primero de los artículos citados, como más conforme con el principio de culpabilidad, rebajando en un grado la señalada en el primer párrafo del artículo 521, pero imponiéndola en el grado máximo por aplicación del párrafo 2º del artículo 565. Dentro de este grado máximo (esto es, prisión menor de 6 meses y 1 día a 2 años y 4 meses) podrá solicitarse e imponerse la pena en mayor o menor extensión en función de la mayor o menor gravedad del resultado causado (evidentemente no es lo mismo una pequeña deformidad, que la esterilidad, p. ej.).

## VIII

### LA REFORMA DE LAS FALTAS

La Exposición de Motivos de la L.O. 3/89, señala que las modificaciones que en ella se introducen en su mayor parte, afectan al Libro III. En efecto es así en lo

que a la despenalización se refiere, en cuyo terreno el principio de “intervención mínima” ha presionado a favor de una profunda revisión de la parte contravenacional del Código para reducir su contenido, puesto que el legislador ha excluido expresamente la alternativa de suprimir el Libro III, sanción que el propio Preámbulo de la Ley califica de “simple y tajante”, pero que entiende no puede aplicarse porque “una lectura detenida del mismo pone de manifiesto que alguno de los comportamientos que sanciona deben seguir en la esfera penal”.

A) La vía de la derogación, que ha dejado sin contenido a gran parte de los artículos del Libro III, no ofrece especiales dificultades, salvo el de vigilar la aplicación retroactiva de la Ley despenalizadora, interesando el archivo de todos aquellos juicios de faltas en que se persigan hechos que han dejado de ser ilícito penal.

B) Pero en el Libro III no sólo no se han derogado un buen número de faltas, sino que se ha producido la modificación del contenido de otras. De algunas de esas modificaciones más trascendentales —las faltas de lesiones y las de imprudencia— nos hemos ocupado ya al tratar de la reforma global —delitos y faltas— de esas materias. Pero restan algunos otros puntos de interés en que la reforma es trascendente y plantea nuevos problemas:

a) Las modificaciones del artículo 587, nº 1º al introducir la falta de utilización de vehículo de motor ajeno, cuando el valor de lo utilizado no excediera de 30.000 pesetas, comienza por plantear la propia virtualidad del precepto por cuanto, al no modificarse el correlativo artículo 516 bis, resulta que según el primer párrafo de éste toda utilización de vehículo de motor, *cualquiera que sea su cuantía*, es delito, mientras que el 587, 1º la sanciona como falta si la cuantía no excede de 30.000 pesetas. Una aplicación del principio del artículo 68 y aún del de consunción —el delito consume la falta—, obligaría a castigar siempre el hecho como delito. Pero tal solución no sólo sería contraria a la voluntad legislativa, sino al propio principio de especialidad, por cuanto en el artículo 587, 1º se introduce un elemento especializante, el de la cuantía de lo utilizado, que acota, dentro del ámbito de las utilidades ilegítimas de vehículo de motor, aquellas en que la cuantía de lo utilizado no exceda de 30.000 pesetas, para darles un trato especial.

El mismo principio de especialidad resuelve el problema de la calificación a dar a las utilidades indebidas de vehículo de motor de cuantía inferior a 30.000 pesetas, cuando concurren las circunstancias especializantes de los párrafos 2º —empleo de fuerza en las cosas—, 3º —no restitución dentro de las 24 horas—; y 4º —empleo de violencia o intimidación en las personas— ya que tales elementos singularizan esos supuestos especializados, obligando a darles el trato punitivo que en aquellos párrafos se señala, independientemente de la cuantía de lo utilizado.

La otra cuestión que plantea el principio es qué debe entenderse por *valor de lo utilizado*.

Ciertamente, la jurisprudencia en los supuestos de hurto de uso de objeto no incluibles en el artículo 516 bis (así, los ciclomotores), había venido entendiendo que la cuantía a tener en cuenta para calificar el hurto conforme a los antiguos artículos 514 y 515, era el valor del uso del objeto ilícitamente utilizado (Vid. p. ej. S.T.S. 4-X-1976 y 28-I-1977), que bien puede ser el valor del combustible consumido —aunque no falta quien sostenga que en tal caso se trataría de un hurto común de ese combustible, al haber dispuesto de él, con lo que lo incorporó a su propio patrimonio— bien el valor en arrendamiento del vehículo.

Sin embargo no parece que sea ese el sentido que debe darse artículo 587. 1º, ya que, de un lado, literalmente hace referencia al “valor de ... lo *utilizado*”, esto es, el de la cosa y no el de su uso o *utilización*; y de otro aquella interpretación vaciaría de contenido el primer párrafo del artículo 516 bis, ya que en pocas ocasiones el valor en uso de un vehículo de motor, por tiempo inferior a 24 horas, excedería de la cuantía fijada como límite para la falta. Solo si se tratara de vehículos de alta calidad y elevado valor en arrendamiento podría llegarse en su mero uso a la suma fijada, pero ello dejaría desprotegida la global masa de vehículos ordinarios y a sus propietarios, que constituyen los reales destinatarios de la protección de la norma del artículo 516 bis y los que más intensa y generalizadamente sufren estos atentados a su patrimonio y soportan mayores perturbaciones por la privación transitoria de su vehículo. No cabe pensar que el legislador haya pretendido degradar a falta un comportamiento que recibe un acentuado reproche social y causa, aunque sea transitoriamente, mayor alarma, perjuicios y repulsa, que muchos hurtos menores constitutivos de delito. Más bien parece que lo que se ha pretendido es evitar la incongruencia de que utilizaciones de vehículo de motor que, por hacerse con “*animus rei sibi habendi*”, constituirían hurto propio, pero penado por el menor valor de la cosa (vehículos en mal estado, motocicletas viejas, etc.) como falta, se sancionen como delito por tratarse de un hurto de uso o con mero “*animus utendi*”.

Por todo ello los Fiscales deberán tomar como módulo para la aplicación del artículo 516 bis o la falta del artículo 587, el valor en tasación del vehículo utilizado.

Innecesario es decir que también será el valor del vehículo el que debe tomarse en cuenta en los casos en que, por haberse dejado transcurrir las 24 horas sin proceder a la restitución directa o indirecta del vehículo, debe entrar en juego el párrafo 3º del artículo 514 bis, o hubiera de hacerse aplicación de los artículos 515 o 505 del C.P.

b) En relación con la falta del artículo 594 —pastoreo abusivo— se ha planteado su conexión con los daños, entendiéndose algunos que la derogación de los artículos 592 y 593 han dejado sin sanción los daños causados por ganados.

Realmente la cuestión está mal planteada. El artículo 594 contempla una falta de mero riesgo, pues expresamente exige que la entrada de ganados en heredad ajena no cause daños. De producirse éstos y haberse hecho o consentido por el custodio del ganado la entrada indebida en heredad ajena, conscientemente, los daños que se produzcan serán dolosos —con dolo directo o eventual, según la intención fuera aprovechar el pasto ajeno o solo se aceptara tal posibilidad— y se sancionará conforme al artículo 563 párrafo 1º o el 597, según fuere la cuantía de los daños producidos. En tal caso, el delito o la falta de daños consume la de peligro del artículo 594.

Solo si la entrada fuera negligente, al ser los daños culposos y poder difícilmente exceder del límite cuantitativo que señalan los artículos 563 párrafo 2º (si la imprudencia fuera temeraria) o 600 (si fuera simple, concurriendo generalmente la infracción de los Reglamentos de Montes u Ordenanzas Municipales), queda despenalizado el hecho de los daños y remitida su sanción al ámbito de las contravenciones administrativas, pero subsistirá la falta de riesgo que castiga el citado artículo 594.

## IX

## LAS CUESTIONES PROCESALES

La aplicación de la Ley orgánica 3/89 ha planteado ciertos problemas de carácter adjetivo, que es conveniente abordar para una unidad de actuación procesal del Ministerio Fiscal.

A) El sometimiento de la persecución de ciertos delitos y faltas a la iniciativa del perjudicado no ha dejado de ofrecer perplejidades, ante la diversidad de la terminología empleada por el legislador. En efecto, en la reforma unas veces se utiliza la expresión de “si reclamare el ofendido” (artículo 586, núms. 1º y 2º); otras veces la de “mediante denuncia del ofendido” (artículo 585) o “previa denuncia del ofendido” (artículo 563, párrafo 2º y 586 bis); que se convierte en “si mediante denuncia del perjudicado” en los artículos 589, 590 y 594, o en “mediante denuncia del perjudicado” en el artículo 600; sin olvidar el mantenimiento de antiguas expresiones como la del artículo 489 (“se perseguirá previa denuncia de la persona *agraviada*” —designación que también se usa en el 471—) o la peculiar fórmula del artículo 443 de *bastará* denuncia de la persona *agraviada*”.

Ciertamente tal variedad de expresiones, aunque puedan responder a una cuestión de estilo, trascienden la pura semántica, en cuanto, de un lado, se plantea la duda de si en unos casos se ha querido establecer un requisito de perseguibilidad, exigiendo que para iniciar el proceso se haga precisa la denuncia del perjudicado, que ha de ser *previa* al mismo; mientras en otro caso la denuncia es condición de punibilidad del hecho que “será castigado” sólo si mediante aquella denuncia, aunque ésta se produzca en cualquier momento del proceso, iniciado éste por la “noticia criminis”, ya que la punibilidad, como cualquier otro de los elementos del delito, habrá que acreditarla en el proceso en cuyo caso, de ser correcta aquella interpretación, podría cumplirse tal requisito a lo largo del mismo.

De otra parte, los conceptos de *ofendido* y *perjudicado* por el delito tampoco son sinónimos en Derecho, ya que aunque ambas condiciones pueden coincidir en la misma persona, puede ocurrir también que el ofendido o sujeto pasivo del delito, que es en definitiva aquel en torno al que se produce la acción, no sea precisamente el titular del bien jurídico lesionado y menos aún el perjudicado. (Así en las estafas la persona víctima del engaño puede no ser el propietario de la cosa entregada mediante aquél, sino mero detentador transitorio de la misma; y paradigmático es el homicidio, en el que la víctima u *ofendido* no es el que sufre los perjuicios que tal muerte causa en su entorno familiar). En suma, ofendido es la víctima o sujeto pasivo del delito, mientras perjudicado es el legitimado para instar la acción civil de resarcimiento por los daños y perjuicios de aquél derivados y que incluso puede entrar en el ámbito de tales perjuicios “a posteriori” de la consumación delictiva y de forma circunstancial (así, el establecimiento hospitalario que presta atención a la víctima lesionada).

Con ello podría resultar que, de no coincidir ambas condiciones en la misma persona, en unos casos hubiera de denunciar *precisamente* el ofendido, siendo irrelevante la denuncia del perjudicado, mientras en otros lo irrelevante sería la denuncia del ofendido si no denunciaba a la vez el perjudicado.

Sin embargo, parece que esas interpretaciones, deducidas de la pureza técnica, no son las más adecuadas para abordar el sistema instaurado en la L.O. 3/89 en orden al carácter público o semi-público de los delitos o faltas, que se someten a la

condición de que para su castigo se de la denuncia del agraviado. Más bien parece que el legislador, sin plantearse la trascendencia jurídica del empleo de unos u otros términos, acudió a lo que consideraba simples fórmulas de estilo, en busca de una mera elegancia gramatical. Prueba de ello y apoyo para considerar intrascendente el uso de unas u otras fórmulas, son la redacción del artículo 602 y la distinta fórmula empleada en los artículos 563, párrafo 2º y 600. En efecto, el primero de ellos dice que “en las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o representante legal” (facultad que puede asumir, como es sabido, el Ministerio Fiscal, en los casos de personas desvalidas), y se agrega que “la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención”. A su vez, mientras el 563, párrafo 2º, para los daños culposos cometidos por imprudencia temeraria, utiliza la fórmula de “mediante denuncia”, el 600, usa para los constitutivos de falta de la “previa denuncia”, sin que parezcan existir razones para que la naturaleza de la denuncia y sus consecuencias, sean distintas en uno y otro caso.

Con ello quiere decirse: 1º Que no existe en el ánimo del legislador diferencia entre la persecución “previa denuncia” o “mediante denuncia”, ya que, de un lado, parece absurdo que se transmita a los herederos la facultad de denunciar, como condición de perseguibilidad y no la de comparecer en el proceso denunciando, de estimarse que el “mediante” constituye condición de punibilidad; 2º Que el proceso se puede iniciar con diligencias a prevención, tanto falte la previa denuncia, como la condición de mediante denuncia; y 3º Que tampoco parecen existir diferencias a la facultad de denunciar entre el ofendido y el perjudicado, sino que lo que parece es que se ha querido distinguir, en el uso del término adecuado para designar al afectado por el delito, entre faltas y delitos económicos, en los que la ofensa lleva consigo un perjudicado patrimonial y los que atentan a bienes procesales, en los que los perjuicios, de existir, son predominantemente de orden moral, siendo más patente en cambio la lesión o “agravio” del bien jurídico individual.

En suma, los Fiscales entenderán que, en cualquier caso, está facultado para denunciar en los delitos o faltas sometidos al régimen semipúblico, tanto el sujeto pasivo de la infracción, como el perjudicado por ella, aunque puedan ser personas distintas; y que tal denuncia puede ser presentada como modo de iniciarse el proceso o manifestarse esa voluntad de que el delito que a él la afecte sea perseguido en un proceso ya iniciado, bien por denuncia de terceros también ofendidos o perjudicados por el hecho, bien por desconocerse inicialmente el carácter público o semi-público de la infracción, bien por haberse incoado diligencias a prevención al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 602.

B) Relacionado con lo anterior está el determinar el posible efecto del perdón en los delitos o faltas semi-públicos creados en la Reforma y cuando en los preceptos que los tipifican nada se dice expresamente sobre la eficacia extintiva de la responsabilidad penal del eventual perdón, ya para admitirla (como ocurre en los artículos 467, 487 y 586, 1º), ya para excluirla (como dispone el 443, párrafo 2º).

Ante el silencio de la Ley dentro de las normas específicas de cada tipo, habrá que acudir a las reglas generales del Libro I, en las que tanto el artículo 25, como el 112, que declaran extinguida respectivamente la acción penal y la responsabilidad de esa clase por el perdón de la parte ofendida, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncias o querrela del agraviado, exigiendo expresamente el primero de ellos, para que tal efecto no se produzca, la “disposición contraria de la ley”.

La cuestión es clara respecto a los hechos constitutivos de delito en cuya definición legal nada se diga en contrario, como son el artículo 431 o el 563, párrafo 2°.

Respecto a las faltas todo será cuestión de la interpretación que se de al término *delito*, utilizado en aquellos preceptos de la parte general del Código. Si se interpreta conforme al artículo 6, en su sentido estricto de infracción castigada con pena grave, esas reglas no serán de aplicación a las faltas, que quedarían así excluidas de los efectos extintivos del perdón. Si se interpreta en un sentido genérico de infracción o ilícito penal comprensivo tanto de los tipos del Libro II del Código, como del Libro III, también en las faltas semi-públicas la acción penal o la pena quedarían extinguidas por el perdón del agraviado.

A favor de esta última interpretación están los siguientes argumentos:

1°) Que las disposiciones generales del Libro I son, en principio y según su rúbrica, comunes a los delitos y a las faltas.

2°) Que de la interpretación sistemática del artículo 112, en relación con el 113, se deduce que el término delito se usa en el primero en sentido genérico, esto es, comprensivo del delito y de la falta, ya que en el 112, n° 6° se dice únicamente que la responsabilidad se extingue por la prescripción *del delito*, pero al regular esa prescripción en el artículo 113 se entra tanto en la prescripción de los delitos como en la de las faltas, con lo que de interpretar aquel término estrictamente existiría una contradicción entre ambos preceptos correlativos.

3°) Que resultaría una anomalía punitiva, contraria al principio de intervención mínima, que el perdón del agraviado extinguiera la responsabilidad derivada de los hechos que por su mayor trascendencia se tipifican como delito y no la de los que por su menor entidad se penan como falta.

4°) Que esa contradicción sería aún más notoria si se admitiera, como es indudable, que el perdón surte los efectos del artículo 25 y 112, 6°, en los daños cometidos por imprudencia temeraria y por ello castigados como delito y no en los causados por imprudencia simple, con infracción de reglamentos, sancionados como falta. (Piensen sobre todo en la trascendencia de ese doble criterio respecto a la pena de privación del permiso, en que las más duraderas por revelar una mayor inhabilidad del conductor podrían ser condonadas, mientras no lo podrían ser las de menor duración).

5°) Tampoco puede dejarse de tener en cuenta, aunque el argumento sólo sea de refuerzo, el espíritu de la Recomendación del Consejo de Europa R (87), del Comité de Ministros de 17 de noviembre de 1987, que pide a los Estados miembros que adopten... "la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado". Si en la Reforma de la L.O. 3/89 se ha acogido expresamente esa Recomendación en orden a su primer extremo (facultad de renunciar a la iniciación del proceso, que queda sometido en gran número de supuestos, especialmente en el área de las faltas, al régimen de denuncia previa), es razonable pensar que el legislador también pretendió cumplir la segunda parte de la Recomendación, creyendo innecesaria la mención expresa en cada caso concreto de los efectos del perdón, por deducirse ya de las reglas generales del Código.

En consecuencia, los Fiscales mantendrán el criterio de que, salvo disposición expresa en contrario, en los delitos y faltas perseguibles únicamente previa denuncia o querrela de la persona agraviada o su representante legal, el perdón del legitimado para denunciar extinguirá la acción penal o la pena, según el estado del pro-

ceso. También tendrán en cuenta lo dispuesto en el 2º párrafo del n° 5º del artículo 112, respecto a la necesidad de que ese perdón debe ser aprobado por el Tribunal, con intervención del Fiscal, cuando sea prestado por el representante legal de un menor o incapacitado.

c) Por último, a pesar de que en la Instrucción 4/1989 de esta Fiscalía General del Estado, se sentaron criterios para la aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 3/89, se reciben en aquella noticias de aplicación contradictorias de esa Disposición en las distintas Fiscalías, en especial en orden a la continuación o no como juicio de faltas de las sometidas por dicha Ley al régimen de denuncia previa, entendiéndose en algunos casos que procede seguir con el procedimiento hasta dictarse sentencia condenatoria en el orden penal, llegando incluso algunos Fiscales a recurrir las resoluciones judiciales que aplican el criterio contrario y procediendo, en otros, a solicitarse la continuación del juicio sólo a efectos de la responsabilidad civil. Por ello, se hace preciso insistir en el criterio que de modo uniforme deben seguir todos los Fiscales al respecto.

Cualquiera que sea la opinión que a la luz de los principios de igualdad y legalidad, y aún de al propia técnica penal y procesal, pueda merecer el criterio del legislador de aplicar con efecto retroactivo lo que en definitiva es una norma procesal —el régimen de denuncia previa— sin permitir, incluso, subsanar tal requisito de perseguibilidad, que no se exigía en la legislación anterior, para perseguir un hecho que era ilícito penal y que continúa siéndolo, es lo cierto que en la Disposición Transitoria Segunda la Ley parifica en su tratamiento los hechos que han dejado de ser ilícitos y los que, aún continuando siéndolo, exige ahora para su persecución previa denuncia, entendiéndose que cuando se hubieren iniciado los procedimientos como delito o falta pública —e independientemente de que la “noticia criminis” hubiere llegado al Juez a través de denuncia o por otro medio, e incluso de que el perjudicado se hubiere personado ejercitando la acción penal— no puede considerarse adecuadamente perseguido el hecho al faltar la condición de perseguibilidad impuesta ahora y, por ende, debe dejarse sin sanción en una aplicación analógica del artículo 24 C.P., aplicación que tal vez haya hecho más por razones extensivas del principio “pro reo” y pragmáticas de eliminación de procesos, que por las puramente técnicas aplicables al caso, de las que tácitamente prescinde el legislador.

Ciertamente la Instrucción 4/89 era parca en este punto, tal vez por entender que la dicción de la Ley era comprensible y no precisaba mayor aclaración. No se nos oculta que, por las razones arriba apuntadas, ciertos *Fiscales* se resistan a aplicar dicha transitoria en supuestos en que el perjudicado denunció en su día o si no lo hizo fue por ser innecesaria esa denuncia al haberse iniciado ya el proceso correspondiente, con lo que, de dejarse éste sin efecto en el orden penal, se crea una situación de desigualdad frente a otros ofendidos por idéntico delito o falta que, al haber sido cometidos tras la vigencia de la ley, pueden promover su castigo. El que no se haya previsto esa posibilidad para los que, pese a haber sido víctimas de un ilícito penal de la misma naturaleza, y en su día perseguido, ven hoy que tal ilícito queda impune simplemente por el cambio del régimen procesal del procedimiento iniciado, crea una desigualdad de trato y provoca frustraciones en los afectados por la norma.

Pese a ello, estando sometido al Ministerio Fiscal al principio de legalidad; siendo la L.O. 3/89 una ley postconstitucional y no estando declarada la contradicción de la Disposición Transitoria Segunda de aquella con la Constitución, obligado es

acatarla y todos los Fiscales seguirán el criterio sentado en dicha Disposición, de equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar su persecución en la vía punitiva, aunque continúe el proceso iniciado hasta obtener sentencia cuyo fallo se limite a resolver sobre las responsabilidades civiles y las costas, como dispone el segundo párrafo de aquéllas.

Ahora bien, ese criterio debe ser restrictivo y sólo en el ámbito en que la Ley expresamente lo dispone, esto es, en los procesos en tramitación y pendientes de fallo, que deben continuar hasta que éste se produzca en el ámbito civil, pero no a los ya terminados por sentencia firme y ejecutoria, toda vez no hay razón para que respecto a un hecho que fue sancionado porque era ilícito penal y *continúa siéndolo*, quede sin efecto la sentencia ejecutoria sobre él recaída, por aplicación retroactiva de una norma procesal que no regía cuando se siguió el proceso ya fenecido. Quiere eso decir que respecto a las ejecutorias de las sentencias dictadas por hechos constitutivos de delito o falta, en los que sólo ha variado el régimen de su persecución, no hay razón para dejarlas sin efecto y anular el castigo firme ya impuesto, toda vez que lo que no se puede es convertir la Disposición Transitoria citada en un indulto general encubierto, que entre otras cosas vulneraría la Constitución. Esto sin perjuicio, de un lado, de revisar las penas que hayan podido sufrir modificación favorable al reo, y, de otro, de permitir la aplicación del perdón con efectos retroactivos en los términos que en otro lugar de esta Circular han quedado expuestos.

Los Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes acusarán recibo de la presente Circular y cuidarán de su conocimiento por todos los Fiscales que de ellos dependan, así como de su estricto cumplimiento en los criterios sustentados por la Fiscalía de su Jefatura.

Madrid, 17 de octubre de 1990  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

## ANEXO

### RELACION DE SEGUROS OBLIGATORIOS

#### I. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR, DE SUSCRIPCION OBLIGATORIA

Consiste en la obligación de todo propietario de un vehículo de motor de suscribir y mantener en vigor una póliza de seguro que cubra hasta unos determinados límites la responsabilidad civil del conductor del vehículo, es decir, la reparación de los daños corporales o materiales que con motivo de la circulación cause a un tercero.

##### *Normas que lo regulan:*

— Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de motor aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, modificado por el Real Decreto Legislativo 1.301/1986, de 28 de junio por el que se adapta al ordenamiento jurídico comunitario (B.O.E. 30-6-86).

— Reglamento aprobado por el Real Decreto 2.641/1986, de 30 de diciembre (B.O.E. 31-12-86).

— Orden de 16 de marzo de 1987, por la que se aprueba el baremo de indemnización de los daños corporales (B.O.E. 24-3-87).

— Orden de 23 de abril de 1987, relativa al modelo a utilizar para probar la existencia del seguro (B.O.E. 1-5-87).

— Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 9º (B.O.E. 15-6-87).

— Real Decreto 1.546/1988, de 23 de diciembre, por el que se elevan los límites de indemnización del seguro (B.O.E. 27-12-88).

— Resolución de 1 de junio de 1989, de la Dirección General de Seguros, por la que se aprueba el baremo de indemnización de los daños corporales (B.O.E. 16-6-89).

— Orden de 10 de julio de 1990 por la que se fija el plazo de entrada en vigor de la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros en daños materiales derivados del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Automóviles (B.O.E. 28-7-90).

### **Seguro de responsabilidad civil del cazador**

Obligación de todo cazador con armas de concertar un seguro que cubra, hasta determinados límites, la obligación de indemnizar los daños causados a terceras personas. (Se refiere sólo a los daños personales).

#### *Normas que lo regulan:*

- Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (B.O.E. 6-4-70).
- Reglamento aprobado por el Decreto 506/1971, de 25 de marzo (B.O.E. 30 y 31-3-71).
- Orden de 20 de julio de 1971, por la que se establece el Reglamento provisional del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador (B.O.E. 23-7-71).
- Real Decreto 2.690/1983, de 13 de octubre: artículo 2º (Prestaciones) (B.O.E. 22-10-83).
- Orden de 14-10-83, por la que se adaptan las tarifas del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador a los nuevos límites de indemnización establecidos en el Real Decreto 2690/1983, de 13 de octubre (B.O.E. 22-10-83).
- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 10.

### **Seguro obligatorio de viajeros**

Tiene por finalidad indemnizar los daños corporales producidos por accidente que tengan lugar con ocasión de un viaje en determinados medios de transporte público colectivo.

La cobertura comprende tanto las prestaciones pecuniarias fijadas a favor de los asegurados o sus beneficiarios, como la asistencia sanitaria.

#### *Normas que lo regulan:*

- Real Decreto-Ley de 13 de octubre de 1928.
- Reglamento aprobado por Real Decreto 486/1969, de 6 de marzo (B.O.E. 1-4-69), modificado por el Real Decreto 1.814/1976, de 4 de junio (B.O.E. 30-7-76).
- Orden de 28 de diciembre de 1986, por la que se elevan los valores de las indemnizaciones del seguro (B.O.E. 31-12-86).
- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 11.
- Disposición Final Segunda de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (B.O.E. 24-12-87), prorrogada por la Dis-

posición Final Novena de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989 (B.O.E. 28-12-88).

### **Seguro de responsabilidad civil por daños nucleares**

Está regulado por la Ley 25/1964, de 29 de abril (B.O.E. 4 y 6 de mayo), reguladora de la Energía Nuclear y en el Decreto 2.177/1967, de 22 de julio (B.O.E. 18 de septiembre), por el que se aprueba el Reglamento sobre cobertura de riesgos nucleares. Ambos fueron modificados por el Decreto 2864/1968, de 7 de noviembre (B.O.E. 25 de noviembre) sobre cobertura de riesgos nucleares, que cifra en 350.000.000 de pesetas la cobertura exigida en el artículo 57 de la Ley 25/1964 y el límite de responsabilidad que establece el artículo 16 del Reglamento antedicho.

No es estrictamente un seguro obligatorio ya que, conforme al artículo 56 de la Ley, el explotador puede optar entre la contratación de una póliza de seguro o la constitución en la Caja General de Depósitos de un depósito en metálico, en valores pignorables o cualquier otra garantía hasta una cantidad equivalente a la cobertura exigida.

#### *Normas que lo regulan:*

- Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear (B.O.E. 4-5-64).
- Decreto 2.177/1967, de 22 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre cobertura de riesgos nucleares (B.O.E. 18-9-67), modificado por el Decreto 742/1968 de 28 de marzo (B.O.E. 20-4-68).
- Decreto 2.864/1968, de 7 de noviembre, sobre señalamiento de la cobertura exigible en materia de responsabilidad civil por riesgos nucleares (B.O.E. 25-11-68).
- Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo (artículo 5).

## **II. SEGURO DE RIESGOS EXTRAORDINARIOS**

No se trata de un seguro obligatorio en sentido estricto, sino únicamente de la obligatoriedad de incluir la cobertura de estos riesgos extraordinarios (inundaciones, terremoto, terrorismo, etc.) en las pólizas de determinados ramos (accidentes, incendios, robo, rotura de cristales, daños a maquinarias, equipo electrónico y ordenadores y daños a vehículos de motor). En la actualidad esta cobertura se presta exclusivamente por el Consorcio de Compensación de Seguros, si bien en el futuro podrá concertarse con cualquier entidad aseguradora privada por exigencia de la normativa comunitaria.

No tiene límites cuantitativos a las indemnizaciones, lo que ocurre es que, cuando acontece un siniestro extraordinario sobre bienes amparados por una póliza de seguro voluntario en la que se ha incluido la cobertura obligatoria de riesgos extraordinarios, indemniza el Consorcio de Compensación de Seguros y esta indemnización se rige por las reglas generales e indemnización recogidas en la Ley de Contrato de Seguro, con las peculiaridades del Reglamento de Riesgos Extraordinarios.

*Normas que lo regulan:*

— Ley reguladora del Consorcio de Compensación de Seguros de 16 de diciembre de 1954 (B.O.E. 19-12-54)).

— Real Decreto 2.022/1986, por el que sea prueba el Reglamento de Riesgos Extraordinarios sobre las Personas y los Bienes (B.O.E. 1-10-86), modificado por el Real Decreto 354/1988, de 19 de abril (B.O.E. 23-4-88).

— Orden de 28 de noviembre de 1986, por la que se desarrolla el Reglamento (B.O.E. 13-12-86).

— Resolución de 28 de noviembre de 1986, de la Dirección General de Seguros por la que se aprueba la tarifa de primas del seguro de riesgos extraordinarios a satisfacer obligatoriamente por los asegurados y la cláusula de cobertura a insertar en las pólizas del seguro ordinario (B.O.E. 1-12-86), modificada por Resolución de 31 de julio de 1987.

— Circular de 29 de diciembre de 1986, del Consorcio de Compensación de Seguros por la que se dictan instrucciones para aplicar el Reglamento y la orden que lo desarrollan (B.O.E. 10-1-87).

— Reglamento del Consorcio de compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto 731/1987, de 15 de mayo: artículo 4.

**Seguros agrarios combinados**

Está regulado básicamente en la Ley 87/1978, de 28 de diciembre (B.O.E. 12-1-1979) de Seguros Agrarios Combinados y en Reglamento para su aplicación, aprobado por Real Decreto 2.329/1979, de 14 de septiembre (B.O.E. 9 de octubre).

Se trata de un seguro voluntario conforme al artículo 8º de la ley, si bien el Gobierno podrá acordar su obligatoriedad en determinados supuestos. Pero hasta el momento presente, el Gobierno no ha hecho uso de tal facultad.

**Seguro de incendios forestales**

Fundamentalmente está regulado en la ley 81/1968, de 5 de diciembre (B.O.E. 7 de diciembre) y en su Reglamento aprobado por Decreto 3.769/1972, de 23 de diciembre (B.O.E. 13 de febrero de 1973).

En realidad no constituye un seguro, ni obligatorio ni voluntario, sino un "fondo de garantía" denominado por la Ley Fondo de Compensación de Incendios Forestales, sin personalidad jurídica, integrado patrimonialmente en el Consorcio de Compensación de Seguros. Dicho fondo de garantía cubre tres tipos de riesgos y sus correlativos siniestros: en primer lugar, las pérdidas causadas por el fuego a los montes; en segundo lugar, los gastos habidos en los trabajos de extinción; y, en tercer lugar, las indemnizaciones por los accidentes ocasionados a las personas que hayan colaborado en dichos trabajos.

El primero de los aspectos (indemnización de las pérdidas causadas a los montes afectados por el fuego), el único que en realidad podría constituir un seguro, no ha sido objeto de regulación en cuanto a pólizas, primas y coberturas de riesgos. El segundo de los aspectos (compensación de gastos derivados de la extinción de incendios forestales) está regulado actualmente por el Real Decreto 875/1988 de 29 de julio (B.O.E. 4 de agosto) regido por el principio de compensación plena, sin li-

mitación de los gastos que en el mismo se especifican. Finalmente, el tercero de los aspectos (accidentes habidos en la extinción) está regulado por la Orden de 20 de julio de 1987 (B.O.E. 3 de agosto) del Ministerio de Economía y Hacienda, fijando una tabla de inemnizaciones por daños corporales.

### III. OBLIGACION DE CONCERTAR UN SEGURO ESTABLECIDA EN OTRAS NORMAS

En estos supuestos se trata de normas que prevén la obligatoriedad de concertar un seguro, en general para cubrir la responsabilidad que pudiera derivar del ejercicio de determinadas actividades.

No se regulan en estos supuestos las condiciones del seguro ni se prevé la existencia de un Fondo de Garantía que indemnice al perjudicado en los casos de inexistencia del mismo.

- Seguro de cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas: — Ley 57/1968, de 27 de julio.
- Orden del Ministerio de la Vivienda de 10 de agosto de 1968, sobre presentación de documentos privados otorgados con anterioridad al 29 de junio de 1968 en los que se hubiese convenido la cesión de viviendas con percepción de cantidades anticipadas.
- Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de noviembre de 1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas.
- Decreto 3.114/68, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/68 a Comunidades y Cooperativas.
- Decreto 3.115/68, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/68 a Organismos Oficiales.
- Real Decreto 3.148/78, de 10 de noviembre, artículo 11, en relación con el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2.114/68, de 24 de julio, establecen el aseguramiento de las cantidades entregadas desde la calificación provisional en fase de construcción.
- Decreto 2.114/68, de 24 de julio: Reglamento de Viviendas de Protección Oficial. Artículo 103: establece la obligatoriedad del seguro de incendio de las Viviendas de Protección Oficial. Se sanciona el incumplimiento de conformidad con el artículo 153 de dicho Decreto, y el mantener asegurada la vivienda durante todo el plazo de la protección está sancionado según el artículo 56 del Real Decreto 3.148/78.
- Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la actividad de producción y de gestión de residuos tóxicos y peligrosos, regulado en los artículos 4 a) y 8.2 de la ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos (B.O.E. 20-5-86) y en los artículos 6, 10.3 y 29.1, del Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 833/1988, de 20 de julio (B.O.E. 30-7-88)
- Real Decreto 735/1979, de 20 de febrero (letra b) del artículo 3.2), sobre entidades colaboradoras (vigente respecto de seguridad minera, medio ambiente industrial e inspección técnica de vehículos).
- Orden de 18 de marzo de 1985 (B.O.E. 27-3-85): Normas sobre Entidades Colaboradoras para la aplicación de reglamentaciones del sector minero (nº 5.3).

- Orden de 25 de febrero de 1980 (B.O.E. 24-3-80) sobre entidades colaboradoras en materia de medio ambiente industrial (artículo 4.c).
- Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, sobre Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos (artículo 4.4).
- Real Decreto 1.407/1987, de 13 de noviembre, sobre entidades de Inspección y Control Reglamentario en materia de seguridad de los productos, equipos e instalaciones industriales (artículo 8.1.d).
- Orden de la Presidencia del Gobierno de 16 de julio de 1981 (B.O.E. 13-8-81); Instrucciones Técnicas Complementarias del Reglamento de Instalaciones de Calefacción, climatización y agua caliente sanitaria (IT. IC. 25. instaladores y mantenedores-reparadores).
- Orden de 14 de febrero de 1983 (B.O.E. 19-2-83): Instrucción sobre instaladores autorizados de gas y empresas instaladoras (letra d) del capítulo III.1).
- Orden de 31 de mayo de 1985 (B.O.E. 20-6-85): Instrucción Técnica Complementaria MIE-AP-5, sobre extintores de incendios (artículo 5.2).
- Orden de 31 de mayo de 1985 (B.O.E. 22-6-85): Instrucción Técnica Complementaria MIE-AP-14, referente a aparatos para la preparación rápida de café (apartado 2.6.c).
- Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de S.G. de 20 de octubre de 1988 (B.O.E. del 29) sobre la manipulación y uso de artificios pirotécnicos (artículo 3).
- Real Decreto 1945/1985, de 19 de octubre, por el que se regula la hemodonación y los bancos de sangre: en su artículo 6.1.c) prevé que los bancos de sangre habrán de proceder “a la instauración de un seguro de donante que cubra cualquier daño eventual en la persona del donante, con motivo de la extracción de la sangre o hemocomponentes”.

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

### **SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN EL HOMICIDIO IMPRUDENTE**

**Comentario a la STS de 17 de julio de 1990**

Por **SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

#### **I**

La sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990 (ponente Bacigalupo) se enfrenta con un caso que plantea varios problemas dogmáticos y político-criminales de gran actualidad, como son los del ámbito de disponibilidad del bien jurídico de la vida, el consentimiento, la imputación objetiva y la codelinuencia en los hechos imprudentes. Es de celebrar, ante todo, que cuestiones tan importantes como éstas no hayan escapado a la consideración del Tribunal Supremo. La sentencia referida es, en este sentido, una muestra de la línea de preocupación que en los últimos tiempos está demostrando la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo por las construcciones dogmáticas actuales: algo fundamental para la tan necesaria aproximación de una teoría cada vez más compleja y una práctica que, aunque a menudo se halle desbordada, no puede renunciar a incorporar los progresos doctrinales.

Los hechos probados son, básicamente, los siguientes: El procesado, Carlos, se hallaba en compañía de otros jóvenes en el interior del chalet de los padres de uno de ellos, celebrando una velada, y, en un momento dado, Héctor, tomando una botella, retó a Carlos a acertarle a la misma de un disparo, mientras bebía, ya que el

procesado era portador de una pistola que le había sido oficialmente adjudicada en su calidad de miembro de la Guardia Civil y con la cual había estado jugando y haciendo alardes de puntería desde su llegada al lugar. Carlos aceptó el reto, apuntó con el arma a la botella que sostenía Héctor y disparó sobre ella en el instante mismo en que aquél efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima. Héctor fue alcanzado por el proyectil en el hemitórax derecho y falleció como consecuencia de ello 23 días más tarde.

La Audiencia Provincial de Burgos, en sentencia de 30 de octubre de 1987, condenó al acusado como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, sin circunstancias, a la pena de dos años de prisión menor, a las accesorias correspondientes y al pago, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, de 4.000.000 de pesetas, solidariamente con otras dos personas.

La representación del recurrente alega un único motivo: infracción de ley por aplicación indebida del artículo 565 del Código penal y su jurisprudencia interpretativa, entendiéndose que, al constar que la víctima había retado al procesado, la Sala debió estimar la doctrina legal que proclama que la existencia de culpa interconcurrente degrada la gravedad de la infracción culposa y modera el *quantum* de la indemnización. El Tribunal Supremo desestima el recurso por las siguientes razones principales:

a) No puede hablarse de interconurrencia de culpas en sentido jurídico-penal cuando la víctima se limita a consentir en un peligro propio dentro del marco de su libertad, quedando la realización del mismo en manos del autor.

b) Dicha provocación no puede operar tampoco como consentimiento que afecte a la imprudencia del que disparó, porque la vida no es un bien jurídico disponible por su titular. Sin embargo, la norma que prohíbe el homicidio culposo no sólo protege la vida, sino también otro bien jurídico, el de la autodeterminación de la víctima; éste no resulta lesionado en nuestro caso, por lo que procede una atenuación de la pena (art. 9, 10.<sup>o</sup> Código penal). Pero ello se respeta por la Audiencia al fijar la pena en el tercio menor del marco penal.

c) Aunque se admite que excepcionalmente la provocación por la víctima de la conducta descuidada de un tercero que equivalga a una autopuesta en peligro podría eliminar la imputación objetiva, no es éste el caso cuando — como ocurre aquí — el tercero no ejecuta el hecho de la forma propuesta por la víctima. Recuérdese que, según los hechos probados, el acusado disparó en el instante en que la víctima efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse.

d) La compensación de culpas no puede determinar una disminución de la responsabilidad civil en este caso porque el daño causado no se ha visto incrementado por la conducta de la víctima.

## II

El comentario que sigue no se ceñirá estrictamente al orden de los fundamentos jurídicos expuestos, que viene a corresponderse con el de la sentencia. Empezaremos por distinguir la problemática de la interconurrencia y compensación de culpas, por una parte, y el tema del consentimiento en la puesta en peligro de la propia vida, por otra.

1. Sobre la llamada *interconurrencia de culpas* existe una doctrina jurisprudencial que puede resumirse del modo siguiente: En Derecho penal no puede admitirse la *compensación de culpas*, a diferencia de lo que sucede en materia civil. Pero la concurrencia de *culpa* en la víctima puede afectarse a la gravedad de la imprudencia e incluso —aunque algunas sentencias lo niegan— llegar a excluirla, en la medida en que modifique o excluya la previsibilidad del resultado (1). ¿Por qué esta diferencia de trato de la conducta de la víctima en Derecho penal y en Derecho civil?

En orden a la responsabilidad civil se trata de imputar el daño, como resultado meramente económico, a aquél o aquéllos que deben soportarlo. Para decidir quiénes se encuentran en tal situación pueden utilizarse criterios diversos. El de la *culpa* no es el único, como lo prueba la tendencia a considerar suficiente la imputación *objetiva*. Ello demuestra que la responsabilidad civil, que no debe entenderse como castigo civil, sino como pura reparación económica, no presupone ninguna *infracción* de una norma prohibitiva o preceptiva. Si fuera necesaria dicha infracción, sería inadmisibles no exigir su aspecto subjetivo, por la misma razón que la responsabilidad penal —que sí es castigo por una infracción— sería intolerable sin dolo o culpa. Pero, como decíamos, la responsabilidad civil no es ningún castigo, ni siquiera civil. No cumple ninguna de las funciones posibles de un castigo: ni la retribución basada en el reproche por una infracción, ni la prevención dirigida a disuadir, con la amenaza legal y con su ejecución, de futuras infracciones. En ningún caso la responsabilidad civil constituye —a diferencia de la penal— el refuerzo de una prohibición normativa: tampoco sirve para *estabilizar la norma*. La responsabilidad civil es básicamente un mecanismo de reparación económica. De ahí que, mientras las normas penales se dirigen al ciudadano *ex ante*, para que no delinca, las normas que regulan la responsabilidad civil no tratan de evitar el daño, sino que actúan *ex post*, determinando, una vez causado, quién debe soportarlo (2). Todo ello puede explicar que pueda hacerse soportar a la víctima parte del daño económico —con disminución correlativa de la cantidad a pagar por el sujeto del delito— cuando aquélla ha contribuido a la producción de dicho daño en determinadas condiciones. Es lo que sucede cuando se estima la *compensación de culpas* para rebajar la cuantía de la responsabilidad civil del delincuente. Adviértase que en tal caso la víctima no realiza ninguna infracción, puesto que ninguna norma penal considera típica la autolesión —salvo que haya otros bienes jurídicos no disponibles en juego, en cuyo caso, no concurriría sólo un autolesión—, ni ninguna norma civil le prohíbe que se cause un daño económico a sí mismo. No es, entonces, que concurra una infracción por parte de la víctima que *compense* la del sujeto activo, sino que, no siendo necesaria ninguna infracción, sino sólo que pueda imputarse un daño económico, la

---

(1) Cfr., con abundantes referencias jurisprudenciales, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2. ed., 1990, pp. 75 y ss.

(2) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 3. ed., 1990, p. 16, donde de todos modos se señala que lo dicho no obsta a la conveniencia de contemplar la responsabilidad como un arma político-criminal de primer orden. Hoy, en efecto, se advierte que la responsabilidad civil puede llegar a bastar en hechos poco graves para tranquilizar a la sociedad. Pero ello no ha de entenderse en el sentido de que entonces la responsabilidad civil opera como *castigo* civil sustitutivo de la pena, sino en el sentido de que en tales casos cabe renunciar a todo castigo, porque la víctima, y las posibles víctimas, se sienten satisfechas con la reparación económica.

*contribución de la víctima a dicho daño puede considerarse razón suficiente para que contribuya también a soportarlo.*

Bien distinta es la situación cuando se trata de la responsabilidad penal. Aquí es evidente la necesidad de una infracción previa que constituya delito. Y también es evidente que la víctima, como veíamos, no comete ningún delito ni infringe norma alguna por el hecho de contribuir a la *sola* lesión de un bien jurídico-penal del que sólo él es titular: incluso el suicidio es atípico. Ello bastaría para hacer imposible ninguna forma de *reparto* de la responsabilidad penal entre el sujeto activo y el pasivo. Por otra parte, el delito no es un daño económico que pueda pagarse *entre varios*. Pero es que ni siquiera puede hablarse correctamente de concurrencia de *culpas* en sentido jurídico-penal en los casos que estamos considerando, desde el momento en que se admite que la víctima no realiza tipo penal alguno: no es correcto hablar de culpa penal sin tipicidad.

Ahora bien, es igualmente cierto que el comportamiento de la víctima puede modificar o incluso suprimir la previsibilidad del resultado lesivo por parte de otras personas. Una actuación inesperada e imprevisible de la víctima puede explicar como correcta una reacción precipitada y que de otro modo sería descuidada. Por otra parte, aunque subsista una conducta excesivamente peligrosa inicial por parte del autor, la introducción de un nuevo riesgo por parte de la víctima puede hacer que el resultado final no aparezca ya como realización del primer riesgo y deba excluirse la imputación objetiva (3).

2. La sentencia que comentamos descarta que la conducta de la víctima disminuya la imprudencia del autor del disparo por la llamada interconurrencia de culpas. Considera, acertadamente, que la cuestión a examinar es si el *consentimiento* en el disparo puede excluir o atenuar la responsabilidad penal del que efectúa éste. ¿Cuál es la posición de la doctrina ante este problema? Parte, por lo pronto, de la distinción de dos grupos de casos: los de participación en una autopuesta en peligro ajena y los de puesta en peligro de otro consentida por éste. Lo primero que importa es, pues, decidir si el caso que contemplamos pertenece al primero o al segundo de estos grupos de casos.

Un ejemplo típico de participación en una autopuesta en peligro ajena sería el de quien induce a otro a poner en peligro su vida conduciendo a una velocidad excesiva por una carretera helada. El conductor pierde el control del vehículo y muere. Aquí la víctima realiza la conducta principal peligrosa: se pone en peligro a sí misma. En el segundo grupo de casos, en cambio, la víctima se limita a consentir —ya sea aceptando, ya sea induciendo o cooperando activamente— en que otra persona le ponga en peligro. Un ejemplo que suele citarse es el de la ayudante del lanzador de cuchillos que colabora en el número circense dejando que aquél lance los

---

(3) Cfr., desde la perspectiva de la víctima-dogmática, SILVA SÁNCHEZ, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?*, en "Libro-homenaje a Beristain, 1989", pp. 636, 643. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, cit., pp. 78 y ss., que se ha ocupado especialmente del tema, ofrece otra vía de fundamentación de la posible impunidad a consecuencia de la actuación de la víctima: la de considerar impune en nuestro Derecho la participación imprudente, puesto que entiende que en los casos en que la aportación causal fundamental propia del "autor" corresponda a la víctima, el otro sujeto no realizará, sino que sólo favorecerá la realización del hecho y deberá ser calificado de mero partícipe.

cuchillos en torno a su figura. El autor de la acción peligrosa es en este caso el lanzador.

La solución del primer grupo de casos —la víctima realiza la conducta principal peligrosa— es menos problemática que la del segundo. Con una u otra fundamentación, la doctrina se inclina claramente en favor de la impunidad del partícipe. En Alemania, en cuyo Derecho no es punible la participación en el suicidio de otro, ello se fundamenta por la vía de una “analogía restrictiva” (4) o del “principio de la propia responsabilidad de la víctima”, que excluye la vulneración del deber de cuidado salvo que el partícipe tenga un mejor conocimiento de la situación peligrosa (5). En España, en donde sí es punible la participación en el suicidio ajeno, existe otra vía abierta por nuestra doctrina: la admisión de la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes. En los casos de participación en una autopuesta en peligro estaríamos frente a supuestos de participación en un hecho atípico —el matarse a sí mismo es atípico, tanto si es con dolo como por imprudencia—, impunes en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación —salvo, claro está, que la ley las tipifique expresamente, como ocurre, sólo, con la inducción y auxilio al suicidio (art. 409 Código penal) (6) (7).

Más dudosa es la solución del segundo grupo de casos: aquéllos en que no es la víctima quien realiza la conducta peligrosa principal, sino otra persona que actúa con el consentimiento de aquélla. No concurre aquí una forma de participación en una autolesión atípica, sino el consentimiento en un comportamiento de lesión de un bien jurídico-penal ajeno. Si no se concede eficacia al consentimiento estaremos ante una lesión típica en principio punible. El problema es, pues, ahora, si el consentimiento de la víctima puede o no excluir o disminuir la responsabilidad de quien la mata por imprudencia. La sentencia que comentamos da por supuesto que se enfrenta a un caso de esta clase y llega a la conclusión de que la actitud de la víctima no puede excluir la responsabilidad penal del autor, porque la vida no es un bien

---

(4) En este sentido, ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas de LUZÓN PEÑA, 1976, p. 198, para quien en estos casos faltaría la imputación objetiva en base al principio del fin de protección de la norma, “porque si ni siquiera la provocación dolosa de la lesión del bien jurídico —se refiere a la provocación del suicidio— está cubierta por el fin de protección de la norma del homicidio, menos lo podrá estar la participación en una autopuesta en peligro, que por regla general sólo se base en imprudencia en relación con el resultado” (p. 186).

(5) Cfr. por ejemplo, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.ª ed., 1988, p. 518.

(6) Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 397 y ss. Ahora bien, si la participación en la autopuesta en peligro es dolosa, esto es, con voluntad de que se produjese el resultado lesivo, cabrá autoría mediata, por lo menos si concurre engaño o aprovechamiento de error: *ibidem*, pp. 426 y ss.

(7) Una fundamentación dogmática convincente de la necesidad de extender a los delitos imprudentes la distinción de autoría y participación ha sido ofrecida por LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, *cit.*, pp. 108 y ss., que considera que tanto en los delitos dolosos como en los culposos la autoría se caracteriza por suponer la *determinación objetiva del hecho* (pp. 112 y ss.). Esta nota faltaría en las conductas de favorecimiento de una autopuesta en peligro ajena (p. 109). Pero debe señalarse que este autor considera impune toda forma de participación imprudente, y no sólo las que tropiecen con el obstáculo del principio de accesoriedad de la participación por ser atípico el hecho principal (pp. 121 y ss.).

jurídico disponible —aunque admite la atenuación de la pena—. ¿Es éste el único planteamiento posible?

En primer lugar: ¿son claras las fronteras que separan los dos grupos de casos mencionados?, ¿es seguro que el caso contemplado no puede verse como una forma de autopuesta en peligro o, por lo menos, como un caso a tratar del mismo modo que las típicas autopuestas en peligro? La propia sentencia examinada reconoce que en algunos casos “el riesgo proveniente de la acción de un tercero” puede ser “equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido)”. Y, en efecto, según una opinión, casos como éste, en que la víctima induce activamente a su puesta en peligro, han de tratarse del mismo modo que las más indiscutibles autopuestas en peligro (8). No es lo mismo, sin duda, limitarse a consentir pasivamente que inducir activamente al hecho y/o intervenir activamente en su ejecución. En el caso que aquí consideramos fue la víctima la que “tomando una botella, retó a acertarle a la misma de un disparo, mientras bebía”. Pero a continuación se produjo una circunstancia que a juicio de la sentencia fue decisiva para impedir la exclusión de responsabilidad penal: el disparo se efectúa con un “fallo en la ejecución” que la desvía de la propuesta inicial de la víctima, puesto que se produce “en el instante en que aquél (la víctima) efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima”. “Al disparar de esta manera —afirma la sentencia— el recurrente introdujo, sin previo aviso del momento de la acción, un factor elevador del riesgo consentido que excluye la equivalencia que *podría haber eliminado la imputación objetiva*” (9). Es interesante, pues, constatar que se admite la posibilidad de que, en otras circunstancias, la inducción de la víctima eximiera de responsabilidad al agente. Ello es de suma importancia en el tráfico automovilístico.

Hay otro sector en que se está planteando la delimitación de la autopuesta en peligro y el consentimiento en la puesta en peligro por parte de otro: el de las relaciones sexuales con una persona infectada del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), que puede transmitirlo y dar lugar al SIDA. La jurisprudencia alemana ha admitido que si la víctima conocía la infección de su pareja y el peligro que corría y, aun así, aceptó la relación sexual, el sujeto transmisor no realiza el tipo de lesión, sino que se limita a cooperar en una autopuesta en peligro querida por la víctima bajo su propia responsabilidad (10). Se trata de casos interesantes desde el punto de vista dogmático, porque están en la frontera de los dos grupos de casos —autopuesta en peligro y consentimiento en una puesta en peligro por otro— que tratamos de diferenciar. La sentencia alemana del Tribunal Superior del Land de Baviera, de 15 de septiembre de 1989, acoge el siguiente criterio de distinción: “Concorre una autopuesta en peligro cuando alguien realiza acciones que le ponen en peligro... Por el contrario, hay que estimar una puesta en peligro por otro consentida

(8) Así, ROXIN, *Problemas básicos*, cit., pp. 192 y ss.

(9) Coincide así la sentencia con la opinión de ROXIN, *loc. cit.*, según la cual la equiparación a la autolesión requiere, entre otros, el requisito de que el daño sea consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales.

(10) Así, la sentencia del Tribunal Superior del Land de Baviera de 15 de septiembre de 1989, que sigue a la importante sentencia de 4 de noviembre de 1988 del Tribunal Federal, vid. JZ 1989, pp. 1073 y ss.

cuando sólo el 'autor' ejerce el dominio del hecho sobre el acontecimiento que provoca la puesta en peligro para el bien jurídico y la 'víctima' se limita exponerse a los efectos de las acciones peligrosas del autor, de tal modo que, en definitiva, su destino queda en manos del 'autor'." En el caso de la relación sexual enjuiciada en esta sentencia el Tribunal entiende que "ambas personas dominaban conjuntamente el hecho", puesto que "cada una de ellas... podían en todo momento interrumpir el contacto sexual o disminuir esencialmente su peligrosidad, por ejemplo utilizando un preservativo". Por último, aunque también el portador del VIH comparte el dominio del hecho, "la puesta en peligro —en cuanto autopuesta en peligro querida— ha de imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima". Todo ello presupone, claro está, que la víctima conociera en no menor medida que el portador del virus el significado de la acción y sus posibles consecuencias (11).

En el caso objeto de la sentencia española que aquí comentamos, la situación es algo distinta. Es cierto que también el que reta a la apuesta ha de tomar parte en el hecho sosteniendo la botella y permaneciendo en una determinada posición mientras el otro ha de disparar. Hay en ello una base para afirmar el "tomar parte en la ejecución" del número 1.º del artículo 14, de modo parecido a como la hay para considerar coautor de asesinato a quien sujeta a la víctima según lo acordado. No obstante, "el destino" de la víctima queda en manos del que dispara, en el sentido de que depende de *cómo* ejecute el disparo —sobre lo que la víctima no tiene ningún control—. En el acto sexual completo, en cambio, el peligro de infección no depende en principio de la forma de ejecución de la parte correspondiente al portador del virus: depende básicamente de la introducción del semen, con independencia de cómo tenga lugar. En nuestro caso la dependencia de la forma de ejecución del disparo se manifiesta, por de pronto, en el hecho de producirse en un momento no controlado por la víctima. Ello puede que constituya una desviación de lo pactado, si la víctima había condicionado su apuesta a que pudiera elegir el momento del disparo. Pero también es posible —en realidad en los hechos probados no consta lo contrario— que no se hubiera concretado el momento exacto del disparo. En cualquier caso, aunque el disparo se hubiera efectuado en el momento fijado por la víctima, su peligrosidad seguiría dependiendo esencialmente de la puntería y concentración del autor.

Es correcto, pues, considerar que estamos frente a un supuesto de consentimiento —siquiera activo— de la víctima en una conducta peligrosa de otra persona. La cuestión es, entonces, si dicho consentimiento puede afectar a la responsabilidad penal del autor cuando el bien jurídico lesionado es la vida. Para resolverla hay que empezar por abordar el problema de si ante un comportamiento peligroso el consentimiento eficaz ha de comprender la posible producción del resultado (consentimiento referido al resultado) o, por el contrario, es suficiente que se limite a la voluntad de correr el riesgo, sin admitir el resultado posible (consentimiento referido a la conducta).

La respuesta a esta primera cuestión condiciona en gran medida el posible ámbito de operatividad del consentimiento. Es evidente que son pocos los casos en que el consentimiento en una conducta arriesgada va acompañado del consentimiento en la posible lesión resultante, especialmente cuando ésta es la muerte. Muy frecuente es, en cambio, que se consienta en el riesgo, a veces buscado o fomenta-

---

(11) Cfr. JZ 1989, p. 1074.

do, que implican determinados comportamientos ajenos. Desde el punto de vista de una concepción del injusto como infracción de una norma, hay que considerar suficiente el consentimiento referido a la conducta peligrosa. La norma sólo puede prohibir u ordenar al ciudadano *conductas* en la medida de su peligrosidad *ex ante*, no que de ellas *resulte ex post* la efectiva producción de una lesión (12). Para que el consentimiento excluya la infracción basta, pues, que alcance a la conducta que, sin él, la constituiría (13).

Estamos ahora en condiciones de abordar la cuestión de si el consentimiento de la víctima puede ser eficaz cuando se refiere a una conducta peligrosa de la que resulta la muerte. No se trata de preguntar si la vida humana es un bien jurídico *renunciable* por su titular, sino si cabe consentir con eficacia en la *puesta en peligro* de dicho bien. En nuestro Derecho el homicidio doloso consentido es punible, como lo prueba la tipificación expresa —siquiera pueda resultar privilegiada— del homicidio no sólo consentido pasivamente, sino solicitado (homicidio-suicidio) en el artículo 409 Código penal (14). Si ni siquiera la solicitud activa excluye la pena, menos podrá excluirla el simple consentimiento. Dejamos aparte el tratamiento que deban merecer casos extremos de eutanasia activa (15) y prescindimos de lo que sería deseable *de lege ferenda*. En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudente-

---

(12) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 60 y ss. [= ZStW 95 (1983), pp. 433 y ss.]; el mismo, *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, en "ADPCP", 1983, pp. 10 y ss. (= Festschrift f. Jescheck, I, 1985, p. 344); el mismo, *Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en "ADPCP", 1989 (= Festschrift f. Armin Kaufmann, 1989, pp. 254 y ss.); el mismo, *Derecho penal*, cit., pp. 142 y ss.

(13) Cfr., en este sentido, BERDUGO, *El delito de lesiones*, p. 77. De acuerdo también en el ámbito de los delitos culposos (sólo), CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, PG, II, 1990, pp. 99 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., pp. 533 y ss. (= *Tratado de Derecho penal español*, trad. y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, 1988, pp. 813 y ss.).

(14) Defiende una interpretación restrictiva del segundo inciso del artículo 409 CP, excluyendo de él el mero homicidio consentido y exigiendo que la víctima mantenga hasta el final el dominio del hecho, de modo que pueda seguir hablándose de un suicidio, SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, «ADPCP», 1987, p. 467. De acuerdo en lo esencial VALLE MUÑIZ, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, «CPC», núm. 37 (1989), pp. 172 y ss. Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño...*, «ADPCP», 1987, p. 310.

(15) Para los que queda abierta la puerta de la eximente de estado de necesidad: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Eutanasia y Derecho penal*; en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 52 y ss.; VALLE MUÑIZ, «CPC», núm. 37 (1989), pp. 179 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, «ADPCP», 1988, pp. 124 y ss. También dejamos aparte la problemática de la participación en el suicidio, supuesto de participación en una autolesión distinto al aquí contemplado de consentimiento en un homicidio. Sobre la problemática constitucionalidad del artículo 409 CP, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio*, «ADPCP», 1987, pp. 74 y ss.; CARBONELL MATEU, *Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida. Dues questions: suïcidi i avortament*, Lección inaugural del curso 1989/90. Universitat de les Illes Balears, pp. 8 y ss.; VALLE MUÑIZ, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, «CPC», núm. 37 (1989), p. 168.

mente la vida. Es éste un comportamiento socialmente mucho más tolerable que el primero. Toda la vida social está impregnada de actividades peligrosas que se estiman lícitas por la ampliación que suponen de la esfera de posibilidades del individuo *en orden a configurar su vida*. No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino de que dicho riesgo abre *posibilidades de vida*. Ante la incerteza de la muerte, puede apostarse por su no producción. La situación es distinta ante una acción voluntaria de matar: consentir en ella no persigue ampliar la vida, sino que supone renunciar a ella. No discuto que en algún caso ello pueda considerarse una decisión admisible como forma extrema de configuración de la propia trayectoria vital. Pero es fácil comprender que es incomparablemente mayor el beneficio que supone para la mayoría de personas el poder exponerse libremente a los riesgos que pueden reportarle satisfacciones. Este es el fundamento de la licitud del *riesgo permitido*, entendiendo por tal el sector de riesgos menores socialmente adecuados. Comparando el grado de peligrosidad y la utilidad social que representan, la sociedad considera admisible asumir dichos riesgos como típicamente irrelevantes. Cuando el riesgo es mayor y menor su utilidad social (sólo), será valorable positivamente cuando la posible víctima prefiera libremente correrlo, en uso del derecho fundamental que le reconoce la Constitución al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10,1). Y cuando el riesgo haya de proceder de una conducta ajena, la valoración positiva de la decisión de quien desea exponerse al peligro no sería coherente con el intento de impedirlo prohibiendo penalmente la conducta peligrosa.

El planteamiento expuesto conduce, pues, a considerar que para una sociedad basada en la libertad resulte positivo y obligado incluso constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndose a una conducta imprudente de otra persona: conduce a admitir la eficacia eximente del consentimiento verdaderamente libre en una acción imprudente. La vía argumental seguida ha podido prescindir de la cuestión de si la vida es o no disponible por su titular, porque en estos casos lo que se valora positivamente no es una decisión de morir, de renunciar al bien jurídico de la vida, sino de vivir arriesgadamente.

En el caso objeto de la sentencia que comentamos ocurre que no es seguro que la víctima hubiera consentido en que el disparo se efectuase en el momento de moverse. Tampoco el recurso planteó la cuestión de la posible eficacia eximente del consentimiento. Pero en el supuesto de que constase el consentimiento plenamente libre de la víctima —máxime si es activo, de reto a la otra persona— y no existiesen obstáculos procesales como el señalado, la solución debería ser la absolución.



# Jurisprudencia constitucional

## **PUBLICADA EN JULIO-DICIEMBRE DE 1990 CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA**  
Universidad Autónoma de Madrid

### **I) CONSTITUCION**

#### **ARTÍCULO 14**

##### *Principio de igualdad*

Ha de tenerse presente la reiterada doctrina de este Tribunal, recogida en SSTC 101/1987, 17/1988, 126/1988, 132/1988 y 260/1988, entre otras muchas, en cuya virtud, el principio de igualdad en la aplicación de la ley sólo puede ser invocado en el caso de que las resoluciones aducidas como término de comparación procedan del mismo órgano judicial y no, como ocurre en el presente caso, de órganos jurisdiccionales diferentes, pues en caso contrario se atentaría al principio de independencia que ha de presidir la función judicial.

(Sentencia núm. 146/90, de 1 de octubre. R. A 760/88. «B.O.E.» de 23 de octubre de 1990. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

#### **ARTÍCULO 15**

##### *Derecho a la vida*

El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismo poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985).

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo una bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o de aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucional inexistente.

Además, aunque se admitiese la tesis de los recurrentes, tampoco podría apreciarse que, en el caso contemplado, se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de la decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida.

Puede ser, por tanto, la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no un resultado directamente deseado que permitirse hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental de a la propia muerte, ni, por consiguiente, que este supuesto derecho puede haber sido vulnerado por la coacción terapéutica.

Una vez establecido que la decisión de arrastrar la propia muerte no es un derecho, sino simple manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quién asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico, pues en este caso la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger.

Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración Penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el art. 15 de la Constitución protege.

(Sentencia números 120 y 137/1990, d e 27 de junio de 19 de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponentes: Fernando García Mon, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).

### *Derecho a la integridad física y moral*

Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, f.j. 7; 2/1982, f.j. 5; 110/1984, f.j. 5); y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable», (STC. 53/1986, f.j. 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SST 62/1982, f.j. 5; 13/1985, f.j. 2) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone» (STC 37/89, f.j. 7) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, f.j. 10; 196/1987, ff.jj. 4, 5, 6; 197/1987, f.j. 11) si tal derecho aún puede ejercerse.

Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bino de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal del proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida.

Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que el mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta casualmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985).

Por el lado, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente protegidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y

proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto se limita a autorizar al intervención médica, corra «riesgo serio» la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno.

(Sentencias números 120 y 137/1990, de 27 de junio y 19 de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponentes: Fernando Barcía Mon, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).

### *Prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes*

El propio art. 15 de la Constitución prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre.

«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la casación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de viajar y doblar la voluntad del sujeto paciente.

En este sentido, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 21 de octubre de 1987 y en vigor general desde el 26 de junio de 1987 y para España desde el 20 de noviembre siguiente) define la tortura como «todo acto por el cual se inflinja intencionalmente a una personal dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una conversión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1.1). Esta Convención extiende, además, sus garantías a «otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1».

Asimismo, en relación con el art. 3 CEDH que establece una interdicción similar a la del art. 15 C.E., el TEDH, partiendo de su propia doctrina acerca de las penas degradantes (SS de 18 de enero y 25 de abril de 1978 —caso Irlanda contra el Reino Unido— y —caso Tyrer—, respectivamente) ha señalado que «para que el trato se “degradante” debe ocasionar también el interesado —ante los demás o ante sí mismo— (...) una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (igualmente, STEH de 25 de febrero de 1982, —Caso Campbell y Cosans— y de 7 de julio de 1989 —Caso Soering—).

No otra es, por lo demás, la aceptación que, en el concreto ámbito penitenciario, cabe dar a los términos «cruel, inhumano o degradante» que utiliza, para prohibir sanciones disciplinarias a los internos que tengan ese carácter, el art. 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, del Comité de Ministros de Consejo de Europa, e invocadas por los recurrentes, ni otro es tampoco el alcance que, respecto de los tratos inhumanos o degradantes, tiene la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos que el art. 6 de la LOGP establece.

Por ello, y también con referencia al medio carcelario, este Tribunal tiene dicho que para apreciar la existencia de tratos o degradantes es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envejecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena» (STC 65/1986, f.j. 4; 89/1987, f.j. 2), daño implícito en la misma que está excluido del concepto de tortura (art. 1.1 *in fine* de la Convención contra la tortura cit., de 1984).

De acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en sí misma, no está ordenada a infringir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras medicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el ejemplo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante.

El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. Ambos hipotéticos reproches han de ser sin embargo también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida.

(Sentencias números 120 y 137/1990, de 27 de junio y 19 de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponentes: Fernando Barcía Mon, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).

## ARTÍCULO 16

### *Libertad ideológica*

Tampoco puede apreciarse vulneración de la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1 de la Constitución.

Ciertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuando le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.

El art. 16.1 C.E. garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, f.j. 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión —ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal—, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 C.E. le corresponde «el correlativo derecho a expresarla que garantiza el (art. 20.1 a)» (STC 20/1990, f.j. 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse «simplemente absorbido» por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, f.j. 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1.

Ahora bien, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 C.E. es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios —por más que ellos pueda tener relevancia ex art. 20.1 a) C.E.—. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad suficiente para articular la imputación del ilícito constitucional.

En el presente caso, los recurrentes aducen la libertad ideológica para dar cobertura constitucional a su comportamiento como forma de protesta y reivindicación, y formalizan a su amparo la queja frente a a interferencia coactiva de la Administración penitenciaria «en su actitud frente a su propia vida».

Tal alegación no es aceptable porque, aún reconociendo el trasfondo ideológico que late en la huelga de hambre de los recurrentes, es innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encuentren en peligro de perder la vida no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga —sin que conste en los autos que no haya sido respetada en todo momento por el administración Penitenciaria, ni que haya ésta adoptado oposición alguna a la misma con medidas represoras o disciplinarias—, sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actitud reivindicativa.

(Sentencias números 120 y 137/1990, de 27 de junio y 19 de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponentes: Fernando Barcía Mon, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).

## ARTÍCULO 17.1

### *Derecho a la libertad personal*

No es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del art. 17.1 de la Constitución, en los términos que pretenden los recurrentes, dado que, según

reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo un libertad general de actuación o una libertad, que es una valor superior del ordenamiento jurídico —art. 1.1 de la Constitución—, sólo tiene la protección de recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el Capítulo Segundo de su Título I, como son las libertades a que se refieren al propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones «de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que garantizan la libertad» pero «no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sea éstas en la vida del individuo».

Conforme, pues, con dicha doctrina, la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 de la Constitución.

Es claro sin embargo que la aplicación de tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricción a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. pero tales restricciones, en cuanto inherentes a la intervención médica que acabamos de considerar no violadora de derechos fundamentales, no constituyen lesión de aquellos mismo derechos a la integridad física, ni a los ahora examinados, sin olvidar que el art. 45.1.b) de la LOGP permite esas mismas medidas y es en este sentido la ley a la que se remite genéricamente el art. 17.2 de la Constitución.

(Sentencias números 120 y 137/1990, de 27 de junio y 19 de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponentes: Fernando Barcía Mon, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho a la intimidad personal*

Igualmente inconsistente es la denuncia de la supuesta violación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 C.E. y 5.2 R.P.).

Es cierto que este Tribunal ha reconocido que en la noción de «intimidad personal» se integra la «intimidad corporal», (STC 37/1989, f.j. 4). Pero la ha identificado únicamente como «inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona» y, en virtud de ello, puede afirmarse que en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes, pues, aparte de que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad, no produce la actuación impugnada ni

por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal.

(Sentencias números 120 y 137/1990, de 27 de junio y 19 de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponentes: Fernando Barcía Mon, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).

#### ARTÍCULO 20.1 d)

##### *Derecho a comunicar libremente información veraz*

Este Tribunal tenido ya numerosas ha tenido ya numerosas oportunidades de afirmar que, en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 C.E. de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, pero, tampoco, puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades (STC 159/1986, fundamento jurídico 6.º caso Egin). En lo que se refiere al derecho al honor, y su relación con el derecho de información veraz, ciertamente los preceptos del Código Penal conceden una amplia protección a la buena fama y honor de las personas y a la dignidad de las instituciones, mediante la tipificación de los delitos de injurias, calumnias o desacato, en sus diversas variantes: y no es menos cierto que tal protección responde a valores constitucionalmente consagrados, vinculados a la dignidad de la persona y a la seguridad pública y defensa de orden constitucional. Pero también ha de considerarse que la formación de una opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político» (etc. 104/1986, caso Soria Semanal).

En consecuencia, a la hora de aplicar los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional deberá, no estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino, habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito. Pues, es tanto la labor del informador se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previsto, no podrá considerarse que han afectado ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de un institución de modo que quepa una sanción penal al respecto.

Tal ponderación corresponde sin duda al órgano jurisdiccional que conozca de las alegadas vulneraciones al honor. Pero este Tribunal, por un lado, ha señalado que entre dentro de su jurisdicción revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces, con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegar-

lo en el supuesto contrario (STC 107/1988, fundamento jurídico 2.º). Y, por otro lado, en la jurisprudencia constitucional, se han ido perfilando varios criterios para llevar a cabo esa ponderación. Por lo que respecta al presente recurso, conviene subrayar los siguientes:

a) el Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 C.E., según señalamos en nuestra STC 20/1990. Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante.

b) Como segundo criterio de interés en el presente supuesto, este Tribunal ha destacado que la protección constitucional de los derechos del art. 20 opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático. En consecuencia, y como también ha señalado este Tribunal, la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta «no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad» (STC 165/1987) por lo que en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información y opinión sobre conductas privadas carentes de interés público.

c) Finalmente, y también según la doctrina de este Tribunal (STC 165/1987), la protección constitucional de los derechos de que se trata «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción». Los cauces por los que se difunda la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional.

Para acabar con la exposición de criterios jurisprudenciales aplicables al caso, conviene destacar uno de ellos, al que se ha hecho referencia, y que resulta ahora de especial interés: El relativo a la veracidad de la información como requisito para su protección constitucional. El art. 20.1 d) C.E. reconoce y protege el derecho a comunicar libremente información veraz. La precisión de qué debe entenderse por veracidad cobra así notable transcendencia para determinar si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional, o se sitúa fuera de él, y por el contrario, dentro del ámbito de conductas tipificadas por las normas penales. Y, a este respecto, este Tribunal ha precisado —siguiendo en esto la doctrina de órganos jurisdiccionales de otros países—, que ello no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada. Lo que el

requisito constitucional de veracidad viene a suponer es que el informador tiene, —si quiere situarse bajo la protección del art. 20.1 d)— un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un que obviamente, no puede excluirse totalmente. Pero, como señala la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad”, como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (fundamento jurídico 5.º). «Información veraz» en el sentido del art. 20.1 d), significa, pues información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias.

(Sentencia núm. 105/90, de 6 de junio. R.A. 1695/87. «B.O.E» e 5 de julio de 1990. Ponente: Luis López Guerra).

#### ARTÍCULO 24.1

##### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión*

Se ha repetido en numerosas ocasiones que sólo puede hablarse de indefensión imputable al órgano judicial en los supuestos en que una de las partes no haya sido emplazada a citada, quedando fuera del procedimiento, cuando dicha parte hoy haya tenido tampoco conocimiento extraprocésal de la tramitación del juicio. En efecto, tal requisito es indispensable para que se pueda hablar de indefensión material y no de un mero defecto procesal. Pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses la obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial [entre muchas, SSTC 48/1984 (fundamento jurídico 1.º) y 93/1987. (fundamento jurídico 2.º)]. Sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión.

(Sentencia núm. 101/90, de 4 de junio. R.A. 508/88. «B.O.E» e 5 de julio de 1990. Ponente: Antonio Truyol Serra).

No es posible considerar que una resolución judicial (Auto de sobreseimiento o Sentencia) que estime aplicable la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal infrinja, por este sólo hecho, el derecho que los perjudicados y ofendidos por la infracción enjuiciada tiene a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). El derecho a la tutela efectiva que comprende el derecho de acceso al proceso y el de obtener un pronunciamiento motivado sobre la pretensión ejercitada, no resulta infringido por la apreciación debidamente fundamentada de la concurrencia de la prescripción, en este caso, de la falta y la consecuente declaración de la extinción de la responsabilidad penal, aunque impida al juzgador pronunciarse sobre la acción civil ejercitada en el proceso penal, y obligue a acudir a al vía civil correspondiente.

(Sentencia núm. 157/1990, de 18 de octubre. C.I. 732/87 y 2020/88 (acumuladas). «B.O.E» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero).

ARTÍCULOS 24.1 y 120.3

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación*

Se aprecia que el Juez *ad quem* se limitó a asumir en su integridad los argumentos jurídicos utilizados en la Sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por aquella. Se trata, en consecuencia, de una motivación por remisión, sobre cuya validez, en abstracto, ya se ha pronunciado, este Tribunal en distintas resoluciones. Entre ellas cabe resaltar los AATC 688/1986 y 956/1988, en los que se pone de manifiesto que «una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer al exigencia contenida en el derecho fundamental que se invoca».

Supuesto implícito de tal doctrina es, sin embargo, como resulta evidente, el de que ante el órgano judicial que dicta la Sentencia de remisión no se haya planteado cuestión sustancial alguna que no hubiera sido ya resulta por al Sentencia remitida, con independencia de cuales sean las razones que abonan la solución o incluso de cual sea el grado de explicación con el que la Sentencia remitida responde a las pretensiones de las partes.

(Sentencia núm. 146/90, de 1 de octubre . R.A. 760/88. «B.O.E.» de 23 de octubre de 1990. Ponente: Francisco Rubio Llorente).

ARTÍCULO 24.1

*Principios de igualdad y contradicción*

Entre las garantías que incluye el artículo 24 de la Constitución para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al proceso, los principios de contradicción y de igualdad. Según constante y reiterada doctrina e este Tribunal —entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989—, el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso de defensa de derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos, *fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada*, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989). Por ello, tan pronto como el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerara imputada con ilustración expresa del

hecho punible cuya participación se el atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción. En segundo término, exige también la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa. En el proceso penal, además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatoria —que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso— que, entre otras exigencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamenten las respectivas pretensiones. Del principio de «igualdad de armas» lógico corolario de la contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuente con los mismo medios de ataque y de defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba de impugnación —por todas SSTC 47/1987 y 66/1989—, sin que sean admisibles limitaciones da dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en la fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 13/1985, 176/1988 y 66/1989).

(Sentencia núm. 186/90, de 15 de noviembre. C.I. núm. 1914/90. «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente Vicente Gimeno Sendra).

## ARTÍCULO 24.2

### *Principio acusatorio*

Ver sentencia núm. 168/90, de 5 de noviembre, *sobre juicio de faltas* - artículo 969 L.E. Crim. y 7 Decreto de 21-11-1952.

### *Presunción de inocencia*

De acuerdo a la constante doctrina de este Tribunal, iniciada en la STC 31/1981, sólo es válida la prueba practicada en el acto del juicio oral y en condiciones de moralidad, contradicción, intermediación y publicidad; sólo cabe excepcionar de esta regla secular de nuestro proceso penal que Constitución no ha hecho sino confirmar, la prueba anticipada o preconstituida con las debidas garantías y traída el juicio ora (SSTC, entre otras 64 y 80/1986, 82/1988, 150 y 120/1989, 51/1990). Se trata de compaginar en estos supuestos la seriedad de lo actuado sumarialmente, que no puede perder, por tal condición todo valor, con el haz de garantía a que es acreedor todo ciudadano acusado de cualquier hecho punible.

Examinada el acta del juicio ora, en dos sesiones, se observa que en aquél no se practicó prueba alguna ante la incomparecencia del reiteradamente citado testigo —denunciante— del hallazgo en sus domicilio de una bolsa conteniendo efectos que se considerarán posteriormente robados. El Tribunal consideró suficiente lo practicado en el sumario y lo practicado en la primera de las vistas en la que se condenó a uno de los procesados y en la que lógicamente, no estuvo presente ni el demandante ni su representación. Toca ahora examinar si la prueba en que se ha basado la condena puede ser considerada constitucionalmente bastante como para poder ser considerada constitucionalmente bastante como para poder destruir la presunción de inocencia.

La prueba fundamental tenida en cuenta por el órgano judicial es el testimonio sumarial de uno de los testigos, que halló los efectos del robo. En relación con esa prueba habría de cuestionarse el que se hubiera producido con las debidas garantías procesales, en condiciones que garanticen la contradicción y, por ello, dentro del juicio oral. Sin embargo, existe un hecho material, la ocupación de unas joyas, y consta indudablemente que éstas fueran robadas por otro procesado ya condenado de consumo con otra persona. Estos hechos no se cuestionan por el demandante, que sólo cuestiona que los mismos sean pruebas suficientes para incriminarle.

Sobre lo único que ha existido prueba y lo único que podría estimarse acreditado como hecho indubitado en el acto del juicio es la existencia de un hecho delictivo. El problema es si esos hechos indubitados puede considerarse como una prueba indiciaria suficiente que permitiera desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, pues no basta constatar la existencia de un delito para que base de ese hecho inferir indiciariamente su imputación a una concreta persona, siendo necesaria una conexión lógica que partiendo de esos indicios indubitados, permita llegar a esa imputación, conexión lógica que además debe ser explicada razonadamente en los caos de prueba indiciaria, para que la misma pueda desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada (SSTC 173 y 175/1985). Nada de ello se ha hecho en el presente caso en que el órgano judicial sólo razona por qué puede considerar como hecho indubitado el de la existencia del delito, pero no explicita ninguna razón por la que de ese hecho indiciario pudiera deducirse razonablemente la imputación del Ministerio Fiscal cuando afirman que no ha existido prueba, ni siquiera indiciaria que haya permitido destruir la presunción de inocencia del recurrente. Los indicios presentados, incluso si estimados hechos probados indubitados, no permiten llevar, o al menos ellos no se explicita en la motivación del órgano judicial, a una razonada conexión lógica que conduzca a un resultado inculpatario.

Tampoco es elemento legítimo de convicción la falta de credibilidad de un testimonio de desgarro, el del coprocesado ya condenado, que además, ni siquiera pudo llegar a practicarse en el propio acto de juicio, aunque por razones imputables al recurrente. No puede servir de razonamiento inculpatario la falta de credibilidad de un testimonio de desgarro o en defensa del recurrente, pues el derecho constitucional a la presunción de inocencia precisamente libera a la parte de la carga de probar su propia inocencia.

(Sentencia núm. 124/90, de 2 de julio. R.A. 1183/88. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero).

La violación del derecho a la presunción de inocencia se imputa al hecho de que en el acto del juicio no compareciera la principal testigo de cargo que reconoció al hoy recurrente como autor de los hechos delictivos que se le imputaban. Según reiterada doctrina de este Tribunal el derecho a la presunción de inocencia no sólo exige la existencia de prueba de cargo, sino además que ésta se practique en el cargo del juicio oral, en condiciones de moralidad, contradicción, intermediación y publicidad, lo que no excluye la posibilidad de aportar y traer al juicio oral prueba anticipada o preconstituida con las debidas garantías. como ha dicho la STC 124/1990, se trata de compaginar en estos supuestos la seriedad de lo actuando sumarialmente, que no puede perder por tal condición todo valor, con el haz de garantías a que es acreedor el acusado de un hecho punible.

En el presente caso la Audiencia Provincial ha entendido razonadamente que la ausencia de la principal testigo, de nacionalidad extranjera, en paradero desconocido, y que ya en la fase sumarial había sufrido amenazas tendentes a evitar su testimonio, podría permitir considerar de reproducción imposible su testimonio sumarial, que se había realizado con todo tipo garantías, y ello, como prueba válida de cargo, frente a la que tanto en el juicio oral como en el propio recurso de casación, el acusado hoy recurrente pudo formular cuantos reparos tuvo por conveniente. La consideración como prueba preconstituida realizada con las debidas garantías y traída al juicio oral que ha hecho el órgano judicial de la identificación indubitada del recurrente como quien intervino en el hecho criminoso no ha violado así su derecho a la presunción de inocencia.

(Sentencia núm. 154/90 de 15 de octubre. R.A. 972/88. «B.O.E» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: D. Miguel Rodríguez Piñero).

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar ea presunción de inocencia, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado.

Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981 que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momentos de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral, se desarrollo ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E. Crim.), que no constituyen en si mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la

resolución judicial, sino la de necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, el tribunal ha manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades de la Constitución y el ordenamiento procesal establecen. Pues como excepciones a la expresada regla general este Tribunal reconoce, por una parte, los casos de prueba anticipada (que no son de interés en el presente supuesto) y, de otra, los supuestos en que las diligencias sumariales son reproducidas en un juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Así lo hemos señalado en diversas ocasiones (así SSTC 80/1986, 150/1987, 82/1988, 137/1988, 201/1989 t 217/1989), en el sentido de que la posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o reparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus protagonistas o se dé a las partes de posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de «por reproducidas» del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado; porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quién corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad.

Lo que resulta determinante, pues —en ausencia de otros medios de prueba— es que se dé efectiva oportunidad, a quien declare en el acto de la vista contradictoriamente con lo manifestado en la fase de investigación, para que explique las diferencias; esto es, que el Tribunal pueda valorar con inmediatez de rectificación producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aportados por los declarantes.

El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación de la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través de correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que, conforme a los art. 280 y 281 de la LOPJ, ha de documentar fehacientemente al acto y el contenido del juicio oral, ha de estar a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente.

(Sentencia núm. 161/90, de 19 de octubre. R.A. 247/88. «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Luis López Guerra).

Conviene tener presentes las bases sobre las que se construye, como constitucionalmente aceptable, la prueba de cargo. En tal sentido, hemos de decir que si la inocencia se presume «para llegar a la condena es necesario que, mediante una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías —practicada en el juicio para hacer posible la contradicción (SSTC 31/1981, 101/1985, 145/1985 y 148/1985), y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales (STC 107/1985) quede desvirtuada esa inocencia y que el órgano judicial pueda obtener de esas

pruebas la convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticas que constituyen el delito» (STC 44/1989).

(Sentencia núm. 165/90, de 29 de octubre. R.A. 897/88. «B.O.E.» de 30 noviembre de 1990. Ponente: José Luis de los Mozos).

Compareció, además del hoy recurrente de amparo, el denunciante cuya declaración tiene la consideración de prueba testifical, según doctrina constante de este Tribunal y, como tal, puede constituir válida prueba de cargo (STC 202/1989 y AATC 937/1986, 208/1987, 335/1987, 961/1987, entre otros muchos).

Cabe recordar que la inocencia de la que habla el art. 24.2 de la Constitución, como ha señalado este Tribunal —entre otras, SSTC 141/1986, 92/1987 y 202/1989—, ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del hecho o no participación en él, sin que obligue a una determinada calificación jurídica de los hechos, por lo que no corresponde a este Tribunal revisar en mí de amparo, como si de una nueva instancia judicial se tratara, la valoración de calificación jurídica que sobre los hechos enjuiciados han hecho los órganos competentes de la jurisdicción penal.

(Sentencia núm. 169/90, de 5 de noviembre. R.A. 312/88. «B.O.E.» de 30 noviembre de 1990. Ponente: Luis López Guerra).

La segunda queja de inconstitucionalidad radica en la vulneración del art. 24.2 de la Constitución, por entender que no ha existido prueba que desvirtúe el principio de presunción de inocencia. La podía servir a tal efecto. Sin embargo, la cuestión ha sido abordada en reiteradas ocasiones por este Tribunal, pro lo que nos cabe sino repetir lo dicho: las declaraciones de la víctima o perjudicado por el ilícito tienen valor de prueba testifical siempre que esas declaraciones se llevan a cabo con las debidas garantías (STC 201/1989, AATC, 937/1986, 1,023/1986, 208/1987, 335/1987, 344/1987 y 961/1987). Y lo que no consta es que tales garantías faltasen, puesto que la referida declaración tuvo lugar durante el juicio oral, celebrado regularmente.

La persona contra la que se dirigieron las amenazas no sólo dejó constancia de ello ante Notario, sino que, además compareció en el juicio oral, ratificándose en su declaración, según consta en el acta correspondiente. En consecuencia, dicha declaración constituye prueba de los efectos del art. 24.2 de la Norma Fundamental. Su valoración compete, pues, exclusivamente a los órganos judiciales sin que este Tribunal pueda corregir la decisión por éstos adoptada.

(Sentencia núm. 173/90, de 12 de noviembre. R.A. 949/88. «B.O.E.» de 3 diciembre de 1990. Ponente: José Gabaldón López).

Como afirma la doctrina de este Tribunal, «no hay obstáculos, pese a sus inconvenientes, para considerar la presunción judicial como prueba de cargo suficiente para desvirtuar, en principio, la presunción de inocencia que no se opone por consiguiente a la convicción judicial en un proceso penal que puede

formarse sobre la base de una prueba indiciaria ya que no siempre es, posible, que en tales procesos, la utilización de la prueba directa y prescindir de indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad lo que provocaría una grave indefensión social» (STC 189/1986). Por otra parte, hay que tener en cuenta que como igualmente razona la propia Sentencia impugnada, cuando una actividad probatoria —como sucede en ese caso— existe y, además, es posible, aunque la prueba no sea directa, la condena y si ésta se produce es constitucionalmente correcta siempre que se razone o pueda razonarse el correlato que existe entre los varios indicios, que ha de ser consistentes y plurales, se fije su condición y naturaleza, y la ilación de la estructura de los fundamentos que conduzca a la condena sea lógica y razonada». Por todo ello, en la medida de que forma y de ellos se deriva, razonada y fundadamente, un juicio de culpabilidad, si bien de forma indiciaria, a través de presunciones, por la propia naturaleza y desenvolvimiento de los hechos (STC 174/1985, entre otras), no puede decirse que se haya violado de modo constitucionalmente censurable la presunción de inocencia del recurrente.

(Sentencia núm. 111/90, de 18 de junio. R.A. 442/88. «B.O.E.» de 5 de julio de 1990. Ponente: José Luis de los Mozos y de los Mozos).

#### *Presunción de inocencia. Informe pericial*

Es cierto conforme a reiterada doctrina de este Tribunal elaborada a partir de su Sentencia 31/1981, la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia ha de desarrollarse normalmente en el juicio oral (art. 741 LECr.) como premisa básica para la legitimidad del proceso con las garantías debidas, en el sentido del art. 24.2 de la Constitución, que comporta los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción. Sin embargo, no puede olvidarse tampoco que, de acuerdo con la misma doctrina (SSTC 80/1986, 150/1987, 22/1988, 25/1988 y 137/1988, entre otras), además de los supuestos propiamente dichos de prueba preconstituida en los casos en que se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción, de conformidad con los arts. 726 y 730 de la LECr., pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en adultos que permita su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para su interrogatorio personal, cuando, como ocurre en el presente caso, el informe fue sometido a contradicción en el acto de juicio, versando sobre el la prueba pericial que con tal finalidad se propuso. De la lectura del acta del juicio oral celebrado el 22 de septiembre de 1987 resulta que en tal acto fue objeto de contradicción e indicado informe practicándose, precisamente, la prueba pericial propuesta por la defensa del acusado en relación con el citado informe del instituto Nacional de Toxicología su significado y el valor de su contenido, esto es sobre el índice de acidez ph de las aguas, el límite contaminante, y la oficialidad del informe.

(Sentencia núm. 127/90, de 5 de julio. R.A. 368/88. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponente: D. Fernando García-Mon y González -Regueral).

## ARTÍCULO 25.1

*Principio de legalidad. Ley penal en blanco*

Desde la perspectiva del art. 25.1 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental incorporado a la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, resulta necesario tener en cuenta los siguientes principios generales que constituyen un cuerpo de doctrina formulada por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras).

A) El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como la reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica; por otra referida la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora. En definitiva, en términos de nuestra Sentencia 133/1987, el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*).

B) Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulta constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuesto de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elemento normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley, además de salar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

(Sentencia núm. 127/90, de 5 de julio. R.A. 368/88. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponente: D. Fernando García-Mon y González -Regueral).

## ARTÍCULO 25.1

*Principio de legalidad. «Non bis in idem»*

Razona el actor la supuesta violación del principio *non bis in idem* de la siguiente manera. De un lado, ha sufrido una sanción administrativa al estar sus-

pendido preventivamente por la Administración durante dos años y quince días; de otro, la sanción penal por tres años de suspensión ha sido acordada por el órgano jurisdiccional al conocer de una manera completa y global sobre los mismo hechos, haciendo ya imposible en el futuro cualquier nueva sanción, ni siquiera mediante la finalización del procedimiento disciplinario incoado en su momento y todavía inconcluso. Al no haber ya que el expediente administrativo finalice con sanción firme, al que fue impuesta con carácter provisional es un añadido carente de fundamento, siendo el abono del período de suspensión provisional a la pena impuesta por el órgano judicial la única manera de evitar tal duplicidad de sanciones.

En lo que se refiere a esta queja de vulneración del principio *non bis in idem* inserto en el art. 25.1 C.E., es preciso convenir con el Ministerio Fiscal que el actor ha interpuesto el presente recurso de amparo antes de haber agotado los remedios judiciales ordinarios que estaban a su disposición. En efecto, al no haber concluido el expediente disciplinario y no haber, por tanto, recaído sanción administrativa firme, no puede hablarse en modo alguno de duplicidad de sanciones. Sólo podría conculcarse, eventualmente, la prohibición de *non bis in idem*, una vez que recaiga sanción administrativa firme; en ningún caso antes, puesto que podría ocurrir que la Administración declare concluso el expediente administrativo sin imponer sanción firme. Ello posibilitaría, tal como apunta el Ministerio Público, una solución legal que, aun distinta de la propugnada por el recurrente, supondría en cierto modo la satisfacción de su pretensión; en efecto, el art. 27.4 del Estatuto de Personal al Servicio de los Organismos Autónomos (que reproduce literalmente el art. 49.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) prevé que cuando la suspensión provisional no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se habrá de computar como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de efectos de la suspensión. Pero tal solución, como dice el Ministerio Fiscal, debe solicitarla primero el actor de la Administración. De todo lo cual se deduce que el recurrente debió primero instar la finalización del expediente disciplinario y sólo después, en su caso, aducir la eventual vulneración del principio *non bis in idem*. En tal hipótesis habría de tenerse en cuenta, sin embargo, la doctrina de este Tribunal (SSTC 2/1981, 77/1983 y 159/1985 y AATC 150/1984, 721/1984 y 781/1985) sobre la admisibilidad constitucional de la doble sanción penal y administrativa en los casos en que concurre una relación de sujeción especial y el fundamento de ambas casaciones no es coincidente, lo que ciertamente no puede dilucidarse hasta que no finalice el expediente disciplinario y lo haga precisamente mediante sanción administrativa firme.

(Sentencia núm. 112/90, de 18 de junio. R.A. 615/88. «B.O.E.» de 5 de julio de 1990. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo).

Según consolidada jurisprudencia constitucional, que se inicia en la STC 2/1981, ha de entenderse implícitamente incluido el principio *non bis in idem* en el art. 25 C.E., como íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado.

Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero ellos no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimiento distintos correspondientes a ordenes jurídicos sancionadores diversos. El principio *non bis in idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito recaiga sobre su sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esta adecuación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanciona una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como «autosuficiente» desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al inflingirse el condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido.

(Sentencia núm. 154/90, de 15 de octubre. R.A. 972/88. «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Miguel Rodríguez Piñero).

## II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 35.1

#### *Cuestión de inconstitucionalidad. Sentencia interpretativa*

Cuestión distinta es la de si, a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, puede formularse no tanto una duda de constitucionalidad de una norma sino una «perplejidad interpretativa» y tratar de obtener de ese Tribunal la decisión de cuál haya de ser el alcance o interpretación que ha de darse a unos artículos del Código Penal para salvaguardar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, Tiene razón el Abogado del Estado, y también el Ministerio Fiscal que acusa de planteamiento abstracto a estas cuestiones, cuando afirman que la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser utilizada por los órganos judiciales para resolver dudas interpretativas. Ya en la STC 5/1981 (fundamento jurídico 6.º) se dijo que, aunque las llamadas Sentencias interpretativas pueden ser un medio lícito muy delicado y difícil utilizable por el Tribunal Constitucional «la emanación de una Sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes», y que sólo cabe solicitar del Tribunal Constitucional un «pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución», pero no directamente una Sentencia de carácter interpretativo.

El que este Tribunal sólo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la Constitución resulta indudable, por ser imposible llevar a cabo una interpretación del mismo y compatible a la luz de la Constitu-

ción (SSTC 93/1984, 115/1987 y 105/1988), no significa convertirlo en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la constitución, tarea que entra dentro de ejercicio de potestad jurisdiccional del art. 117.3 C.E. Mediante la cuestión de e inconstitucionalidad los órganos judiciales no puede pretender directamente aclarar dudas de interpretación relevancia constitucional. En este sentido el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

Por consiguiente, las presentes cuestiones, si se entiendese dirigidos a determinar el alcance y significado que pudieran darse a los preceptos cuestionados, a la luz de la Constitución, incurrirían si no en un defecto de juicio de relevancia, sí en un defecto de objeto y, como notoriamente infundadas, podrían ser rechazadas, sin más en este momento, al no haberse hecho en el trámite del art. 37.1 LOTC. No obstante, pese a esos defectos en la formulación, las cuestiones ponen también en duda los preceptos legales mismos, de modo que la interpretación dada a los preceptos cuestionados por los Jueces cuestionantes es sólo el presupuesto, pero no el objeto, de las presentes cuestiones, Sólo desde esta perspectiva resulta posible entrar en el análisis de fondo de las presentes cuestiones.

(Sentencias núm. 157/1990, de 18 de octubre. C.I. 732/87 y 2020/88 (acumuladas) «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Miguel Rodríguez Piñero).

#### *Momento procesal para plantear la cuestión de inconstitucionalidad*

En cuanto a la objetición planteada por el Ministerio Fiscal, tampoco es posible considerará que la cuestión de inconstitucionalidad haya sido planteada en momento procesal inadecuado o por órgano judicial incompetente —por razón de momento— para ello. En primer término, es evidente que el Juzgado de Instrucción pudo plantear de oficio la cuestión de inconstitucionalidad antes de dictar el Auto de 23 de enero de 1990, en el que acordó tramitar la causa por el Procedimiento Abreviado y dar traslado de las diligencias previas sólo al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas a los efectos prevenidos en el art. 790. 1 de la LECr., puesto que la inconstitucionalidad luego advertida radica en la no intervención del imputado en ese concreto momento procesal. Pero es evidente que, advertida posteriormente por el Juez a raíz de la petición de nulidad formulada por el acusado, la posible inconstitucionalidad de la norma aplicada, nada impide considerar que la cuestión haya sido planteada en el momento procesal adecuado. En efecto, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 790.1 de la L.E. Crim., desde luego relevante a la hora de aplicar este precepto acordando seguir el trámite del procedimiento abreviado y dar traslado el Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, también puede considerarse como tal para decidir sobre la nulidad de actuaciones interesada a instancia de la parte acusada cuando, como ha ocurrido en el presente caso, el Juez ha diferido la estimación o no de la petición de nulidad a la validez constitucional de la norma antes aplicada. Al respecto cabe recordar que, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, el término «fallo» del art. 163 de la Constitución (y del art. 35.1 de la LOTC) ha de ser inter-

pretado flexiblemente, no coincidente con el más estricto de interpretado flexiblemente, no coincidente con el más estricto de Sentencias (SSTC 76/1982, 54/1983 y 55/1990, entre otras), permitiendo cuestionar la constitucionalidad de una norma legal cuya aplicación resulta imprescindible para fundamentar la decisión judicial a adoptar, impidiendo así la aplicación directa de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona siempre y cuando la falta de planteamiento de la cuestión pueda ocasionar un perjuicio irreparable a alguna de las partes o atentar gravemente a la regularidad del procedimiento. En el presente caso, carecería de toda lógica trasladar al Juez de lo Penal, órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos, y dentro del plano para dictar Sentencia, el juicio de constitucionalidad de una norma —el art. 790.1 de la L.E. Crim.—, cuya aplicación no le compete y que, de ser estimada por este Tribunal, habría de provocar la nulidad del juicio oral y de su fase preparatoria.

(Sentencia núm. 186/90, de 15 de octubre. C.I. 1914/88. «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

#### ARTÍCULO 44.2

##### *Plazo para la interposición del recurso*

Es doctrina constante de ese Tribunal la de que el plazo para la interposición del recurso de amparo exigido por el art. 44.2 de la LOTC es un plazo sustantivo o de caducidad que ha de computarse a partir de la notificación o momento en que se haya tenido conocimiento de la resolución contra la cual ya no cabe razonablemente recurso alguno, por lo que la presentación de recursos manifiestamente improcedentes por disposición expresa e inequívoca de la Ley supone objetivamente una ampliación indebida del plazo legal para interponer el recurso de amparo (por todas, STC, 67/1988). Se trata de evitar así la prórroga artificial del plazo a través de recursos legalmente improcedentes con una intención meramente dilatoria o defraudatoria del plazo legal y su perentoria caducidad, aunque ello ha de ser compatible con el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos considere útiles para la defensa de su derechos e intereses (SSTC 120/1986; 28/1987, y 67/1988, antes citada).

Ha de concluirse que el presente recurso de amparo ha sido interpuesto una vez transcurrido en exceso el plazo de veinte días exigido por el art. 44.2 de la LOTC. En primer término, el recurrente denunció la existencia de las presuntas irregularidades procesales en la tramitación del recurso de apelación al promover el segundo de los recursos de revisión intentados, una vez transcurridos más de dos años desde que tuvo conocimiento de la Sentencia impugnada, por lo que es evidente la extemporaneidad de la pretensión de amparo ahora deducida. En este sentido es preciso recordar, de una parte, que la interposición del recurso de revisión no es necesario para considerar agotada la vía judicial antes de formular recurso de amparo, excepto que la lesión de los derechos constitucionales violados coincida con alguna de las causas del recurso de revisión (entre otros, AATC 249/1983; 736/1985 y 884/1985); y, de otra parte, que en el primero de los recursos extraordinarios de revisión intentado, el hoy solicitante de amparo no hizo valer las pretensiones de

lesión de derechos fundamentales que ahora invoca; y que el segundo de los recursos —el promovido en el año 1987—, en el que el recurrente sí adujo la supuesta indefensión sufrida en la segunda instancia, fue considerado expresamente como improcedente para hacer valer las pretensiones deducidas.

En segundo término, y como consecuencia de lo anterior, no es posible considerar que en el presente caso se ha observado el requisito exigido en el art. 44.2 de la LOTC, habida cuenta que el recurso extraordinario de revisión intentado —por segunda vez— por hoy recurrente, no sólo era manifiestamente improcedente para hacer valer las pretensiones ahora deducidas, sino que fue promovido después de transcurridos más de dos años desde que conoció la existencia de su hipotética indefensión. Considerar, por tanto, que le presente recurso de amparo ha sido interpuesto dentro de plazo supondría dejar a la entera disponibilidad del recurrente el plazo para recurrir en amparo previsto en el art. 44.2 de la LOTC, así como, su perentoria caducidad, máxime teniendo en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece plano máximo alguno para promover el recurso extraordinario de revisión penal.

(Sentencia núm. 186/90, de 15 de noviembre. R.A. 477/88. «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente: Jesús Leguina Villa).

### III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

#### ARTÍCULO 269

##### *Denuncia*

Del simple enunciado del motivo del recurso referido a la infracción procesal advertida en la primera instancia —no ratificación de la denuncia ante el órgano judicial— se deduce que el mismo no puede servir como fundamento de la pretensión de amparo. En efecto, como razona el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, de dicha irregularidad procesal no es posible derivar indefensión alguna para el hoy recurrente, dado que el delito imputado en la denuncia, por el que luego fue condenado el acudado, era el de apropiación indebida, que es de naturaleza pública y, en cuanto tal, perseguible de oficio, por lo que la inicial denuncia, fuera o no ratificada posteriormente, tiene la cualidad de noticia *criminis* susceptibles de poner en marcha la investigación judicial respecto de dicho delito.

(Sentencia núm. 169/90, de 5 de noviembre. R.A. 312/88. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1990. Ponente: Jesús Leguina Villa).

#### ARTÍCULO 789.4

##### *Imputado: intervención en las diligencias previas*

Pues bien, de la sola lectura del precepto citado, y de conformidad con lo antes expuesto acerca de los principios procesales y procedimentales que informan el Procedimiento Abreviado, es posible hacer una primera conclusión: el art. 790.1

de la L.E.Crim. no puede erigirse en obstáculo a la intervención previa del imputado en el proceso. Dicho de otro modo, y en contra de lo afirmado en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el mencionado precepto no obliga o limita a que la intervención del imputado se produzca después de haberse decretado —previa acusación— la apertura del juicio oral, sino que, antes al contrario, presupone dicha intervención previa. En efecto, en la primera fase jurisdiccional del procedimiento abreviado —fase de instrucción preparatoria o diligencias previas—, la Ley ordena expresamente la intervención del imputado —en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial: art. 789.4 LECr.— y le autoriza que, en cuanto parte personada, pueda «tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias (las del número 3 del art. 789) cuando fuesen necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo». Es claro, por tanto, que en esta primera fase de instrucción el imputado, en primer lugar, ha de ser llamado a comparecer en la fase instructora y, en segundo, tiene abierta la posibilidad de formular en ella las alegaciones que estime oportunas para su defensa, así como la de pedir cuantas diligencias estime pertinentes, sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del Juez para decidir sobre la pertinencia y utilidad de lo alegado e interesado. Es evidente, por lo demás, que su intervención en esta concreta fase del proceso aparece fundamentalmente dirigida a instar y, en su caso, probar la procedencia de alguna de las resoluciones que el propio art. 789, en su número 5, contempla, a saber. Primera, archivo o sobreseimiento provisional de las actuaciones. Segunda, reputar falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, remitiendo las actuaciones, en su caso, al órgano competente. Tercera, inhibición en favor de la jurisdicción competente. Cuarta, continuar el procedimiento abreviado en sentido estricto. Quinta; la remisión directa a juicio oral en los casos en los que el imputado haya reconocido los hechos que se le atribuyen y tanto el Ministerio Fiscal como la propia defensa así lo soliciten.

Así, pues, es indudable que al imputado no sólo no le está legalmente vedada la posibilidad de comparecer en las diligencias previas, sino que el examen del art. 789.4 a la luz del art. 24 CE, ha de llevar también a la siguiente conclusión: en primer lugar, la de que el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido ab initio o no las diligencias previas) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts. 788 y 118.4) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones represivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aún cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejer-

citar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (cfr. arts. 299 y 789.3, en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar «las personas que en el hayan participado»), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiéndose el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la «penalidad» de la publicidad del juicio oral.

(Sentencia núm. 186/90, de 15 de noviembre, CI núm. 1914/90 «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

#### ARTÍCULO 789.5.4

##### *Continuación del proceso como procedimiento abreviado*

La fase de preparación del juicio oral presupone, siempre, la conclusión de la fase de instrucción o diligencias previas, pues aunque no existe en el procedimiento abreviado —a diferencia de la previsión del art. 622 de la LECr., para el procedimiento común— una declaración expresa de conclusión, la misma está implícita en cualquiera de las resoluciones que establece el art. 789.5 de la LECr. Es indudable, al respecto, que la resolución prevista en la regla cuarta del art. 789.5 de la LECr., en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el capítulo segundo —esto es, la fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado—, contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y, de otra, la prosecución del proceso abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas primera, segunda y tercera del mismo art. 789.5). En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos. Dicho de otro modo, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso —art. 789.5, regla cuarta— también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del art. 789.5 de la LECr. y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el art. 270 de la LOPJ, la resolución por la cual el Juez ordena la continuación del proceso habrá de notificarse a los que sean parte en el procedimiento, bien entendido que por «partes» aquí, y en todo lo referente a la comunicación de dicha resolución al sujeto pasivo de la instrucción, hay que entender, no sólo a las partes formales, sino también al propio imputado en tanto que parte material (es decir, esté o no «personado» en las actuaciones), pues el segundo apartado del art. 2 de la LECr. obliga al Juez de

instrucción a efectuar dicha puesta en conocimiento con ilustración expresa de los recursos que pueda ejercitar contra la misma, razón por la cual queda garantizada, a través de la posibilidad de ejercicio de los recursos, la vigencia del principio constitucional del contradicción.

(Sentencia núm. 186/90, de 15 de noviembre, CI núm. 1914/90, «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

#### ARTÍCULO 790.1

##### *Traslado a las partes*

Es cierto que el art. 790.1 de la LECr. sólo contempla al intervención del Ministerio Fiscal y de las acusaciones personadas en el trámite inicial de la llamada fase «de preparación del juicio oral». Pero este precepto no debe ser interpretado aisladamente, sino sistemática y teleológicamente, teniendo en cuenta el significado y alcance que la fase de preparación del juicio oral, en la que se enmarca el precepto, tiene en el procedimiento abreviado. La finalidad esencial de esta fase es la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y el juicio de relevancia por parte del Juez instructor acerca de la apertura que el juicio oral exige, en virtud del principio acusatorio, a salvo el supuesto excepcional contemplado en el art. 790.3 LECr., la previa solicitud de apertura y la formulación de escrito de acusación por el Ministerio Fiscal o las acusaciones personadas contra las personas judicialmente implicadas.

Ha de tenerse en cuenta, a tal efecto, de una parte, que la fase de preparación del juicio oral del procedimiento abreviado, a diferencia de lo que ocurre en la llamada «fase intermedia» del procedimiento común de la Ley, que se desarrolla antes de que los titulares de la acción penal formulen acusación, tiene por finalidad, precisamente, la de que las partes que instan la aplicación del *ius puniendi* del Estado pueda formular la acusación y solicitar la apertura del juicio oral (art. 790), y, caso de que se acuerde la apertura del juicio, dar traslado inmediato a las partes acusadas para que presenten escrito de defensa frente a las acusaciones (art. 791). Por ello, la Ley ordena al Juez instructor, en este primer momento de la fase de preparación, proceder al traslado de las diligencias únicamente a las acusaciones, sin cuya petición de acusación no cabe, como regla general, la apertura del juicio oral. Por lo mismo, el traslado de las actuaciones al imputado lo ordena la Ley en la misma fase pero en un momento posterior, puesto que la razón del traslado no es otra que la de dar la posibilidad al acusado de oponerse y defenderse de la acusación.

De otra parte, es preciso resaltar que la fase de preparación del juicio oral en este proceso no tiende, a diferencia también de lo que ocurre en la fase intermedia del procedimiento común, a dar oportunidad a las partes para que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva —lo que sí justificaría la aplicación de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 66/1989, en relación con el art. 627 de la LECr.—, dado que el inicio de la fase de preparación del juicio oral presupone, necesariamente, la conclusión de la instrucción jurisdiccional sin posibilidad de revisión posterior.

Al respecto, el hecho de que el art. 790.1 de la LECr., en el traslado conferido a las acusaciones autorice a que por éstas se solicite el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, no desvirtúa la finalidad esencial de la fase de preparación ni dicha previsión puede considerarse como constitucionalmente inválida. En primer término, la posibilidad de solicitar el sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal y de las acusaciones personadas no es sino consecuencia lógica de la propia finalidad del trámite conferido: formular acusación o, en caso contrario (es decir, cuando el Ministerio Fiscal estime infundada la pretensión punitiva), solicitar el sobreseimiento que corresponda. En segundo término, la admisibilidad de las diligencias complementarias es excepcional (art.790.1) y queda limitada, exclusivamente, a los supuestos de imposibilidad de formular la acusación «por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos» (art. 790.2). Es evidente, por tanto, que dichas diligencias complementarias sólo serán admisibles si dentro de la acusación, resulta imposible concretar los elementos de tipo penal. Y aunque las mismas tengan naturaleza instructoría, ello no quiere decir que, por esta vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones a completar o ampliar la totalidad de la instrucción previa sin intervención del imputado, toda vez que la revisión del material instructorio se vincula sólo a la tipificación de los hechos y la Ley ordena expresamente —art. 790.2, párrafo tercero— que para la práctica de estas diligencias excepcionales se citará al Ministerio Fiscal, a las partes personadas «y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones».

En consecuencia de lo expuesto, es posible hacer una segunda conclusión acerca de la duda de constitucionalidad planteada: el art. 790.1 de la L.E.Crim. es conforme con las exigencias que el art. 24 de la Constitución establece para todo proceso penal. En primer lugar porque, como antes se dijo, la fase de preparación del juicio oral en el procedimiento abreviado no responde a la finalidad de completar la fase de instrucción previa, único puesto en el que tendría sentido dar traslado de las actuaciones a todas las partes del proceso —acusaciones e imputado—, sino la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio previa formulación, en el primer caso, de la acusación. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el hecho de que la intervención del imputado en esta fase del proceso tenga lugar en un momento posterior es coherente con la finalidad del traslado que a él se confiere —formulación de su defensa— y constitucionalmente válida, al quedar garantizada plenamente la contradicción entre las partes. Por lo que respecta a esta concreta cuestión, no hay que olvidar que la contradicción en esta fase del proceso, una vez iniciada, se limita necesariamente a la formulación de la acusación y de la defensa, y no sobre otras cuestiones respecto de las cuales el momento procesal idóneo para dicha contradicción es el de la instrucción previa. En este sentido, el traslado de las diligencias al imputado en el trámite previsto en el art. 790.1 de la L.E.Crim., en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, sería, no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundando dado que dichas pretensiones pueden y debe hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el Juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el art. 789.5 de la L.E.Crim.

(Sentencia núm. 186/90, de 15 de noviembre. C.I. 1914/90. «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

#### ARTÍCULO 792

##### *Sentencia dictada en apelación. Reformatio in peius*

La Audiencia, al comprobar que el ahora recurrente en amparo era reincidente —extremo declarado probado, reconocido por el mismo y nunca impugnado— impuso la pena legal, justificando tal modificación en que ve incremento de pena no se impedido por el principio acusatorio; al decir de dicho Tribunal, este principio no cubre errores en la petición de penas cuando los hechos que las motivan han sido aportadas —aquí la reincidencia— y aceptados por el juzgador. Y se basa en nuestra STC 17/1988, dictada en supuesto que considera similar al presente: el Juez *ad quem* tuvo allí que modificar la pena legal aplicable a los hechos declarados y aceptados como probados.

Es sin embargo decisiva la diferencia entre la situación procesal que ahora se enjuicia y las de aquellas que motivaron dicha Sentencia y también la STC 134/1986. En el primer caso, tanto la decisión de instancia como la de apelación había respectivamente impuesto y confirmado pena, superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, cuestionándose solamente la eventual violación del principio acusatorio; en la segunda, la cuestión constitucional era la misma, mas en apelación se había agravado el resultado al imponer nuevas penas al recurrente tras desestimar su apelación, pero con intervención de parte acusatoria también en la segunda instancia. En el caso presente, en cambio, el recurrente vio agravada por la Audiencia la pena impuesta por el Juez de instancia, sin haber mediado recurso ni por tanto petición alguna de parte acusadora. El empeoramiento tuvo así lugar, no con ocasión sino como exclusiva consecuencia de su propio recurso, como antes se ha dicho.

El fundamento esencial de la Sentencia impugnada se refiere a la facultad y obligación del Juez de ajustarse a la pena legal, que es de orden público, consecuencia general de *ius puniendi* y por tanto indisponible, en relación con la cual no cabría invocar un eventual derecho del condenado al error judicial favorable que derivaría del principio de no reforma peyorativa. Una parte de la argumentación del Fiscal se orienta en ese sentido al señalar que el Tribunal de apelación no ha condenado por un hecho distinto ni por otro pecado más gravemente, sino que ha corregido un evidente error de la Sentencia de instancia imponiendo exactamente la pena por la Ley prevista al tiempo inculcado como consecuencia de la existencia de una agravante admitida en el debate procesal y que, por efecto del art. 61, regla 2.ª, del Código Penal, comportaba la imposición de la pena en grado medio y no en el mínimo como se había impuesto. No obstante, y como el propio Fiscal señala, la situación del recurrente ha resultado agravada exclusivamente a consecuencia de su recurso puesto que nadie ha intervenido en la segunda instancia, en la cual tan sólo pudo debatirse la impugnación formulada por el propio apelante.

El caso difiere por tanto como hemos dicho de los contemplados por las Sentencias antes citadas, y plantea de modo simple los efectos de la *reformatio*

*in peius* cuando en la apelación no ha intervenido parte acusadora y la agravación de la pena ha tenido lugar de oficio para corregir un error del Juez *a quo*. No halla, pues, justificación en la doctrina de la STC 17/1988 (fundamento jurídico 6.º); citada por la Audiencia por que la posibilidad que ésta admite de que el juzgador imponga penas superiores a la pedida para remediar errores de la acusación siempre que sea dentro de los límites señalados en la Ley al tipo inculminado, se refiere al caso de que calificación y hechos hayan sido objeto de debate, pero no al de que las penas se eleven sin ese requisito. Sí cabría en cambio aplicar a este caso la de la STC 84/1985; aunque en relación con el juicio de faltas, dicha Sentencia (fundamento jurídico 1.º) interpretó de modo terminante que «la figura llamada de la reforma peyorativa (*reformatio in peius*) consiste en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, y señala cómo la misma se refleja en el art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la cual la nueva Sentencia que se dicte en recurso de casación no impondrá pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente si se solicitó pena mayor. Invoca por otra parte esta sentencia nuestra doctrina expresada en Autos anteriores (AATC 304/1984 y 701/1984), según la cual, el principio comúnmente admitido en Derecho Procesal de la interdicción de la reforma peyorativa, consistente en el empeoramiento de la condición del recurrente «como consecuencia del recurso» y no cuando «permanece invariable al confirmarse al resolución recurrida» ni «cuando se produce a consecuencia de otras alegaciones formuladas de forma concurrente e incluso incidental» constituye «una garantía procesal del régimen de los recursos y tiene su encaje constitucional a través de la prohibición de la indefensión o de la exigencia de garantías inherentes al proceso, *ex art.* 24 de la Constitución»; punto en el cual las resoluciones ulteriores ha sido su acento al desarrollar los efectos del principio acusatorio en relación con la gravación de las Sentencias en la segunda instancia y de la observancia del derecho de defensa [STC 134/1986 (fundamento jurídico 2.º) y la 17/1988 (fundamento jurídico 6.º)]. En definitiva, la Sentencia que se cita vino a concluir a propósito de la aplicabilidad del principio de no reforma peyorativa al juicio de faltas según los principios constitucionales, en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio de Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima de delito con el Fiscal se aquietaron.

Es efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidente en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de lo no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria; lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario.

Aunque la cuestión expuesta fue estudiado por el Tribunal Constitucional en el Procedimiento Oral de la L.O. 10/1980, ya derogado, la doctrina es aplicable al Procedimiento Abreviado. (Sentencia num. 169/90, de 5 de noviembre, R.A. 312/88, «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1990. Ponente: Luis López Guerra).

#### ARTÍCULO 795

##### *Recurso de apelación contra sentencia*

Finalmente resta por analizar si ha existido violación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, con indefensión para el recurrente, como consecuencia de la denegación por la Audiencia Provincial de la prueba propuesta en tiempo y forma en la segunda instancia. Para ello se hace preciso determinar, en primer lugar, la realidad de la irregularidad procesal denunciada y, en segundo lugar, la trascendencia constitucional que, caso de existir, se deriva de la misma.

Pues bien, de la lectura de las actuaciones practicas en el rollo de apelación seguido ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid se comprueba que, efectivamente, la negativa de la Sala a practicar la prueba propuesta por el apelante, por no haber reproducido el apelante su petición de práctica de pruebas en el trámite de instrucción de recurso que regulada el art. 792, regla 3.º, de la L.E.Crim. (en su anterior redacción), ha sido consecuencia de una interpretación rigorista y restrictiva de lo dispuesto al efecto en el art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, de conformidad con la que disponía el art. 792.2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso enjuiciado por la expresa remisión prevista en el art. 11 de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento Oral de Delitos Dolosos, Menos Graves y Flagrantes, «en el mismo escrito de interposición del recursos pedirá el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primer instancia, de las que propuestas la fueron indebidamente denegadas y de las que admitidas no fueron practicadas por causas que no le sean imputables». Es indudable, por tanto, como señala el Ministerio Fiscal, que el apelante propuesto la práctica de la prueba en el momento procesal idóneo para ello —el escrito de interposición del recursos—, sin que le fuera exigible la reproducción de dicha petición en el trámite de instrucción de recurso (art. 792, regla 3.ª, L.E.Crim.—, ni menos aún extraer de dicha omisión la renuncia a la práctica de la prueba por el apelante, ni dicha exigencia puede deducirse, del solo hecho de que en el trámite de instrucción del recurso 792, 3.ª L.E.Crim. todas las partes personadas puedan proponer la práctica de prueba.

Hay que concluir, pues, que la Audiencia denegó de forma enervante, en base a una interpretación formalista y restrictiva de los requisitos exigidos por la recurrente en momento procesal adecuado, por lo que claramente se constata la irregularidad procesal denunciada en el escrito de demanda.

Ahora bien, la sola constatación de la existencia de la irregularidad procesal advertida, en los términos dicho, con ser ciertamente criticable, no comporta en sí misma la infracción del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba consagrados en el art. 24.2 de la Constitución, ni de ella es posible deducir, en todo caso, indefensión con relevancia constitucional para hoy recurrente. Al respecto es preciso recordar que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la indefen-

sión que prohíbe el art. 24.1 de la Constitución no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, sino sólo la que se traduce en una real privación limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial, estando excluidas de su ámbito protector las debidas a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o de los profesionales que los representen o defiendan (entre otras, SSTC 109/1985, 68/1986, 102/1987, 101/1989 y 123/1989).

Para resolver sobre la existencia o no de la indefensión denunciada por la denegación de la pruebas propuestas en segunda instancia, es preciso completar los antecedentes que han quedado expuestos en esta Sentencia con lo que resulta de las actuaciones judiciales remitidas, especialmente en lo relativo a las causas en virtud de las cuales no se practicaron en primera instancia las pruebas cuya solicitud se pidió en apelación, pues, aunque la indefensión puede ser apreciada en cada instancia judicial, no cabe olvidar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes reconocido en el art. 24.2 de la Constitución debe enmarcarse dentro de la legalidad procesal y que el art. 792, regla 2.ª, de la L.E.Crim. regulaba expresamente los supuestos excepcionales en los que era posible solicitar la práctica de pruebas en segunda instancia.

De lo anterior se deduce claramente que a la no práctica en la primera instancia de la prueba testifical propuesta por el acusado coadyuvó éste de forma directa y decisiva con su pasividad y negligencia procesal. En primer término, al presentar el escrito de defensa en el mismo acto del juicio oral, impidió tanto un pronunciamiento judicial sobre la pertinencia de las pruebas como, en su caso, la citación judicial de los testigos propuestos. Y precisamente por ello, la práctica o no de parte de la prueba testifical propuesta —la no interesada por el Ministerio Fiscal— dependía únicamente de su diligencia procesal, pues, conforme a lo que disponía al art. 10, 3.ª, de la L.O. 10/1980, las pruebas no propuestas antes del juicio oral sólo eran admisibles cuando podían practicarse en el acto, y, en consecuencia, debió el acusado asegurar la presencia de los testigos propuestos en el acto de la vista oral. En segundo término, y según se desprende del acta del juicio oral, el acusado no hizo protesta o alegación alguna ni solicitó la suspensión del juicio oral por la incomparecencia del testigo propuesto y citado, así como tampoco por la ausencia de citación de los otros testigos propuestos, por lo que consintió con su pasividad y negligencia procesal las incomparecencias luego denunciadas.

En consecuencia a lo expuesto, cabe concluir que, en el presente caso, no se posible apreciar lesión del derecho a utilizar los medios de proceso pertinentes ni indefensión del hoy recurrente por la no práctica de las pruebas de apelación, toda vez que, no con independencia de que la decisión de la Audiencia sea censurable, lo cierto es que el acusado consintió en primera instancia la incomparecencia de los testigos propuestos, lo que implica que no era posible reiterar su práctica en apelación, por no concurrir ninguno de los supuestos que, taxativamente, establecía el art. 792.2 de la L.E.Crim. Al respecto es preciso recordar que dicho precepto sólo autorizaba la petición en segunda instancia, de las que propuestas le fueron indebidamente denegadas y de las que admitidas no fueron practicadas por causas que no le sean imputables». A ello debe añadirse que el solicitante debe razonar por qué aquellas diligencias de prueba ha producido positivamente indefensión. Es claro, por tanto, que esa segunda instancia existió por parte de la Audiencia Provincial una incorrecta respuesta a la petición de pruebas solicitada por la apelante

y por ello una denegación infundada y formalista de las pruebas interesadas, pero de dicha irregularidad procesal no puede derivarse la concesión del presente recurso de amparo, pues ello supondría, tanto convalidar, al hilo de una irregularidad procesal posterior, la propia pasividad y negligencia procesal del hoy recurrente, como reconocer al recurrente el derecho a elegir la instancia judicial en la que practicar los medios de prueba por él considerados pertinentes, lo que no es posible habida cuenta que como antes se dijo, el derecho a la prueba se enmarca en la legalidad procesal, y, conforme a ésta, la práctica de pruebas en segunda instancia estaba circunscrita, única y exclusivamente, a los supuestos en los que la imposibilidad de la proposición o práctica de las pruebas en la primera instancia no fuera por causas imputables al propio interesado, que fue, justamente, como razona el Ministerio Fiscal, lo que ocurrió en el presente caso. Si a lo anterior, se añade, además, que en la vista de apelación se planteó —por el Ministerio Fiscal— la cuestión de si la no práctica de las pruebas en apelación (y antes en la instancia) había causado o no positivamente indefensión al condenado apelante, y que en la Sentencia de apelación la Sala confirmó la condena al estimar debidamente probados los hechos con las pruebas practicadas, es forzoso concluir que no ha existido infracción del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, ni indefensión con relevancia constitucional para el hoy recurrente.

(La doctrina constitucional hace referencia a los derogados artículos 792 de la L.E.Crim. y 11 de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, y se reproduce dada su aplicabilidad al vigente artículo 795.)

(Sentencia núm. 169/90, de 5 de noviembre, R.A. 312/88. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1990. Ponente: Luis López Guerra).

## ARTÍCULO 876

### *Designación de Letrado para interponer el recurso*

La trascendencia constitucional derivada de la aplicación del art. 876, párrafo 2.º, de la L.E.Crim., que en su anterior redacción disponía que se tendría por desestimado el recurso de casación cuando ni los dos Letrados designados de oficio ni el Fiscal considerasen sostenible, ha sido objeto de consideración y pronunciamiento por parte de este Tribunal de sus SSTC 37/1988 y 106/1988. Conforme a su doctrina, la declaración automática de tener por desestimado el recurso de casación sin la pertinente sustanciación por circunstancias ajenas a la voluntad del recurrente, cuando ni los dos Letrados designados de oficio ni el fiscal le consideran sostenible, resulta contraria al art. 24.1 C.E., y debió de tenerse por derogado el correspondiente inciso como consecuencia de la eficacia directa e inmediata de la norma constitucional, incluso antes de que se produjera al reforma legislativa operada por Ley 21/1988, de 19 de julio.

Dicha contradicción se debe a que el condenado resulta privado de un recurso al que tiene derecho al estar previsto en las leyes y que le proporciona el acceso a un Tribunal Superior al que le condenó, según requiere al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y no es posible entender que se hay pro-

ducido una resolución razonada de inadmisibilidad o de desestimación por que como se indicó en las referidas ocasiones, sin interposición no hay recursos y sin recurso no hay pronunciamiento posible ni siquiera sobre los requisitos de admisibilidad.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de ejercicio de un derecho fundamental, el de defensa y asistencia letrada no podía convertirse en causa impeditiva para el ejercicio de otro derecho fundamental, como es el de sostener al correspondiente pretensión impugnatoria por vía de recurso ante el Tribunal Superior. Además de que, como ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en relación con el art. 6.3 c) del Convenio de Roma (Sentencia de 13 de mayo de 1980, caso Artico), la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de Abogado del turno de oficio, pues dicho precepto del Convenio no habla de «nombramiento» sino de «asistencia», expresión idéntica a la del art. 24.2 C.E., de donde se infiere que lo que la norma constitucional dispone es que el acusado tenga derecho a gozar de una «asistencia técnica efectiva», ya que si se interpreta de una manera formal y restrictiva «la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de revelarse como una palabra habita en más de una ocasión».

La derogación del inciso final del párrafo segundo del art. 876 de la L.E.Crim. en su redacción originaria, apreciada en las mencionadas Sentencias de este Tribunal no se debía a que las garantías que establecía fuese contrarias al art. 24.1 C.E. ni a ningún otro precepto constitucional, sino a su propia insuficiencia, en cuanto podría abocar al condenado a una situación en que quedase sin esa y, por ende, sin recurso.

La expresada derogación significativa la necesidad de que el legislador, dentro de su libertad de elección pero con respeto a los límites constitucionales, completase el presente de manera tal que el condenado en instancia no pudiera verse privado del recurso de casación por falta de defensa. Tal opción legislativa se ha ejercitado como consecuencia de la mencionada Ley 21/1988, de 19 de julio, que ha establecido para el supuesto de que se trata, en coherencia con la propia doctrina de este Tribunal, el que la Sala comunique el recurrente el criterio negativo de los dos Letrados designados de oficio y del Fiscal a fin de que, si lo estima oportuno, designe Abogado e interponga el recurso dentro del plazo de quince días, teniéndose sólo por desestimado dicho recurso si así no lo hiciere.

(Sentencia núm. 180/90, de 15 de noviembre. R.A. 86/88. «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

#### ARTÍCULO 969 y 7 del Decreto de 21-11-1952

##### *Juicio de faltas. Principio acusatorio*

Conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal, el reconocimiento que el art. 24 de la C.E. efectúa de los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a ser informados de la acusación y a un proceso con las debidas garantías suponen, considerados conjuntamente, que en todo proceso penal,

incluidos los juicios de faltas, el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso para poder defenderse de forma contradictoria frente a él, y que el pronunciamiento del Juez o Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, y que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de Sentencia (entre otras muchas, y por citar algunas, SSTC 54/1985, 84/1985, 104/1985, 41/1986, 163/1986, 57/1987 y 17/1988).

(Sentencia núm. 168/90, de 5 de noviembre. R.A. 74/88. «B.O.E.» de 3 de diciembre de 1990. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

#### IV) CODIGO PENAL

##### ARTÍCULO 19

###### *Acción civil*

El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual, por estar condicionada por la existencia de responsabilidad criminal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil en los tribunales ordinarios. Ello no origina por sí mismo indefensión y los inconvenientes que de ello se derivan para la víctima resultan más bien de la regulación del propio proceso civil, pero ello no puede ser razón suficiente para condicionar una política criminal determinada, ni extraer consecuencias que restrinjan la posibilidad de operar la prescripción de la pena en el proceso penal ni, desde luego, fundamentar la inconstitucionalidad de la prescripción de la falta. Ello significaría partir de una presunta prevalecia del proceso penal para satisfacer pretensiones resarcitorias civiles y admitir que la sanción penal, en caso de falta, es sólo un elemento accesorio, aunque punto de anclaje necesario, para obtener, en la más rápida y económica vía penal, el resarcimiento de la víctima. No es una exigencia constitucional que el derecho material penal y el correspondiente proceso penal se organice exclusivamente para asegurar el resarcimiento civil de las víctimas de actos culposos.

(Sentencias núm. 157/1990 de 18 de octubre. C.I. 732/87 y 2020/88 (acumuladas). «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero).

##### ARTÍCULO 114

###### *Prescripción de las faltas*

La inconstitucionalidad advertida por los jueces proponentes vendría motivada por la imposibilidad para determinados órganos judiciales —entre los que habría que incluir a los Juzgados promotores—, debido a los numerosos asuntos y a la

escasez de medios materiales y humanos, de tramitar y resolver los juicios de faltas sin incurrir en la paralización de dos meses, prevista como plazo de prescripción de la art. 113.6 C.P., sin que el art. 114.2 C.P. permita distinguir entre las causas que motivan esa paralización. Para evitar una denegación práctica de justicia a causa de la prescripción generalizada de las faltas, la realidad social del momento exigiría, según los Jueces proponentes, que la prescripción de la falta por paralización del procedimiento sólo operase cuando la paralización fuera debida a la inacción del particular y no a la del órgano judicial.

La inconstitucionalidad habría de achacarse a la aplicación conjunta del art. 113.6 C.P. en relación con el art. 114.2 C.P., puesto que este último permite que la prescripción, después de interrumpida, vuelva a correr desde que «se paralice el procedimiento», o sea según los proponentes, una vez que hayan transcurrido dos meses entre dos actuaciones judiciales.

Según el Abogado del Estado, el precepto cuestionado no ofrece base literal alguna para referir el efecto de la prescripción a la inactividad concreta de algún sujeto del proceso, pues, de conformidad con la jurisprudencia más reciente, cualquier paralización del procedimiento, sea quien fuere el que la hubiere motivado, iniciaría el plazo de prescripción, sin que tenga alcance la distinción propugnada entre paralización debida al órgano jurisdiccional y paralización imputable a las partes. No obstante lo anterior, el Abogado del Estado difiere de la interpretación que los Juzgados promotores de las cuestiones hacen acerca de qué debe entenderse por paralización del procedimiento, pues, a su juicio, la paralización procesal causante de la interrupción de la prescripción no debe identificarse sino con aquella actividad que suponga, como ha declarado el Tribunal Supremo en multitud de ocasiones, que «la acción queda en reposo» o «sin progreso»; no, en cambio, en los casos en que los autos procesales supera un retraso respecto al tiempo normal de realización.

Ya se ha dicho que el objeto de estas cuestiones de inconstitucionalidad son unos determinados preceptos legales, y no una concreta interpretación de los mismos, y que a través de las mismas no puede pretenderse una determinada reforma de un precepto legal a través de una Sentencia interpretativa que imponga una distinción en el art. 114.2 C.P. para la que ésta no ofrece base literal alguna. Nuestro juicio ha de limitarse a si contraría el art. 24.1 C.E. la regulación legal de la prescripción de las faltas en medida que opera también en los casos en que el procedimiento se paralice más de dos meses a causa de retrasos en la justicia.

Las consideraciones incluidas en el fundamento anterior serían suficientes para responde a la duda planteada en el sentido de afirmar la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, pues si la determinación del régimen jurídico de la prescripción de e las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, atendiendo a los criterios de política criminal que estime idóneos, también lo es la fijación del plazo de prescripción para cada tipo de e infracción. Sin embargo, esta conclusión no impide, en orden a evitar todo confusionismo, hacer unas precisiones desde la perspectiva constitucional sobre la prescripción de las faltas en los casos de paralización del procedimiento y sus causas.

La inconstitucionalidad que los Juzgados promotores de las cuestiones advierten en las normas cuestionadas es una inconstitucionalidad *per relationem*, al basarla en la eventual imposibilidad de que ciertos juzgados puedan resolver los juicios de faltas en el plazo de dos meses, lo que, en cuanto tal, carece de todo sig-

nificado, puesto que una ley no puede devenir constitucional o inconstitucional, atendiendo a las circunstancias del órgano judicial que la haya de aplicar. Los problemas de la organización y funcionamiento de la justicia no puede servir de criterio de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, al margen de que el funcionamiento anormal de la justicia pueda lesionar en concreto derechos constitucionales del ciudadano, en particular el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Pero esa eventual lesión no podría achacarse a las normas cuestionadas, ni el remedio a la problemática del grado de eficacia o diligencia de los órganos judiciales habría de resolverse necesariamente, como destaca el Ministerio Fiscal, mediante la modificación del régimen jurídico de la prescripción de las faltas y la consecuente puesta en peligro de los fines constitucionales que esa regulación persigue.

No corresponde a este Tribunal Constitucional determinar si el plazo de prescripción que el art. 113 C.P. establece para las faltas, cuyo origen se remonta a la legislación penal decimonónica y ha sido mantenido en las sucesivas redacciones de los diferentes Códigos Penales, es el más adecuado a la realidad social actual, pues esa es cuestión que compete en exclusiva al legislador, a quien corresponde valorar, en su caso, la posible influencia que en la aplicación de la prescripción puede tener la acumulación de trabajo de los órganos jurisdiccionales, así con las consecuencias que de ello se deriva. No es ocioso recordar que, en relación con la situación de agobio del trabajo judicial, el legislador ya ha adoptado medidas de carácter orgánico, la supresión de los Juzgados de Distrito, y de carácter material en relación con el enjuiciamiento de las faltas de tráfico, a las que se refieren las presentes cuestiones, suprimiendo el conocimiento por los Tribunales penales de un elevado número de asuntos «carentes de razones político-criminales que aconsejen su sometimiento a la jurisdicción penal», como afirma el preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que ha despenalizado buena parte de las faltas de tráfico. Estas medidas legislativas, que pretenden corregir los problemas de bloqueo judicial sobre el que razonan los Jueces proponentes, demuestran que la solución a esos problemas no tiene necesariamente que canalizarse a través de una aplicación de los plazos de prescripción o una modificación de las causas de interrupción de la prescripción, medidas que no son constitucionalmente exigibles y que incluso podrían cristalizar la desidia o el retraso en el funcionamiento de los órganos judiciales, que también se trata de corregir mediante estos plazos breves de prescripción de las faltas.

En segundo lugar, en relación con lo dicho, debe recordarse también que es el Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones (SSTC 152/1987, 255/1988 y 83/1989; y AATC 944/1986 y 112/1987), que la apreciación, en cada caso, concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal es una cuestión de mera legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece de relevancia constitucional. En concreto, por lo que respecta a si la paralización del procedimiento a que se refiere el art. 114 C.P. comprende o no la paralización procesal originada por el exceso de trabajo del órgano judicial, este Tribunal ha considerado, en concordancia con lo anterior, que ambas interpretaciones, siempre y cuando sean razonadas y fundadas, son conformes con al art. 24.1 C.E. y no pueden ser revisadas pro este Tribunal fijar una línea interpretativa de lo dispuesto en el art. 114 C.P. en orden a cuál es la paralización del procedimiento que hace correr de nuevo el plazo de prescripción,

o si el mero retraso, respecto del tiempo normal de realización de los juicios de faltas, debe o no identificarse con dicha paralización, pues, en definitiva, dichas cuestiones han de ser resueltas por los propios órganos de la jurisdicción penal en cada caso concreto, ponderado también las circunstancias del caso para estimar si ha existido una auténtica y rela paralización del procedimiento.

El que en algún caso concreto la falta de diligencia o el exceso de trabajo del órgano judicial compete impida, pese a la diligencia de la parte acusadora, el juego de la prescripción y que ello lesione su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, eventualmente, su derecho a la tutela judicial efectiva, podrá, en su caso, ser corregido, incluso a través de la vía del amparo constitucional, pero esa eventualidad de la regulación jurídica que trata de asegurar la inmediación de la sanción penal y que además coincide con las tendencias más recientes de los sistemas penales comparados.

(Sentencia núm. 157/1990, de 18 de octubre . C.I. 732/87 y 2020/88 (acumuladas). «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero).

#### ARTÍCULO 244

##### *Desacato*

No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental; por lo que es necesario verificar si en el presente supuesto, y aun partiendo inicialmente del ejercicio legítimo del derecho a la información veraz, el Sr. G. fue más allá de los límites de ese derecho, incurriendo en el tipo penal sancionado en el art. 244 del Código Penal que se refiere a «los que, hallándose un Ministro o una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, los calumniasen, injuriasen, insultasen o amenazasen de hecho o de palabra, fuera de su presencia o en escrito que no estuviese a ello dirigido». A estos efectos e es necesario, primeramente, tener en cuenta cuál es el bien jurídico protegido por el precepto penal aplicado; y, en segundo lugar, si las expresiones utilizadas efectivamente lesionada ilegítimamente tal bien jurídico.

En cuanto a lo primero, ha que recordarse que lo que se protege es la dignidad de la función pública de Diputado y de la institución de las Cortes de Aragón y — en este caso, con menos relevancia— la Federación Española de Fútbol; o, si se quiere, y de acuerdo con los términos de la Sentencia condenatoria, se sanciona el vejamiento o menosprecio inferido al Sr. Roca en cuanto persona investida de autoridad «en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas» (art. 244 C.P.), como miembro del Poder Legislativo de la Comunidad Autónoma aragonesa y Presidente de la citada Federación. Pues bien, de las numerosas expresiones y opiniones respecto del Sr. R. enunciadas por el procesado, en la emisión de radio de que se trata, deben considerarse primeramente un conjunto de ellas que califican o

se refieren a la conducta del Sr. R, en relación con el hecho denunciado, esto es, la indebida percepción de determinadas dietas. Este conjunto de opiniones, directamente vinculadas a la información base de la emisión, resulta efectivamente de acusado carácter reprobatorio, y de crítica que ha de caracterizarse como acerca sin duda alguna: tanto referida al Sr. R («el Sr. R, en definitiva, la ha robada al pueblo de Zaragoza 219.000 pesetas»), como, más ampliamente, a las Cortes y Comunidad Autónoma de Aragón: («claro, si todos los presupuestos van como éste, imagínense cómo irán los presupuestos del reino de Aragón»). No obstante, resulta evidente que tales expresiones aparecen como calificaciones de la conducta sobre la que se informa, e íntimamente vinculadas con ellas en que aparezcan por tanto como exabruptos gratuitos e innecesarios, o como epítetos pura y simplemente injuriosos. La crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa —y a veces extremadamente penosa— para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. En este contexto, es claro que se trata —independientemente de la justicia de las apreciaciones realizadas— de evaluaciones de una actuación concreta, y no de meros insultos o descalificaciones de su función pública dictadas por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple.

Ahora bien, y sentado lo anterior respecto a determinadas opiniones del Sr. G referente a la actuación del Sr. R en cuanto a la percepción de dietas, queda otra cuestión a resolver, habida cuenta, tanto de los razonamientos de la Sentencia que se impugna, como de las alegaciones del Ministerio Fiscal; esto es, si, aparte de tales opiniones, el Sr. G emitió otros juicios, sin relación con la información ofrecida, y que pretendían, independientemente de ella, vejar la imagen y dignidad del Sr. R en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información. Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta (evaluación que se inserta en el derecho de libre expresión, y que es a veces de difícil o imposible separación de la mera información) y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto y sin la menor relación por la formación de una opinión pública libre.

Pues bien, de la transcripción que obra en autos de la emisión el Sr. G. se desprende que éste empleó numerosas expresiones claramente ofensivas, innecesarias para la información que transmitía, e inútilmente vejatorias para el R, que versaban sobre sus supuestos defectos físicos («lo de «Pedrusquito» lo he dicho en muchísimas ocasiones, es tan sólo un apelativo cariñoso que identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante»; «mi ve y no es por las cataratas...» «Pedrusquito Catarata Roca...»), sobre su valía moral («vil vasallo del Pablo Porta...») «impresentable Presidente de la Federación Española de Fútbol») o sobre su capacidad intelectual («mi oye, ni sabe, ni quiere, ni puede...» «el tío no sabe de nada y sabe de todo. Bien»). Todo este conjunto de epítetos y afirmaciones sin relación alguna con el tema de programa, constituyen sin duda insultos en el más estricto sentido de la expresión, y no tiene nada que ver con la crítica, por dura que sea de una conducta, sino que aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de

una opinión pública responsable. Se colocan por tanto, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión, y representan en consecuencia la privación a una persona investida de autoridad, y con ocasión del ejercicio de sus funciones) de su honor y reputación al ser vejada verbalmente en un medio de gran audiencia, por supuestos defectos físicos, morales o intelectuales; sacrificio éste que no se ve justificado por la defensa de ningún bien constitucionalmente protegido y que, en cambio, y a la vista de los arts. 10.1 y 18 de la Constitución, lesiona derechos constitucionalmente protegidos del destinatario de tales expresiones insultantes.

Se desprende de todo lo expuesto, que si bien parte de e las manifestaciones realizadas por el Sr. G en el programa radiofónico de que se trata, respecto del Sr. R en cuanto autoridad parlamentaria constituyeron, por un lado, una información debidamente contratada sobre una conducta de interés público, y, por otro, una evaluación o crítica fuertemente negativa de esa conducta, otra parte de ellas se configuran como efectivamente desvinculadas de todo propósito informativo, o evaluativo de conductas de relevancia pública; por lo que cabe apreciar que el hoy recurrente en este último aspecto, no actuó entro del ámbito protegido por el art. 20.1 de la C.E., ni en el uso de los derecho allí reconocidos, y en consecuencia, la sanción penal impuesta no debe estimarse, atentatoria a la libertad de expresión, ni a la libertad de comunicar información veraz reconocida en el art. 20 de la Cosntitución.

(Sentencia núm. 105/1990, de 6 de junio . R.A. 1695/88. «B.O.E.» de 5 de julio de 1990. Ponente: Luis López Guerra).

#### ARTÍCULO 374 BIS

##### *Delitos contra el medio ambiente*

Sí bien la garantía constitucional que el derecho a la presunción de inocencia comporta extiende la necesidad de prueba de cargo válida en Derecho a todos los elementos objetivos del delitos y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad, en el presente caso resulta que la figura delictiva del art. 347 bis C.P., también en la forma culposa como es apreciada por la Audiencia Provincial, requiere tan sólo que, contraviniendo las leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, se produzca un peligro grave para las condiciones de la vida animal, sin requerir dicho precepto la relación causal en tre el vertido y la muerte concreta de las especies piscícolas. Resulta, por tanto, en esta caso intrascendente el engarce causal entre el vertido probado y la muerte de los peces en que, tanto el Ministerio Fiscal como el recurrente, fundan la vulneración de la presunción de inocencia. El único elemento que añade la Sentencia dictada en segunda instancia, con relevancia para el fallo condenatorio y con respecto al que, consecuentemente, debe constatarse la existencia en la causa de prueba constitucionalmente válida, es el que recoge su antecedente de hecho tercero: la subida del índice de acidez ph de las aguas hasta perjudicar gravemente sus condiciones de vida animal como consecuencia del vertido de lechada de cal realizado en el río.

(Sentencia núm. 127/1990, de 5 de julio. R.A. 368/88 «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponente: D. Fernando García-Mon y González-Regueral).

#### ARTÍCULOS 480 y 481

##### *Detención ilegal. Compatibilidad con robo con toma de rehenes*

Ver sentencia núm. 154/1990, de 15 de septiembre, «Robo con violencia e intimidación. Toma de rehenes. Artículo 501.4 del Código Penal».

#### ARTÍCULO 501.4

##### *Robo con violencia o intimidación. Toma de rehenes. Detención ilegal*

En el presente caso se declara, en los hechos probados de la Sentencia, que el procesado, hoy recurrente, penetró armado, junto con una persona, en un establecimiento para robar y, tras diversos incidentes sangrientos, en el momento de la fuga obligó a dos personas a que le acompañaran, dejándolas finalmente libres unas horas después. La Audiencia Provincial de Lugo condenó al recurrente por un delito con violencia en las personas del art. 501.4 del Código Penal por causar lesiones y tomar dos rehenes para la fuga y por delitos de detención ilegal del art. 480 en relación con el 481, ambos del Código Penal, por haber privado de libertad a esas dos personas. La retención de dos personas por el recurrente ha sido considerado por el órgano de instancia constitutiva de dos tipos distintos de delito y, en función de ello, de tipos distintos de condena. En principio se trata de una interpretación de la Ley penal, en este caso de los preceptos que establecen la pena aplicable al tipo y la graduación de la misma, y el único modo de discernir la existencia del error que se dice patente debería llevar a este Tribunal al examen de los hechos para su subsunción en el tipo legal y la determinación de la pena a imponer, en consecuencia, de acuerdo con los preceptos del Código Penal, esta tarea incumbe a los Tribunales penales sin que, como ha dicho la STC 89/1983, este Tribunal, al examinar si se ha respetado el principio de legalidad contenido en el art. 25.1 C.E., pueda sustituir al Juez o Tribunal ordinario en esa subsunción y determinación una vez verificada la existencia de la previsión legal, de la sanción aplicada y la no manifiesta irracionalidad de la resolución sancionadora.

Sin embargo, en el presente caso la irrazonabilidad de la resolución sancionadora resulta manifiesta para el propio Tribunal Supremo, que ha admitido la existencia de un error en la Sentencia de la Audiencia Provincial consiste en que un mismo hecho «la privación a dos personas de su libertad ambulatoria, ha servido, primeramente, para subsumir la depredación violenta, en cuyo curso se cometió, en el núm. 4 del art. 501, caracterizando dicho atentado a la libertad como toma de rehenes y, a continuación, para considerar también perpetrados dos delitos de detención ilegal, imponiéndose al procesado, por el primero, una pena de once años de prisión mayor, y por cada uno de los otros dos, una pena de doce años y un día de reclusión menor».

Es decir, por unos mismos hechos tipificados como un único delito robo con toda de rehenes, se ha impuesto una sanción duplicada, como si de varios delitos se tratara. El Tribunal Supremo admite que la solución elegida por el Tribunal de instancia «supone un gravísimo perjuicio para el reo», con infracción «al menos formal» del principio *non bis in idem* garantizado por el art. 25.1 C.E., así como que no han sido debidamente respetados en la Sentencia recurrida los principios de humanidad y proporcionalidad.

Resulta indubitado, por consiguiente, que la Sentencia de instancia ha incurrido en infracción del derecho fundamental del recurrente al *non bis in idem*, al no haber aplicado de instancia, como destaca el Ministerio Fiscal, el principio de especialidad rector del concurso de normas (art. 501 C.P.).

De acuerdo con el Tribunal Supremo, una vez impuesta al hoy solicitante de amparo la condena correspondiente al art. 501.4 del Código en la, solución ésta la más favorable para el reo de acuerdo a la doctrina de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, habrían de entenderse los hechos cometidos como constitutivos de un sólo delito de robo con violencia en las personas, por toma de «rehenes». Por ello carecería de autonomía a efectos de sanción penal las dos detenciones ilegales que fueron objeto a su vez, con gravísimo perjuicio para el reo, de dos graves penas sancionables, llegándose así a un resultado condenatorio manifiestamente desproporcionado en la opinión razonada del Tribunal Supremo.

No habiendo sido posible al Tribunal Supremo, constreñido por los límites del recurso de casación, tutelar adecuadamente este derecho fundamental (para lo que no bastaría el eventual indulto de las dos condenas indebidamente impuestas), corresponde a este Tribunal llevar a cabo esa tarea mediante la anulación de la sentencia condenatoria en la parte que vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 C.E., o sea en cuanto a las penas impuestas por la detención ilegal y de las que el Tribunal Supremo solicitaba el indulto.

(Sentencia núm. 154/1990, de 15 de octubre. R.A. 972/88 «B.O.E.» de 8 de noviembre de 1990. Ponente: D. Miguel Rodríguez Piñero).

## V) OTRAS LEYES. LEY ORGANICA 7/1981 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS

### ARTÍCULO 26.2

#### *Internamiento*

Conforme ha afirmado este Tribunal en STC 115/1987, la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, prevista en el art. 26.2 de la citada Ley Orgánica, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 de la L.O. 7/1985, en conexión con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 de la L.O. 7/1985, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo. La resolu-

ción judicial, pues, no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medio de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario. El órgano judicial, por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concretas, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra menor que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

Esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela efectiva y a la libertad, consagrados en los arts. 24.1 y 17.1 de la Constitución, respectivamente en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes en la hoy solicitante de amparo y, en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada, y la mayor o menor probabilidad de que huyera.

En definitiva, pues, el internamiento se acordó sin explicitar los órganos judiciales, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en la hoy actora fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Por ello cabe concluir que en el presente caso ha existido una infracción de los arts. 17.1 y 24.1 de la Constitución. Al respecto, el hecho de que la privación de libertad decretada pudiera tener cobertura legal —art. 26.2 de la L.O. 7/1985, de 1 de julio—, no impide, en contra de lo apuntado por el Fiscal en su escrito de alegaciones, apreciar la lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 de la C.E., toda vez que esta lesión se produce cuando una persona es privada de libertad, excepto en los casos y con la observancia de los requisitos previstos en la Ley, requisitos éstos que, en el presente caso, debido a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, no es posible presumirlos existentes.

(Sentencia núm. 144/90, de 26 de septiembre. R.A. 846/89. «B.O.E.» de 23 de octubre de 1990. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

## **LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA**

### **ARTICULO 3.4**

#### *Derechos especiales de sujeción de los internos*

Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (STC 61/1990), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2,

en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre lo que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se trata de ciudadanos libre o incluso de internos que ese encuentren en situaciones distintas.

(Sentencia núm. 120 y 137/90, de 27 de junio y de julio de 1990. R.A. 443/90 y 397/90. «B.O.E.» de 30 de julio de 1990. Ponente: Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra).



## BIBLIOGRAFIA

### Revista de libros

**FERRAJOLI, Luigi: Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale; con Prefazione de Norberto Bobbio, colec. "Storia e Società", Editori Laterza, Roma-Bari 1989, pp. XXIV-1.034: hay 2ª edición 1990.**

Desde la época del iluminismo penal hasta que el funcionalismo tecnocrático ingresa en la dogmática —tomando como fechas de referencia 1764, año en que se publica por primera vez *Dei delitti e delle pene* de C. Beccari y 1976, en que aparece *Schuld und Prävention* de G. Jakobs (sin pretender establecer comparación alguna entre ambas obras y autores, ciertamente)— han transcurrido más de dos siglos. No obstante, por un motivo u otro ni el capitalismo liberal ni el capitalismo de concentración han alcanzado la plena legitimación del sistema de control penal a que ambos dieron lugar y entre los principales motivos para ello debe tenerse en cuenta la frustración del conjunto de garantías que todo sistema penal debe asegurar, mientras aplica el castigo.

1) Ese es el marco temporal en el que se diseña esta obra de *Luigi Ferrajoli*, seguramente la más importante hasta ahora de su acervo intelectual y posiblemente una de las que más trascendencia están llamadas a ejercer sobre la cultura iuspenalista de esta última parte del S. XX. Arco de tiempo aquel en cuyo transcurso nace y se configura el derecho penal liberal del que hoy se nutren preferentemente las sociedades de Occidente, las cuales apoyan sus sistemas de relaciones sociales sobre el modo de producción capitalista pero que tanto influjo ha venido demostrando en Oriente, como asimismo en el Este de Europa, en la medida que tan velozmente se está reemplazando en estas sociedades la jerarquía de valores sociales, tal como lo han ya sido sus burocratizantes regímenes de gobierno.

Mas, ¿cuáles son los atributos de esta obra de *Ferrajoli* que han provocado no sólo los elogios que expresa el propio *Norberto Bobbio* en la *Prefazione*, sino que apenas a un año de su aparición la editorial Laterza se encuentra abocada a emitir una segunda impresión? Y, también, ¿cuáles las circunstancias que me convocan —aparte de las personalmente afectivas que me unen a este inestimable amigo (recuerdo de aquellos tiempos del *autunno caldo* de 1968 y 1969 en la Universidad romana, en el nacimiento de *Magistratura Democrática* que tuvo a *Ferrajoli* como uno de sus históricos fundadores, en la gestión de *il Manifesto* o después de *Democrazia Proletaria* y en tantos y tantos encuentros, seminarios, revistas —como *Dei delitti e delle pene* —, publicaciones del gran debate cultural y político italiano de los años setenta y ochenta, eventos todos en los que tuve la suerte de participar, vivir o presen-

ciar) y que naturalmente pueden inclinar mi valoración— a presentar el volumen de *Ferrajoli* en una sección como ésta del *ANUARIO DE DERECHO PENAL*?

Pués bien, *Diritto e Ragione* no es únicamente un estudio de los sistemas penales, ni tampoco es sólo una obra de derecho penal. Mucho menos se trata de una exposición de principios y categorías con los cuales se pretende fundar una nueva teoría penal. Es, más bien, la conclusión de una vastísima y puntillosa exploración continuada durante años en las más diversas disciplinas jurídicas (particularmente en el derecho penal) y de una larga como apasionada reflexión nutrida por estudios filosóficos e históricos, sobre las ideas morales que inspiraron o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas. Para llegar a esa conclusión *Ferrajoli* descarga todo su bagaje de conocimientos de filosofía, de epistemología, de ética y de lógica, de teoría y ciencia del derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, enriquecidos todos ellos con la experiencia intensa y vivida, extraída del ejercicio de su pasada actividad de magistrado (fue pretor durante diez años de Firenze), de dirigente en una y mil iniciativas político-culturales y de cabeza de tantas batallas civiles por las libertades individuales y colectivas (también como integrante de la *Fondazione Lelio e Lisli Basso*) en Italia, en Europa y en América latina.

El profundo discurso de *Ferrajoli* se desenvuelve ordenadamente entre la crítica a los fundamentos gnosológicos y éticos del derecho penal, por un lado, y la crítica de la praxis judicial en Italia (pero con amplias referencias y remisiones a otros ámbitos), por el otro. Y, todo ello, como dice *Bobbio*, escapando de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios; más aún, sin perder de vista, no obstante, la multiplicidad de problemas encarados y la riqueza de la información, la coherencia de las partes con el todo de la obra, la unidad del sistema y la síntesis final.

II) Ante esta marea de razones que, en parte y, en principio, responden a los interrogantes que promoví arriba, es obvio que la noticia sobre esta obra que muchos anotadores —como S. Senese en *L'Indice* (dei libri del mese), marzo 1990, 4-6, o E. Resta en *il Manifesto* del 5 diciembre 1989— la consideran ya fundamental, no puede concretarse simplemente a reseñarla. Junto a una síntesis de ella no se puede menos que, al exaltar las principales cuestiones que pone de manifiesto, dejar que surjan comentarios o reflexiones claramente polémicas con ciertas tradiciones penalistas; sobre todo con aquellas que se manifiestan como “liberales” pero que —tal como la crítica *Ferrajoli*— a lo largo de sus desarrollos se han demostrado responsables de haber admitido la violación y corrupción de los auténticos principios de tales tradiciones. De ahí que, a la luz del alejamiento de esos principios, revelado por ciertos teóricos afiliados a ellas, a través del olvido o desinterés por la praxis del sistema penal, hoy resulta de verdad quimérica la limitación a los abusos del poder punitivo que el derecho penal del iluminismo pretendía y más bien es la vida social la que los denuncia al verse inundada de una justicia penal inflacionaria.

La distorsión y el exacerbamiento de los conflictos individuales y sociales, a que ha llevado esta tercera fase del capitalismo, la cual en los países centrales produjo la substitución de los sujetos históricos —capitalista por *manager* y obrero por sindicato (*Dahrendorf*)— mientras en los periféricos genera muerte, miseria y analfabetismo, han provocado una excesiva intervención punitiva del Estado. En consecuencia, no sólo la creación de una legislación penal excesiva sino también una aplicación abusiva de ella por las instancias dispuestas a tal fin (policía, tribunales de justicia, instituciones penitenciarias) han dado lugar a un creciente abandono de las

garantías fundamentales establecidas por las Constituciones positivas, los códigos penales y de procedimientos.

Es verdad que ese proceso de inflación penal por el que atraviesan en general todas las sociedades occidentales se manifiesta en unas, las post-industriales, mediante auténticos reclamos sociales de mayores penas y más severidad punitiva de los aparatos de control penal, mientras en otras, las no desarrolladas, se traduce en la directa invasión de los factores de poder económico y político sobre la legítima violencia estatal; en ambas, no obstante, es evidente la mediatización que en todo ello cumplen los medios de comunicación social. Mientras tanto, en el campo teórico-penal, las reflexiones han discurrido sin atender la realidad de *ese ius puniendi*.

Más aún, en el afán de encontrar un fundamento del derecho de penar, acorde con el supuesto de una estructura dinámica de las normas jurídico-penales, se ha llegado a idealizar la existencia en ellas de un proceso comunicativo (*Callies*) según una visión sistémica del derecho penal y de la misma sociedad. Semejante proceso que se establecería tanto entre sujetos relacionados con la norma, como entre quienes aguardan algún resultado de su aplicación pretende, como función última —como bien lo acaba de exponer recientemente en España *D. Luzón Peña, Alcance y función del Derecho penal*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, T. XLII-fasc. 1, enero-abril MCMLXXXIX, 5-33 esp. 15-19—, la estabilizar las conciencias, el equipo emocional y el funcionamiento social (*Jakobs*) en la creencia que asegurando el nivel de expectativas de los ciudadanos (de que no se cometa la infracción o de que si se comete, se sancione al infractor) queda afianzado el propio sistema social (*Luhmann*). Más, con afianzar ese funcionamiento del sub-sistema penal la teoría no ha logrado ni siquiera morigerar los excesos de su aplicación, con lo cual la satisfacción de las necesarias garantías del mismo ante el eventual abuso del poder de sancionar tampoco ha sido alcanzada con las últimas evoluciones del funcionalismo-estructural punitivo.

III) Si esto es lo acaecido en el ámbito de la teoría jurídico-penal, mirando últimamente hacia el Estado democrático, lo sucedido con ella en relación a las caídas de legitimidad en que han incurrido de reciente los Estados del bienestar, es aún más reprochable. Como se sabe, en estas situaciones ha sido emblemático el caso italiano —del que *Ferrajoli* mismo ha dado debida cuenta en repetidas ocasiones anteriores a la de *Diritto.e Ragione*— cuya legislación excepcional de los años setenta y ochenta invadió el sistema penal ordinario y llevó a su interior elementos que lo llegaron a corromper tanto en sus fuentes de legitimación política, como en sus principios inspiradores.

La cultura de la emergencia y la práctica de la excepcionalidad que se introdujeron en un principio, como medios de lucha contra el terrorismo, se extendieron luego en Italia a muchas otras situaciones emergentes: la mafia, la camorra, la *n'drangheta*, el tráfico internacional de armas, cierta criminalidad económico-financiera, la corrupción política y administrativa. Pero semejante cultura y práctica, todavía antes de las transformaciones legislativas que generaron, fueron res pensables de una involución del sistema punitivo italiano que se manifestó, bajo ciertas formas modernizadas, en la reedición de viejos esquemas substancialistas propios de la tradición penal pre-moderna, como asimismo en la recepción por la actividad jurisdiccional de ciertas técnicas inquisitorias y métodos de intervención que son típicos de la actividad policial.

Por todo esto quizá resulte el Cap. XII de la parte Cuarta del volumen que co-

mento —salvo mejor opinión o examen— uno de los análisis más lúcidos y brillantes que hoy se pueden leer acerca de la demostración del primado de la razón de Estado por sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal (a lo cual aludiré más tarde con abundancia), sea tanto en situaciones verdaderamente excepcionales —como las creadas por el terrorismo político u otras formas de criminalidad organizada— cuanto en otras en las que la jurisdicción debe suplir al poder político. La alteración de la fuente de legitimación de este derecho y sistema penal excepcionales consiste precisamente —dice Ferrajoli (pág. 844)— en algo que resulta de verdad clave como para entender, por ej. en Argentina, las raíces de cierta legislación de excepción (“punto final”, obediencia debida) o de la jurisdicción que se convirtió en excepcional al aplicarla y de las decisiones políticas que han modificado intervenciones penales (indultos) en función de un principio normativo de legitimación, no más jurídico sino estrictamente político; no más subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías, sino sobreordenado a ella. Quiero aludir con esto precisamente a la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* (antiterroristas, antimafiosa para el caso italiano y de *reconstrucción nacional* para el argentino) como justificación política de la ruptura, o si se prefiere del cambio, de las reglas de juego que en el Estado de derecho disciplinan la función punitiva.

IV) Dentro de los múltiples y variados asuntos que provocan mi admiración por este monumental trabajo de *Ferrajoli*, hay uno que deseo destacar todavía —pese a una breve alusión que he hecho antes— pues me parece que viene a constituir, sino el principal, uno de los ejes centrales de la investigación. Me estoy refiriendo a lo que nuestro A. plantea desde un comienzo del volumen y despliega prácticamente a lo largo de él, pero que concreta en las tres primeras Partes de las cinco que incluye la obra. Se trata de aquellos criterios de racionalidad que deberían informar el derecho penal como también el sistema a que da lugar y que deberían ser pertinentes a tres distintos ámbitos disciplinarios.

El primero de esos criterios designa el tema de la racionalidad de las decisiones penales —pertinente a la *epistemología del derecho*—, o sea del sistema de vínculos elaborado sobre todo por la tradición liberal y orientada a fundamentar sobre el “conocimiento” antes que sobre la “autoridad” los procedimientos de imputación y de sanción penal. El segundo, de carácter axiológico y político que alude al tema —propio de la *filosofía del derecho*— de la *justicia* penal, o sea de las justificaciones ético-políticas de la cualidad, de la calidad y antes todavía de la necesidad de las penas y de las prohibiciones, como también de las formas o pautas de las decisiones judiciales. El tercero, normativo y jurídico, que se relaciona con el tema —pertinente a la *ciencia penal*, o sea a la teoría general del derecho y a la dogmática penal de los distintos ordenamientos— de la *validez* o coherencia lógica interna a cada sistema penal positivo entre sus principios normativos superiores, sus normas y sus prácticas inferiores.

Esos tres diferentes criterios de racionalidad permiten a *Ferrajoli* distinguir —a través entonces de la epistemología, de la axiología y de la teoría penales— porqué, cómo y cuándo se debe emplear el derecho penal analizando sus fundamentos, sin límites y sus fines. El resultado de tal distinción es la neta separación entre las razones *en, del y de* derecho penal y aquellas otras que pueden denominarse de fuerza, de autoridad o de Estado, las cuales han sido habitualmente (y son) confundidas con las primeras, provocando una utilización instrumentalmente partidista o parcial

o ideológica del sistema penal. Esta tarea también permite a *A.* ir elaborando eso que él va a denominar —en la Parte Quinta de la obra— una *teoría del garantismo penal*, con lo cual queda claramente encuadrado el empleo de los instrumentos penales dentro de lo que *Ferrajoli* denomina como *derecho penal mínimo*.

Es evidente que esta reflexión teórica y filosófica sobre los fundamentos, otorga a *Ferrajoli* una clara posibilidad de analizar aquellos perfiles de *irracionalidad*, de *injusticia* y de *invalidez* que caracterizan —según su opinión— el ordenamiento penal y procesal italiano. En la Parte Cuarta del volumen nuestro. *A.* procura precisamente demostrar que el sistema penal italiano, desarrollado desde el fascismo a la actualidad, es el resultado de una triple diferenciación interna que correspondería a una triple divergencia entre sus principios garantistas y liberales —constitucionales y codificados como su modelo teórico normativo— y su modo de *ser efectivo*, ya legislativo como jurisdiccional (el deber ser y el ser del sistema penal) La primera diferenciación es aquella determinada por el desarrollo, dentro del derecho penal y del procesal, de una larga serie de técnicas e instituciones que más o menos desmienten aquellos principios constitucionales; tales como: la formulación en términos vagos e indeterminados de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión preventiva, las varias violaciones del contradictorio y de la presunción de inocencia, como asimismo los múltiples mecanismos inquisitorios que todavía afligen el proceso penal italiano aun después de la aprobación y entrada en vigor del nuevo Código de Procedimientos. La segunda y más ostensible diferenciación es la producida por la formación, al costado del derecho penal y procesal ordinario destinado a la jurisdicción, de un verdadero y propio derecho penal especial y administrativo, de competencia parcial de la magistratura y en más amplia parte de la policía; se refiere con ello *Ferrajoli* al amplio abanico de sanciones *ante, extra* o *ultra delictum* y *ante, extra* o *ultra iudicium* compuesto —además que por la prisión preventiva— por las medidas de seguridad, también las de orden público y por los numerosos poderes instructorios como de limitación cautelar de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial. La tercera divergencia que anota y desarrolla nuestro *A.* es la que se manifiesta, dentro de ciertos límites como corriente, entre las leyes y su aplicación; las prácticas judiciales y sobre todo policiales, se realizan siempre a un grado más bajo de las leyes, sino por otra causa porque estas últimas siempre reflejan modelos de “deber ser” mientras las primeras están sometidas a imperativos contingentes de eficacia que inevitablemente confluyen para quienes los advierten como molestos obstáculos antifuncionales; esta divergencia se ha acentuado aún más en Italia, durante la última década, a causa de la producción de una masiva legislación “de emergencia”, como de una jurisdicción similar.

De tal modo es como —dice *Ferrajoli*— se han producido en Italia tres sub-sistemas penales y procesales, autónomos entre sí aunque se interfieren variadamente; el primero sometido, según los principios, a las clásicas garantías de estricta legalidad, de responsabilidad personal, del contradictorio y de la presunción de inocencia, no obstante que desmentidas de hecho por formas de legalidad atenuada que dejan amplio espacio a la discrecionalidad judicial; el segundo, expresamente abstraído a tales garantías, aún cuando inciden —como el primero— sobre la libertad de las personas y está informado por meras razones de seguridad y por esquemas substancialistas de racionalidad administrativa; y, el tercero, que se ha desarrollado por vía no sólo legislativa sino de manera prevalectante por la judispru-

dencia, en excepción al primero e inspirado, casi abiertamente, por el criterio decisionista de la justificación de los medios por parte de los fines.

La visión que se recoge de este inventario de derogaciones y lesiones al modelo garantista que provoca cada uno de estos sub-sistemas penales y procesales que actúan en Italia, según *Ferrajoli*, no puede ser menos pesimista aunque también de ella, y así conviene recordarlo, es el que el *A.* emerge con su teoría de nuevo garantismo: *un verdadero desafío para la teoría y la praxis jurídico-penal*. La deducción que puede adelantarse es que la alternativa entre garantismo y autoritarismo, además de configurarse como una alternativa teórica entre diversos modelos de ordenamientos penales, será consecuentemente una aplicación para interpretar el conjunto de todas las oposiciones que puedan manifestarse dentro de un mismo sistema penal entre principios de legitimación y praxis, entre normativas y efectividad, entre modelo constitucional y funcionamiento concreto de las instituciones punitivas.

V) No cabe ninguna duda que el aporte de fondo que produce esta gran obra de *Ferrajoli* se concreta como un llamado de atención y un reclamo a la cultura penal de nuestro ámbito.

Las exacerbaciones de los sistemas penales contemporáneos —a través de los cuales el poder político pretende “solucionar” toda la conflictividad que generan las sociedades postindustriales—, no es sólo el producto de formas abusivas de aplicación de aquellos instrumentos punitivos a disposición de la policía, de la jurisdicción o de las cárceles. Es, antes de todo esto, el resultado de una creación del derecho penal y procesal sometido a razones *no* jurídicas. Vale la pena tomar ejemplos de nuestros sistemas penales para saber a qué se alude cuando cuando se menciona este tipo de razones; el sistema penal español, en esta fase de plena consolidación democrática, ha venido procurando muchos muestras de *razones de Estado* (no jurídicas) como para ser alcanzado por la reflexión emitida antes. No obstante, pocas investigaciones socio-jurídicas se han aplicado al análisis de ellas. En el campo de la creación del derecho y a la búsqueda de una explicación para la prolongación de una legislación excepcional, fruto de una cultura de la emergencia que se arraiga, permítaseme hacer aquí mención del volumen de José Ramón Serrano-Piedecasas, *Emergencia y crisis del Estado social* (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación), colec. “Sociedad-Estado” 3, PPU, Barcelona 1988; mientras que en el ámbito latinoamericano merecen recordarse con aquel sentido el Informe sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América latina*, coordinado e introducido por Eugenio R. Zaffaroni, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1984 y el estudio *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, de Colombia, de Fernando Velásquez V., Monografías Jurídicas 57, editorial Temis, Bogotá 1987.

Finalmente, confío que la obra de *Ferrajoli* reciba pronto una traducción al castellano la cual, por cierto —aunque en una tarea no muy sencilla—, debería ser capaz de reflejar los cuantiosos atributos que ella posee. No obstante, si bien para una sola persona semejante traducción es una labor ciclópea, sería conveniente que efectivamente la llevara a cabo un único traductor pues, de otro modo, si se realiza por más de uno se corre el riesgo de la pérdida de coherencia, virtud ésta que precisamente es una de las que más posee el volumen que se comenta. Si dicha traducción se concretara por fin sería posible abrir el debate que desde tiempo está reclamando la sociedad a la cultura penalista de habla española en torno a los límites permisibles de la intervención estatal de carácter punitivo. Por lo que se sabe, y lo que se anuncia, la aparición de una traducción del volumen de *Ferrajoli* sería posterior

a la discusión acerca del nuevo Código penal cuyos primeros documentos comienzan a ser debatidos, lo cual debe lamentarse puesto que el conocimiento de la obra habría indudablemente enriquecido el nivel de tal discusión. De todas las maneras, la publicación de las presentes reflexiones quizá puedan modestamente contribuir no sólo al interés por la obra sino asimismo a entregar a los lectores españoles algunas indicaciones que puedan servirles para abundar en aquella discusión con los elementos de esta teoría del garantismo penal que ha inaugurado *Ferrajoli*. Con ello, ya sería suficiente para sentirse satisfecho y, de tal modo, se brindaría una gratificación al querido amigo y respetado colega.

ROBERTO BERGALI  
*Universidad de Barcelona*



## NOTICIARIO

### **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 D. Fermín Morales Prats, en la Universidad de Santander, y D. Bernardo del Rosal Blasco, en la Universidad de Alicante.

## FASCICULO I

	<u>Págs.</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>Sobre los movimientos «impulsivos» y el concepto jurídico-penal de acción</i> , por Jesús-María Silva Sánchez .....	1
<i>Exigibilidad y derecho a no declararse culpable</i> , por M. <sup>a</sup> Luisa Maqueda Abreu .....	25
<i>Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español</i> , por Elena Larrauri .....	45
<i>Delitos contra los derechos de autor</i> , por Juan Carlos Ferré Olivé .....	65
<i>Los elementos normativos y el error</i> , por Celia Suay Hernández .....	97
<i>Derecho Penal y filosofía analítica</i> , por José Cid Moliné y José Juan Moreso Mateos .....	143
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<i>Disposiciones</i> .....	179
<b>CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO</b>	
<i>Sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal</i> .....	195
<i>Anexo. Relación de seguros obligatorios</i> .....	253
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig. <i>Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente</i> , por Santiago Mir Puig .....	259
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....	269
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	
<i>Revista de libros</i> .....	313
<b>NOTICIARIO</b>	
<i>Nuevo catedrático del Derecho Penal</i> .....	321

# INDICE

Págs.

## SECCION DOCTRINAL

<i>Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción</i> , por Jesus-María Silva Sánchez .....	1
<i>Exigibilidad y derecho a no declararse culpable</i> , por M. Luisa Maqueda Abreu ..	25
<i>Los paradojos de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español</i> , por Elena Larrauri .....	45
<i>Delitos contra los derechos de autor</i> , por Juan Carlos Ferré Olivé .....	65
<i>Los elementos normativos y el error</i> , por Celia Suay Hernández .....	97
<i>Derecho Penal y filosofía analítica</i> , por José Cid Moliné y José Juan Moreso Mateos .....	143

## SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> .....	179
----------------------------	-----

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal</i> .....	195
<i>Anexo. Relación de seguros obligatorios</i> .....	253

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig, <i>Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente</i> , por Santiago Mir Puig .....	259
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García .....	269

## BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i> .....	313
--------------------------------	-----

## NOTICIARIO

<i>Nuevos catedráticos de Derecho Penal</i> .....	321
---	-----

