

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XLIV  
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO  
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.<sup>a</sup>**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

## Secretario:

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Extremadura

## Vicesecretario:

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**

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

## Consejo de Redacción:

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**

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

**JAVIER BOIX REIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**

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

**JOSÉ CERESO MIR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE PUMPIDO FERREIRO**

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALOS**

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

**MANUEL GARCIA MIGUEL**

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

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

**ADOLFO DE MIGUEL GARCIA-LOPEZ**

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

**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Sevilla

**HORACIO OLIVA GARCIA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ENRIQUE RUIZ VADILLO**

Presidente de la Sala Segunda  
del Tribunal Supremo

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**

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

**RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

**ANGEL TORIO LOPEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



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

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 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 II



MAYO-AGOSTO  
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.: 051-91-010-0**

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

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

**Depósito Legal: M. 126-1958.**

---

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

## De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann\*

PROF. DR. FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

1. Hace ya casi cuarenta años, a principios de los años cincuenta, aparecía un obra que sentaba las bases y fijaba los orígenes de la moderna dogmática penal alemana. Se trataba de la tesis doctoral de Armin Kaufmann, «Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie» (1) Gotinga, 1954, que su autor había realizado bajo la dirección de su maestro Hans Welzel, el creador de la teoría final de la acción y uno de los dogmáticos y teóricos del Derecho penal más importantes o innovadores del desolado panorama de la Alemania de la posguerra.

La importancia de la obra de Kaufmann no se reducía, sin embargo, a corroborar y, de algún modo, ampliar los planteamientos dogmáticos de su maestro, sino que buscaba los fundamentos mismos de la Dogmática jurídicopenal, analizado paso a paso y con penetrante agudeza la obra de uno de los dogmáticos más importantes de la ciencia penal alemana, Karl Binding.

Tanto en esta obra, como en todas las que le siguieron, intentó Armin Kaufmann fijar lo que, a su juicio, constituye la base de la dogmática jurídica: *las estructuras lógico-objetivas* de la materia objeto de regulación por el derecho. Estos datos lógico-objetivos serían, pues, el soporte material de las decisiones jurídicas y a ellos estarían vinculados todos los factores de producción del Derecho, el legislador, el juez o el intérprete, por encima de toda consideración axiológica o valorativa propia de cada país, momento histórico, cultura o ideología.

---

(\*) *Comentario a Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*; editado por Gerhard Dornseifer, Eckhark Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zihinski, Editorial Carl Heymanne, 1989, 878 págs.

(1) Hay traducción española de Bacigalupo y Garzón Valdés, publicada en Buenos Aires en 1977, bajo el título «Teoría de las normas».

Al desarrollo de esta idea dedicó todo su esfuerzo intelectual y académico que cuajó, además de en esta primera obra, en su escrito de habilitación: «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte» («La dogmática de los delitos de omisión»), 1959 y en varios de sus principales artículos sobre el «injusto personal», la «relación de causalidad» y la «imputación objetiva», el «dolo eventual», etc., recogidos en un solo resumen «Strafrechtsdogmatik», zwischen Sein und Wert» («Dogmática jurídica penal, entre ser y valor»), 1982, publicado por los discípulos que ahora dedican este libro homenaje.

2. No es nuestro objetivo hacer ahora un análisis de la obra y de las ideas de Armin Kaufmann, sino solamente un comentario-resumen de algunas de las más interesantes aportaciones que en número casi de cincuenta contiene este merecido homenaje. El punto de referencia tiene que ser, sin embargo, necesariamente la obra de Kaufmann, a la que de un modo u otro se reconducen la mayoría de los trabajos. Nada extraño, por lo demás, ya que, aunque la obra del homenajeado no fue excesiva en cantidad, sí lo fue en calidad y en la riqueza de sugerencias de todo tipo que de ella se deducen.

Por razones obvias de espacio no nos vamos a referir detalladamente tampoco a cada uno de los trabajos que contiene este libro-homenaje, cuya simple enunciación llenaría algunas páginas. Así, por ejemplo, dejamos fuera de nuestra consideración las aportaciones de los autores hispanohablantes (Córdoba Roda, Llompарт, Cuello, Gimbernat, Bustos, Mir Puig, Bacigalupo, Cerezo Mir, Polaino, Baigón y Maier), algunos de ellas ya aparecidos en español, otras publicadas directamente en nuestro idioma. Tampoco vamos a referirnos a las aportaciones de carácter jurídico-filosófico (Arthur, Kaufmann, Puppe), histórico (Schaffstein, Rüping), jurídicocomparativo (Fukuda, Schöne, Ohno, Dedes) o procesales (Hirsch, Eser, Wolter, Weber), ni tampoco a cuestiones concretas de la Parte Especial (Schilling, Zielinski, Schünemann, Lüdersen), participación (Grünwald), tentativa y desistimiento (Günter, Struensee), o determinación de la pena (Horn). Cualquiera puede entender que la simple referencia al contenido de cada uno de estos trabajos haría esta nota excesivamente extensa y prolija.

Pero sí creo conveniente comentar algunos de los trabajos que, a mi juicio, más se relacionan con las aportaciones de Armin Kaufmann, es decir, aquellos que más directamente tienen que ver con las estructuras lógico-objetivas, que, a su juicio, constituyen la base de la Dogmática jurídica penal.

3. Empecemos por la omisión, uno de los temas a los que Armin Kaufmann dedicó mayor atención.

Como es sabido, el libro de Kaufmann sobre los delitos de omisión modificó completamente la idea que de esta forma del comportamiento humano, también relevante penalmente, se tenía. La tesis central de Kaufmann es que, igual que existe un concepto ontológico de acción (el

de la teoría final de la acción), existe también un concepto ontológico de omisión, al que como realidad prejurídica está vinculado al legislador. Este concepto ontológico de omisión se caracterizaría porque el sujeto que omite tenga la concreta capacidad de acción y porque, a pesar de ello, no realiza esa acción.

Es decir, lo primero que hay que preguntarse cuando un sujeto omite *algo* es si podía realizar ese *algo* que omite hacer. Este concepto es, por tanto, independiente de si lo que se omite está o no desaprobado, o es indiferente; por eso, es un concepto ontológico, no normativo. La «capacidad de acción» sería, además, un requisito conceptual del concepto de comportamiento en general, y no sólo de la omisión. También la acción en sentido estricto supone que el sujeto puede actuar, aunque desde el momento en que actúa esa capacidad se da obviamente por supuesta (cfr. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik*, págs. 49-83).

Tres artículos se dedican en el libro homenaje a este problema.

Uno, el de Gimbernat, probablemente el más interesante y sugerente, hace una serie de interesantes matizaciones a la tesis de Kaufmann, distinguiendo entre el *comportamiento pasivo*, ontológicamente considerado, entendido como un no hacer que se *podía* hacer, y la *omisión*, entendida normativamente como el no hacer algo que se podía y se *debía* hacer.

Otro, de Schmidhäuser, en el que se distingue entre «*acción y omisión*», como formas del comportamiento, y «*comisión*» del hecho delictivo, que lo mismo puede realizarse por acción que por omisión.

Lo que en el fondo de estas aportaciones se plantea es si hay un concepto común de comportamiento capaz de acoger lo mismo el comportamiento activo que el pasivo. Un sector de la dogmática alemana, desde Radbruch hasta el propia Kaufmann, niegan esa posibilidad; mientras que otro, representado fundamentalmente por los causalistas Mezger y Baumann, la afirman. Precisamente es este último autor, Baumann, el que, en su aportación, hace una revisión del concepto de acción de Armin Kaufmann, llegando a la conclusión de que el concepto de acción sólo tiene sentido como un elemento del concepto más específico de injusto penal.

Lo que nadie discuta a Kaufmann es que su aportación al concepto ontológico de acción, desde el prisma de la omisión, ha depurado al sistema de la teoría del delito de una vinculación excesiva al derecho positivo, desarrollando unas firmes estructuras, sobre las que después edificar las diferentes categorías sistemáticas.

4. Otra de las cuestiones tratadas en este homenaje es la relación entre teorías de la causalidad y teorías de imputación objetiva, un problema en el que lo que verdaderamente se plantea es la relación entre planos ontológicos y planos normativos a la hora de verificar la imputación de un determinado resultado el autor de una acción (u omisión). En uno de sus últimos trabajos rechazó Kaufmann las teorías de la

imputación objetiva, con el argumento de que no son más que criterios lógicos para solucionar problemas de interpretación del tipo de delito en cuestión. Para Kaufmann, igual que para Welzel, lo importante es si el suceso causal es controlado o no por el dolo del autor. Un criterio ontológico, la causalidad, es, por tanto, relacionado con otro, la finalidad. De ahí que niegue relevancia a la imputación objetiva en los delitos dolosos, trantando los problemas que en él plantean como problemas de error del tipo o de ausencia de dolo en general (así, por ejemplo, en el famoso caso del sobrino que envía a su tío al bosque, esperando que un rayo caiga y lo mate, Kaufmann niega sin más el dolo y no la imputación objetiva) (cfr. su trabajo: *¿Atribución objetiva en el delito doloso?*, A.D.P., 1985, págs. 805 ss.).

Un criterio similar mantiene su discípulo Struensee en relación con los delitos imprudentes, entendiendo que los problemas que se pretenden resolver con ayuda de la imputación objetiva son, en realidad, problemas del tipo subjetivo del delito imprudente («El tipo subjetivo del delito imprudente», ADP, 1987, págs. 423 ss.)

Con estas tesis se enfrenta Roxin, en un trabajo en el que defiende la importancia de la imputación objetiva también para los delitos dolosos, confirmando que la mayoría de los casos de desviaciones de cursos causales, disminución del riesgo, etc., tienen que resolverse con un criterio normativo que impide la imputación objetiva del hecho producido. Y lo mismo sostiene respecto al planteamiento de Struensee, pues incluso, dice Roxin, en los casos en que hay que tener en cuenta para medir el grado de infracción de la diligencia debida las capacidades concretas del sujeto, éstas deben ser analizadas y comparadas con baremos objetivos que son precisamente los criterios de la imputación objetiva. Por otra parte, dice Roxin, en la imprudencia inconsciente no se puede hablar de «tipo subjetivo» y, sin embargo, si de imprudencia, aplicando para ello una vez más los criterios de la imputación objetiva.

Es curioso, sin embargo, que la mayoría por no decir todos los casos aducidos por Kaufmann y Struensee para confirmar la tesis de sus planteamientos ontológicos, son solucionados de igual forma por Roxin, con criterios normativos. Más curioso es todavía que Lampe en su importante contribución a este homenaje con un trabajo sobre la causalidad llega también a soluciones parecidas desde la base de una causalidad que él llama funcional o funcionalmente vinculadora, y que considera ontológica y, por tanto, no tributaria de la teoría de la imputación objetiva. Planteamientos similares hace Juan Bustos en su contribución sobre este tema, aunque finalmente admite la imputación objetiva como un problema de la antijuricidad y no del tipo.

Por eso, me parece clarificadora y encomiable la postura de Jakobs, quien en su contribución a este libro homenaje, «Representaciones del autor e imputación objetiva», plantea el problema en un plano metodológico más amplio: ¿Cuál es el sujeto de referencia cuando se trata de la

imputación objetiva en un determinado resultado; una persona individual y concretamente considerada o el ciudadano medio en su calidad de portador de determinados roles y expectativas? Para Jakobs está claro que en el ámbito de lo injusto lo decisivo es el criterio objetivo que considera al hombre en su situación social, como portador de roles específicos y de determinadas expectativas que tiene que cumplir: el estudiante de biología que trabaja ocasionalmente como camarero no tiene por que hacer uso de sus especiales conocimientos de biólogo y advertir a los comensales que les está sirviendo una fruta que, él sabe, en razón de sus especiales conocimientos biológicos, puede producir un intoxicación.

Lógicamente esta tesis es radicalmente distinta al planteamiento ontológico-individual de Kaufmann. Pero ¿hasta qué punto puede admitirse un planteamiento sociológico funcional puramente objetivo como el de Jakobs?

En el fondo del problema está una vez más no ya sólo la contraposición entre lo ontológico y lo normativo, el ser y el valor, sino la trascendental cuestión en Derecho Penal, de cómo se imbrican y qué peso corresponde en la determinación de la responsabilidad penal a los factores objetivos y subjetivos, relación de la que se ocupan, por cierto, de un modo general los españoles Llopart y Mir Puig en sus contribuciones.

5. Probablemente, esta discusión no tendrá una solución definitiva nueva. Pero parece que los tiempos actuales son más proclives a las consideraciones normativas y funcionales que a las ontológicas. Y ello se observa también en las contribuciones de Hassemer, Frisch e Hillenkamp, sobre otro de los temas que Armin Kaufmann trató con especial cuidado: el problema del dolo eventual. Difícil es desde luego buscar estructuras ontológicas en lo que probablemente no es más que el terreno de la incertidumbre y de las impurezas probatorias que se dan en el proceso penal respecto a los elementos subjetivos. ¿Hay o no intención de matar cuando el terrorista pone una bomba en unos almacenes para que explote de noche, pero admite la posibilidad que alcance a un vigilante nocturno o a un mendigo que duerme en la puerta de entrada?

La teoría del dolo eventual surgió para resolver casos de este tipo en los que los elementos conceptuales del dolo, inteligencia y voluntad, no se dan con toda nitidez, pero parece lógico que el resultado se impute como doloso.

Las fórmulas tradicionales de carácter psicológico-ontológico de la probabilidad, de la voluntad, etc., no resuelven satisfactoriamente el problema y, más o menos, encubiertamente se recurre a criterios normativos, cuando no al sentimiento.

Armin Kaufmann desarrolló una teoría de la «voluntad evitadora capaz de dominar el hecho», según la cual se salvaba el aspecto ontológico del dolo eventual en la medida en que éste es también «voluntad

de realización» y no «voluntad de evitación» (cfr. «El dolo eventual en la teoría del delito», *ADP*, 1960, p. 171 y ss.). Pero como señala Winfried Hassemer en su excelente contribución sobre los elementos característicos del dolo la tesis de Kaufmann fracasa no tanto en su punto de partida ontológico como en los resultados poco satisfactorios a que conduce: quien actúa peligrosamente puede invocar la tesis de la imprudencia o, en todo caso, al de la exclusión del dolo siempre que haya procurado evitar el resultado. Pero la voluntad de evitación, dice con razón Hassemer, no es siempre indicio de una actitud correcta ante el derecho, sino a veces producto de un cálculo criminal estratégico. De lo que se trata es, a su juicio, primero, de establecer cuál es la razón de la mayor punición del dolo frente a la imprudencia, y luego de buscar los indicadores objetivos externos que permiten deducir la constancia del dolo, es decir, la necesidad de una reacción penal más enérgica ante la lesión de un bien jurídico. Estos indicadores son, para Hassemer, la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión en favor del actuar peligroso.

De esta opinión se aparta Hillenkamp quien en su contribución sobre este problema específico de la voluntad de evitación y el dolo eventual, defiende la tesis de Kaufmann: si el autor actúa con voluntad de evitación y en el cálculo de sus posibilidades considera exigida la realización del tipo, no habrá nunca dolo.

Un planteamiento que también se puede calificar de normativo mantiene en su contribución Wolfgang Frisch. Se ocupa este autor de uno de los problemas del dolo que igualmente es difícil solucionar con una consideración puramente ontológica, la llamada «coconsciencia» o «conciencia concomitante». Hay, en efecto, una serie de elementos del tipo que el sujeto no conoce con exactitud o no se representa de un modo actual en el momento en que realiza el hecho: la edad del sujeto pasivo en el delito de estupro, la circunstancia de casa habitada en el robo en un chalet transitoriamente sin ocupantes, etc. La doctrina dominante suele, desde la decisiva aportación del austriaco Platzgummer, resolver el problema con ayuda de la coconsciencia, es decir, considerando también como conocido aquellos elementos del tipo que el sujeto no se representa en el momento de realización del delito, pero que están latentes en su consciencia como conocimiento tácito concomitante. En su extenso y pormenorizado trabajo Frisch considera que el problema es de carácter normativo y debe ser resuelto como tal y no con pretendidas consideraciones ontológicas que, en realidad, falsifican el elemento intelectual del dolo.

6. De otras cuestiones igualmente importantes relacionadas con la significación del resultado en la contribución del injusto y el principio de culpabilidad se ocupan en sendos trabajos Dornoseifer y Dencker. El primero llega a la conclusión de que el resultado ni fundamenta, ni cualifica el injusto, y todo lo más tiene que tenerse en cuenta como criterio



ordenador de los grados de necesidad de pena. El segundo pretende sacar las conclusiones de esta tesis, por lo demás fuertemente anclada en el concepto de injusto personal de Armin Kaufmann, para el principio de culpabilidad, recabando mayor espacio para los delitos de peligro, dejando el resultado en un segundo plano, etc. Esta idea bastante extendida entre los partidarios de la teoría final de la acción, deja, sin embargo, al Derecho Penal sin un punto de referencia que desde el punto de vista social y desde el de la propia víctima es realmente muy importante. Una consideración ontológica tampoco debería olvidar o menos preciar el papel del daño en la configuración del injusto, por más que el resultado esté muchas veces fuera del control de la acción.

En todas estas discusiones nos encontramos siempre con que lo pretendidamente ontológico se reduce, muchas veces, a las estructuras lógico-objetivas del actuar humano individualmente considerado, dejando a un lado el significado de esa actuación para los demás, que igualmente es una parte de la realidad. No parece, por ello, lógico que el resultado quede fuera en la constitución del concepto del injusto.

7. Y esta consideración nos lleva a mencionar el problema de las causas de justificación, de cuya función, estructura y principios se ocupa Rudolphi. Ciertamente, tras la trascendental aportación del finalismo muy pocos son los que consideran que el ámbito de las causas de justificación se puede determinar de un modo puramente objetivo. De nada serviría a quien mata a otro en una situación objetiva de legítima defensa, si no tiene conciencia de que actúa en esta situación. Pero tampoco podría excluirse la antijuricidad por más que el sujeto creyera que actuaba en legítima defensa, si objetivamente no existe una agresión ilegítima. La teoría de la culpabilidad, defendida por Armin Kaufmann, considera que en este último caso el sujeto puede actuar sin culpabilidad o con culpabilidad atenuada, pero permanece intacto el dolo del tipo del delito en cuestión. Y ello en base a una estricta separación entre dolo y conocimiento de la antijuricidad, que, según Armin Kaufmann es una de las estructuras lógico-objetivas. El resultado puede ser satisfactorio, pero no la fundamentación. En su contribución sobre el error de tipo permisivo, defiende Pacfgen la tesis de que una concepción personal de lo injusto puede llevar también en este caso a la negación del dolo. Stratenwerth mantiene, por su parte, la tesis de que determinados casos de error y de disminución de la culpabilidad, ésta puede ser fundamentada por una culpabilidad previa basada en el comportamiento anterior.

El trabajo de Pacfgen parte de la tesis de Armin Kaufmann, publicada en el homenaje a su maestro Welzel, de que «la situación objetiva de justificación debe enjuiciarse *ex ante*»; es decir, si alguien, actuando con la diligencia debida y comprobando cuidadosamente las circunstancias, cree que se dan los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, la agresión ilegítima en la legítima defensa), esta

situación, a pesar de tratarse de una creencia errónea, equivale a la causa de justificación plena. Realmente para Armin Kaufmann no se trata de un error evitable obre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, sino que objetivamente, considerada la situación *ex ante* admite la existencia de la causa de justificación misma. En este sentido, ya se ha señalado en la doctrina española (por ejemplo, Gómez Benitez, «El ejercicio legítimo del cargo», Madrid, 1980, p. 236), que el examen conforme a deber de la situación *ex ante*, no es más que la expresión del deber objetivo de cuidado. Pero esto no quiere decir que se acoja la teoría de los elementos negativos del tipo que automáticamente se entienda que el conocimiento del presupuesto objetivo de la causa de justificación es también un elemento integrante del dolo, con la consecuencia de que en caso de error vencible éste se transformaría en imprudencia. En opinión de Pacfgen, lo único que se excluye en caso de error invencible o inevitable en el que el sujeto ha supuesto la existencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación, basándose para ello en una percepción de la realidad que cualquier otro en su lugar, actuando con el cuidado necesario, hubiera tenido igualmente es el desvalor de la acción, pero sigue existiendo el dolo respecto al resultado. Por eso, en caso de error vencible, ese dolo sigue subsistiendo y no se transforma en imprudencia, aunque sí procede la atenuación de la pena.

Desde luego que esta tesis puede entenderse como un resquebrajamiento de la teoría estricta de la culpabilidad. Pero sólo aparentemente, pues en todo caso deja subsistente la penalidad por delito doloso en caso de error vencible sobre la existencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación.

Más difícil me parece de sostener la tesis de Stratenwerch de que en determinados casos de error, la culpabilidad puede ser fundamentada en el comportamiento anterior (*Vorverschulden*). Ciertamente parece inevitable tener en cuenta el comportamiento anterior del sujeto para valorar el acto que realiza, pero ello sólo es posible en la medida en que se materialice en el acto mismo y esté en estrecha conexión con él, pero no se puede ir más allá de esto so pena de convertir la culpabilidad en una especie de «culpabilidad por la conducción de vida» más próxima a los postulados nazis del Derecho Penal de autor que a los de un Derecho Penal liberal de acto.

8. Me parece, sin embargo, que estas y otras consideraciones similares están ya muy lejos de los planteamientos de Armin Kaufmann. Ciertamente no se puede pretender, ni conseguir que todas las cuestiones del Derecho Penal se resuelvan *a priori*. Con la fijación de unas estructuras lógico-objetivas que predeterminen un determinado tipo de valoración, sino quizá y todo lo más que las valoraciones tengan en cuenta esas estructuras. El problema es que no siempre se pueden determinar las estructuras lógico-objetivas que subyacen a una regulación jurídica, y no creo que el mismo Welzel, ni por supuesto Kaufmann, quisieran reducirlas al concepto de acción.

Pero sea así o de otro modo, nadie puede dudar de la importancia de la obra de estos dos grandes penalistas. Sus aportaciones han hecho correr ríos de tinta en los últimos cuarenta años en la Dogmática alemana juridicopenal. Este libro homenaje es una buena prueba de ello. Por supuesto que no todo lo que se ha escrito sobre estos problemas tiene la calidad y la importancia de las cuestiones sistemáticas. Si a esto se le añade el exceso de publicaciones académicas, tesis, escritos de habilitación y artículos en revistas especializadas, se comprende que la discusión teórica sobre problemas aparentes se haya convertido, a veces, en un fin en sí misma. De este peligro advierte en un interesante trabajo con el que termina el libro homenaje, Arzt, aunque él lo atribuye al exceso de estudiantes y al aumento del número de cátedras en las facultades de Derecho. No obstante, habría que recordar también algunas exageraciones habidas en la polémica entre teoría final y causal de la acción que llegó a convertirse en algún caso en una verdadera guerra civil entre partidarios de uno y otro bando. El resultado final no ha sido, sin embargo, malo, aunque se hayan malgastado muchas energías que podrían haberse empleado en el estudio de otros problemas del Derecho Penal.

Armin Kaufmann con su credo y su personalidad científicas marcó en todo caso un hito en la Dogmática jurídica alemana. Luego vendrán otras direcciones, otras modas, pero su contribución al terreno en el que se movió y quiso moverse desde el principio hasta el final de su vida científica, permanecerá insuperable.



# Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad.

Especial referencia a su problemática jurídico penal (\*)

IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

1. La determinación de los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, y muy especialmente el derecho al honor, tiene un especial interés en la actual discusión jurídica en España. En los orígenes de este debate está la entrada en vigor de la Constitución, que genera un proceso de revisión de los términos en que hasta entonces se había abordado al solución del conflicto y la promulgación de la Ley de 5 de mayo de 1982 de Protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que genera de hecho una discriminación del mismo. En este proceso han sido piezas claves la revisión propuesta por un amplio sector de la doctrina (1) y el contenido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2), y el mismo se ha materializado entre otras cosas en una reinter-

---

(\*) Este artículo constituye mi aportación al Anuario de 1990 del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona.

La redacción se concluyó en febrero de 1991 por lo que no se pudo tomar en cuenta la importante monografía de Carmona Salgado: «Libertad de expresión e información y sus límites», Madrid 1991. De igual manera no se han podido tomar en consideración las sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado a lo largo de 1991 sobre esta materia. En concreto la 65/1991 de 22 de marzo, la 143/1991 de 1 de julio, la 197/1991 de 17 de octubre y la 214/1991 de 11 de noviembre.

(1) La necesidad de revisar el tratamiento jurídico del conflicto se ha subrayado por especialistas de todas las ramas del ordenamiento implicada, sirvan de muestra las monografías de: Berdugo, «Honor y libertad de expresión», Madrid, 1987; Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos por difamación», Barcelona, 1988; Salvador, y otros, «Qué es difamar. Libelo contra la ley del libelo», Madrid, 1987.

(2) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida al conflicto de la libertad de expresión con otros derechos arranca de la Sentencia 104/1986 de 17 de julio, caso Soria Semanal. Tras ella el Tribunal constitucional ha elaborado una importante

pretación de determinados preceptos del Código Penal marco jurídico en el que tradicionalmente se resolvió este conflicto.

La entrada en vigor de la Constitución supuso el reconocimiento dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas del derecho al honor, artículo 18.1 y de la libertad de expresión, artículo 20. Este reconocimiento aparece, en el caso del honor, por un lado condicionado por exigencias constitucionales que difícilmente posibilitan mantener la vieja concepción fáctica del honor (3) y, por otro, vinculando este derecho a la intimidad, con lo que se da cabida en nuestra legislación a una corriente creciente en otros ordenamientos europeos de incorporación de este derecho de raíz anglosajona y reforzamiento en general de los denominados derechos de la personalidad.

En relación a la libertad de expresión, el complejo y lleno de matices artículo 20, desde una primera lectura exterioriza un contenido que necesariamente supera, como no puede ser de otra manera en un sistema democrático, el de la mera exteriorización del pensamiento.

La regulación constitucional se completa con el texto del artículo 20.4 que parece referirse directamente al tema objeto de este estudio al establecer, respecto a las libertades del artículo 20 de forma análoga al artículo 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn (4), que: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y especialmente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Cualquier intento de aportar soluciones pasa por interpretar los mencionados preceptos de la Constitución. En primer lugar, por esta-

---

doctrina, en especial mediante las sentencias 159/1986 de 12 de diciembre, caso Eguín; 186/1986 de 22 de diciembre, caso Revista *Tiempo* contra MERCORSA; 165/1987 de 27 de octubre, caso presidente de Asociación de Vecinos de Santa Coloma de Gramanet; 6/1988 de 21 de enero, Caso Crespo contra Ministerio de Justicia; 107/1988 de 8 de junio, caso Objeto de Conciencia Sr. Navazo; 51/1989 de 22 de febrero, caso de injurias al Arma de Caballería; 121/1988 de 3 de julio, caso de injurias al Poder Judicial; 20/1990 de 15 de febrero, caso Revista *Punto y Hora*; 105/1990 de 6 de junio, caso José M.<sup>o</sup> García; 171/1990 de 12 de noviembre, caso herederos del Sr. Patiño contra *El País*, y 172/1990 de 12 de noviembre, caso herederos del Sr. Patiño contra *Diario 16*. Todas las sentencias tienen tras de sí un proceso penal, salvo la 185/1986, que resuelve problemas de aplicación de la normativa reguladora del derecho de recitificación, la 6/1988 referida a una sentencia laboral por despido y las dos últimas referidas a la aplicación de la Ley de Protección Civil del derecho al honor.

(3) El honor según estas teorías consiste en la representación que de las diversas cualidades de un individuo efectúa él mismo o los restantes miembros de la comunidad, ver amplia exposición y crítica en Hirsch, «Ehre und Beleidigung», «Grundfrage der Strafrechtlichen Ehrenschatzes», Karlsruhe, 1967, pp. 15 y ss; Musco, «Bene giuridico e tutela dell'onore», Milano, 1974, pp. 10 y ss.

(4) Que a su vez tiene su antecedente más inmediato en el art. 18 de la Constitución de Weimar.

blecer el alcance de este artículo 20.4, y en un segundo término por interpretar toda la legislación potencialmente afectada y en concreto la legislación penal preexistente, a la luz del contenido de este precepto y en general del marco constitucional.

2. Hasta la entrada en vigor de la Constitución y en los primeros años de su vigencia, el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor se resolvía en el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente en el ámbito del derecho penal (5) y mediante su consideración como un conflicto de ánimos (6). A ello contribuían razones políticas, que difícilmente posibilitaban hablar de un reconocimiento de la libertad de expresión (7), y la regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal español, con un ámbito de prueba de la verdad muy reducido, y con la incorporación doctrinal y jurisprudencial prácticamente unánime de un elemento subjetivo del injusto.

Técnicamente esta situación suponía que el Código Penal actuaba como límite de la libertad de expresión. La presencia de los componentes subjetivos y objetivos de los tipos penales era la frontera que no podría ser superada por quien tratara de ejercitar esta libertad. El criterio, que podía aceptarse antes de la entrada en vigor de la Constitución, se toma insostenible con la vigencia de ésta, pues en la práctica supondría decidir el contenido del texto fundamental desde el Código Penal, es decir, invertir el principio de jerarquía normativa, que impone interpretar el Código Penal desde la Constitución (8).

Sin entrar en otras consideraciones, un importante sector de la doctrinal penal entendió, desde un primer momento, que el pleno reconocimiento constitucional de la libertad de expresión imponía abandonar la vía del conflicto de ánimos y acudir a la del conflicto de derechos (9). Este conflicto posee un carácter previo al Derecho Penal, es un conflicto constitucional, y su posible solución tiene acogida en el ordenamien-

(5) Excepcionalmente existen una serie de sentencias en el ámbito de la jurisprudencia civil que arrancan de la muy citada de 6 de diciembre de 1912, caso del fraile de Totana, que protegen el honor a través del art. 1902 del Código Civil. Sobre esta jurisprudencia véase Muñoz Machado: «Libertad de Prensa», *cit.*, pp. 47 y ss.

(6) Véase Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 75 y ss.; Bacigalupo, «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Debate Penal* (Lima), 1987, pp. 350 y ss.

(7) Aunque debe aceptarse la matización de Landrove, «Protección del honor y Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, Santiago de Compostela, 1990, p. 213: «Existía, por supuesto libertad de expresión, lo que ocurre es que —como tantas otras cosas— estaba mal repartida. Los problemas, el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor se plantean cuando este derecho se democratiza.»

(8) Con razón Muñoz Machado titula uno de los epígrafes de su libro sobre «libertad de prensa y procesos de difamación», *cit.*, referido a la jurisprudencia penal, «la escasa penetración de los Principios Constitucionales».

(9) Ver por todos García Pablos, «La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión», en *Estudios penales*, Barcelona, 1984, p. 400.

to penal a través de la eximente 11 del artículo 8.º, que sirve de cauce al principio de unidad del ordenamiento jurídico. La vía apuntada ofrecía una solución nueva tanto a los delitos contra el honor, como en delitos como los desacatos, las injurias al Jefe del Estado o a otras instituciones, donde el clásico debate sobre la virtualidad o no de la *exceptio veritatis*, aparte de sus insuficiencias, producía en el marco constitucional una total densaturación del conflicto (10).

La tesis del ejercicio legítimo de un derecho se vio reforzada desde 1982 por la entrada en vigor de la ya mencionada Ley de Protección Civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuanto este texto parte claramente de la idea del conflicto de derechos. Aunque no deba deducirse de aquí una valoración positiva de esta Ley que en buena medida genera más problemas que aquellos que soluciona (11).

3. Si se acepta el punto de partida del conflicto de derechos, el primer paso es analizar el mismo en el ámbito constitucional, con dos fases: caracterización del conflicto y solución del mismo, para, en un segundo momento, intentar trasladar esta solución al ordenamiento penal.

La profundización en el contenido del honor ha llevado a un sector doctrinal a rechazar, con razón, la tradicional concepción factica y a intentar reconstruir su contenido desde la perspectiva constitucional (12).

En el ámbito penal, en gran medida los condicionamientos metodológicos del autor, en particular —aunque no únicamente— el concepto general que se propugna de bien jurídico, han actuado como condicionantes de la posición concreta defendida. En este sentido, he propugnado una construcción del honor, que responde a un modelo de sociedad personalista, como es el diseñado constitucionalmente, con un contenido que se acomode a la participación real del individuo en la sociedad y que sea respetuoso con el principio de igualdad.

Desde este punto de partida cabe entender dos aspectos dentro del honor, como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de

(10) Esta visión del problema ha sido expuesta desde hace tiempo por Muñoz Conde, «Acerca de la aplicación de la *exceptio veritatis* al delito previsto en el art. 161.1 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (17), 1982, y reiterada por el mismo en «Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de derecho», en *Homenaje a Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 853.

(11) Críticamente sobre esta Ley, ver Salvador y otros, «Qué es difamar», *cit.*, *passim*.

(12) A esta pretensión obedecen entre otras las elaboraciones de Alonso Alamo, «Protección penal del honor», en *Anuario de Derecho Penal*, 1983, pp. 119 y ss.; Berdugo, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *Anuario de Derecho Penal*, 1984, pp. 305 y ss.; Vives en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», 2.ª edic., Valencia, 1988, pp. 640 y ss.; Morales Prats, «Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora», en *Cuadernos de Política Criminal* (36), 1988, pp. 663 y ss.



la persona humana, y como expectativa de reconocimiento que emana de la participación real del individuo en la comunidad. De donde, la imputación objetivamente cierta no lesionará el bien jurídico honor. Esta decisión, como se adelantaba, presupone una opción metodológica importante, entender que el bien jurídico, y por tanto, su contenido, es anterior al Derecho Penal. Ahora bien, sostener que lo cierto no afecta al contenido del bien jurídico honor no quiere decir que no incida sobre la realidad empírica que le sirve de base. Pero la lesión de esa realidad no basta para afirmar que se lesiona el contenido del honor, pues, la mencionada realidad, en la concepción expuesta, debe pasar por el tamiz del cuadro de valores constitucionalmente diseñados. En segundo lugar, debe tenerse presente, que el contenido del honor afectado por estas reflexiones es el resultante de la participación del individuo en la comunidad, no el que se deriva de la dignidad, que, aunque histórico socialmente entendida, es la misma en todos los integrantes de la comunidad independientemente de su actuación social (13).

Por otro lado, el carácter personalista del sistema social constitucionalmente recogido, que es al que en el momento actual se ha de referir el contenido del honor refiere este derecho, «a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar de honor de instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral», como por otra parte sostiene el Tribunal Constitucional desde la sentencia 108/88, de 8 de junio (14). Indudablemente

---

(13) Esta exposición ya la llevé a cabo en «Revisión del contenido del bien jurídico honor», *cit.*, pp. 306 y ss., y es seguida por Muñoz Conde, «Libertad de expresión y derecho al honor», *cit.*, p. 846.

Este planteamiento ha sido objeto de crítica por Vives en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, p. 643, pues «si bien otorga primacía a los aspectos jurídico constitucionales del honor determina el contenido de éste en base a criterios sociales y normativos» (crítica parcialmente suscrita por Morales Prats, «Adecuación social y tutela penal del honor», *cit.*, p. 681, nota 51). Tras esta crítica lo que subyace es una distinta concepción tanto del bien jurídico como de la Constitución. Pues justamente es la posición por mi propugnada para entender el contenido de la Constitución como algo potencialmente dinámico y conectar con ella la idea de bien jurídico, debe llevar a determinar su contenido con criterios sociales y normativos. En suma, lo que se critica es justamente aquello que se pretendía lograr, un concepto de bien jurídico que dentro del marco constitucional tuviera un contenido que reflejara la realidad social de cada momento histórico.

(14) Posición que el Tribunal Constitucional reitera en posteriores sentencias en las que el recurso de amparo tenía por objeto condenas por desacatos. Así las 51/1989, 121/1989 y 105/1990.

La trascendencia práctica de esta toma de postura es evidente desde el momento en que como recuerda Muñoz Conde «Libertad de expresión y derecho al honor», *cit.*, p. 847, el mayor número de casos ante los tribunales penales se refiere al honor de los políticos y de las instituciones políticas.

esta toma de postura modifica, como se verá, los términos en que puede ser justificante la libertad de expresión en figuras como los desacatos. Pues al no ser aquí el honor el bien jurídico protegido quedan fuera de la mención expresa del artículo 20.4 de la Constitución Española.

Esta construcción del honor no se corresponde con la recogida en el Código, en especial con la señalada restricción de la prueba de la verdad. Ahora bien, aunque políticocriminalmente no sea correcto, la restricción de la *exceptio veritatis* puede, en el momento actual, explicarse desde la necesidad de dar una protección penal al bien jurídico intimidad. Este bien jurídico está, como es sabido, insuficientemente tutelado por nuestro Derecho, pero su relación con el bien jurídico honor, son derechos próximos pero no coincidentes, permite argumentar en la dirección apuntada más arriba (15). En cuanto, un hecho cierto indudablemente puede influir sobre el contenido de la intimidad.

En el conflicto que analizábamos, y como se adelantaba, puede aparecer implicado el derecho a la intimidad. Este derecho de reciente reconocimiento en nuestro ordenamiento posee unos límites de difícil concreción pues se delimitará, no sólo por la pertenencia de un hecho al ámbito de la esfera privada de una persona, sino también por la propia actuación del titular del bien jurídico que, en último término, establecerá los términos efectivos de la tutela jurídica de este derecho (16).

El artículo 20 de la Constitución Española recoge en sus primeros números cuatro libertades, que son el resultado de la evolución experimentada por la libertad de expresión, que ha pasado desde su originaria perspectiva individualista, como mero derecho a exponer libremente el pensamiento (17), a su vinculación a la formación de la opinión pública, consustancial con el carácter democrático del

(15) Sobre la relación entre estos dos bienes jurídicos, vid. Artz, «Der strafrechtlicher Schutz der Intimsphäre», Tübingen, 1970, pp. 140 y ss; Morales Prats, «La tutela penal de la intimidad: privacy e informática», Barcelona, 1984, p. 136.

La relación queda reflejada también en el fundamento tercero de la sentencia 172/1990 del Tribunal Constitucional.

(16) Este criterio es seguido por el art. 2.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 cuando afirma que «la protección civil del honor de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por la ley y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

(17) Claramente en este sentido, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma «nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley» y en el artículo siguiente: «la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley». Sobre el origen de esta libertad y su posterior evolución véase Novoa: «Derecho a la vida privado y libertad de información. Un conflicto de derechos», México, 1979, pp. 138 y ss.

Estado, incluíble dentro de un genérico derecho a la comunicación (18).

Esta evolución de la libertad de expresión ha llevado a que sea objeto de debate en el momento actual el carácter autónomo o no respecto a ella en particular de la libertad e información (19), al constituir esta última, tanto un derecho a transmitir como a recibir información y presentar aspectos que no están presentes en las restantes libertades del artículo 20.

El carácter institucional de estas libertades y su vinculación al carácter democrático del Estado, ha sido subrayado por la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales. En particular debe resaltarse la labor desarrollada por la *Supreme Court* estadounidense y por el *Bundesverfassungsgericht* en la configuración en la práctica de esta libertad. El Tribunal Constitucional español pese a la ausencia, por las ya apuntadas razones históricas, de una construcción teórica y práctica de esta libertad, apunta desde sus primeras sentencias esta doble dimensión de las libertades del artículo 20. En concreto, las de 16 de marzo de 1981 y 31 de marzo de 1982 (20), suponen un primer paso, completado después de forma clara por aquellas sentencias que han abordado situaciones de conflicto con otros derechos. Así, la 101/1986 de 17 de julio, en el conocido caso Soria Semanal, afirma: «esta dimensión de garantía de una institución fundamental, la opinión pública libre (...) otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales».

---

(18) Esta ampliación del ámbito originario de la libertad de expresión, aparte de su reconocimiento en la jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales, queda reflejado en textos internacionales, sirva de muestra la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales, que en su art. 10.1 establece: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar información e ideas sin que haya en ellas injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras.» Sobre la problemática de esta libertad es interesante el trabajo de García Herrera: «Estado democrático y libertad de expresión», *cit.*, *passim*.

(19) El tema ha sido objeto de debate en la doctrina constitucional española, sirva de muestra Solozábal, «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Revista española de Derecho Constitucional* (23), 1989.

(20) Esta última sentencia recoge con claridad la doble dimensión de la libertad de expresión al afirmar: «Se ha señalado acertadamente que se trata de todo un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación» y más adelante añade: «El art. 20 de la Constitución tomado en su conjunto y en sus distintos apartados constituye una garantía de una comunicación pública, libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real estos derechos que la Constitución consigna reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1.2. de la Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política.»

Ahora bien, el artículo 20.1 d) subordina el derecho a la información, ya se le considere libertad autónoma, ya aspecto de la libertad de expresión, al carácter veraz del mismo. La exigencia de veracidad como límite interno de esta libertad puede justificarse tanto desde una perspectiva individual (21) como desde la vinculación al principio democrático (22).

De igual manera, la exclusión de la verdad objetiva como límite de la libertad de expresión viene exigida desde el propio concepto de verdad y desde el carácter democrático del Estado. Pues supondría la existencia de «una verdad» y que su presencia fuera decidida en último término por el propio Estado a través del poder judicial (23). La veracidad se refiere a la actitud hacia la verdad del que ejercite esta libertad respecto al contenido de información (24). El alcance que en la práctica tiene este límite y la determinación de su cometido refleja una gran complejidad y abre una primera serie de valoraciones en el estudio de los presupuestos de este conflicto.

En primer lugar, su propia naturaleza hace que sólo pueda referirse a hechos nunca a juicios de valor. Aunque, en la práctica no siempre es claro cuando se está ante la afirmación de hechos o ante la exteriorización de opiniones. Pues las afirmaciones de hecho suelen venir acompañadas de la valoración de los mismos y los juicios de valor presuponen hechos. Dificultad que se acrecienta para aquellos que propugnan que sólo la libertad de información contribuye a la formación de la opinión pública (25).

(21) Véase con amplitud Ridder: «Die Grundrechte», II, Berlín, 1954, p. 263.

(22) El Tribunal Constitucional alemán en el caso Schmid-Spiegel sostuvo que «el deber de veracidad se fundamenta a la vez en el significado de la formación de la opinión pública en la consideración global de una democracia libre», Bver.g., T. 12, N 14, p. 80.

(23) En este sentido García Herrera, «Estado democrático y libertad de expresión», en *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense* (64), 1982, pp. 152-153.

Además, como sostuve en «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 83-84, «Conceptualmente es imposible en un estado democrático aplicar el término verdad a otras exteriorizaciones de la libertad de expresión: juicios de valor, libertad artística o científica... pues supondría tanto como negar la posibilidad de divergencia, la pluralidad de opiniones y constituiría un ataque frontal al propio núcleo de la libertad de expresión».

(24) Esta vía es sugerentemente apuntada por Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos por difamación», *cit.*, p. 38, para reinterpretar el contenido que en la jurisprudencia penal se da al *anumus iniuriandi*.

(25) En este ámbito es clave la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el caso Lingens el 8 de julio de 1983, ver comentario en Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*, pp. 190 y ss.

Sobre la dificultad de diferenciar entre afirmaciones fácticas y juicios de valor, vid., Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 86 y ss.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido reflejo de estas dificultades, desde el momento en que, en especial a partir de las sentencias 6/1988 y 107/1988, optó por diferenciar claramente entre la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, consagrada en el artículo 20.1 *a*) y el derecho a comunicar y a recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables recogido en el artículo 20.1 *d*). Desde las mencionadas sentencias optó por una valoración global del supuesto e inclinarse por uno u otro precepto según cual fuera el «elemento que en ellas aparezca como preponderante», para, una vez tomada esta decisión, pronunciarse sobre la presencia o no de los requisitos que condicionan su admisión en uno u otro caso (26). La distinción era aún más trascendente cuando el Tribunal Constitucional en algunas sentencias restringía el carácter institucional de estas libertades a la recogida en el artículo 20.1 *d*) (27).

Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia, las 171 y 172 de 30 de noviembre de 1990, vuelven a poner de relieve la conexión entre libertad de opinión y libertad de información, en especial, como más adelante se verá, al no restringir la dimensión institucional de las libertades del artículo 20 a la libertad recogida en el artículo 20.1 *d*) (28).

En relación con el alcance de la veracidad, su consideración como verdad subjetiva y como fuente de un deber de diligencia en la transmisión de hechos aparece como coherente con el derecho a expresar el propio pensamiento, independientemente de que ese se corresponda con la realidad, con el reconocimiento del derecho de rectificación y con el pluralismo consustancial a la formación de la opinión pública en un sistema democrático (29).

Sobre este límite interno de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha mantenido siempre una posición análoga a la expues-

---

(26) Con claridad véase sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 en la que textualmente se afirma: «Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones de un lado y comunicación informativa de hechos por el otro [...] tiene decisiva importancia la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de estas libertades, pues mientras los hechos por su materialidad son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud y ello hace aquel al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación.»

(27) Es el caso de la sentencia 159/1986 o de la 165/1987.

(28) Al respecto es clave el contenido del fundamento 9.º de la sentencia 171/1990 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial el mencionado caso *Lingens*, Sentencia de 8 de julio de 1986.

(29) Más ampliamente véase Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 84-85.

ta (30), que sintetiza con acierto en la sentencia 6/1988 de 21 de enero, caso Crespo, al expresar:

«Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos hayan sido objetos de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información, actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado», añadiendo, «en definitiva las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponer “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

Es decir, la cumplimentación o no del deber de veracidad y, por tanto, la inclusión o no dentro de la libertad de información, no depende de la mayor o menor correspondencia con la verdad de lo afirmado, sino del grado de cumplimentación o no de la diligencia exigida.

La exigencia genérica de diligencia en la comprobación de la correspondencia con la realidad de los hechos que se transmiten reposa sobre el mismo fundamento de esta libertad y sobre la eventual lesión de otros derechos derivada de la información inexacta. La protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes jurídicos respondería al principio del riesgo permitido justificado en la función que en nuestros modelos sociales desarrolla la opinión pública. El deber de veracidad genera para poder afirmar la existencia de libertad de expresión un deber de comprobación que posee particular transcendencia respecto a la actuación de los medios de comunicación. Este deber ha de ser posible y presenta un alcance e intensidad que dependen de las características del caso concreto. Así, deberá valorarse la fuente y naturaleza de la afirmación que se transmite, el contenido de lo afirmado y en el caso de los medios de comunicación las peculiaridades de su función y la rapidez en la transmisión de la noticia (31).

La formulación negativa llevaría a excluir del ámbito de la libertad de expresión, siguiendo criterios sostenidos por la jurisprudencia estadounidense, a los supuestos de «consciente falsedad» y «notorio desprecio de la verdad» (32).

---

(30) Ya desde la sentencia 168/1986 en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el derecho de rectificación y afirma que «además de su primordial virtud de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone [...] un complemento en la práctica de la opinión pública libre».

(31) Idéntica postura sostuvo en «Honor y libertad de expresión», *cit.*, p. 120.

(32) Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 84-85. Análogamente véase Vives, en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, pp. 654.

Esta posición para concretar el alcance del deber de veracidad ha sido seguida en parte por las sentencias 171 y 172/1990 del Tribunal Constitucional, al sostener que debe negarse «la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable» (33).

4. Afirmado en un caso concreto el ejercicio de cualquiera de las libertades del artículo 20 y su incidencia sobre el honor o la intimidad, el artículo 20.4 de la Constitución Española parece dejar resuelto el problema de su eventual colisión, al establecer la preponderancia en todo caso del derecho al honor, en cuanto que aparentemente se trata de un límite externo a la libertad de expresión. Con lo que, si el contenido de lo expresado incide sobre el honor ajeno, por definición, no estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión jurídicamente tutelado, sino, al contrario, ante el ataque al honor. Esta posición tuvo acogida en la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la entrada en vigor de la Constitución y es rechazada por algunos autores (34) y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de forma expresa, a partir de la sentencia de 17 de julio de 1987. En esta sentencia se afirma en su fundamento 5.º que: «El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1 a) y d) [...] citado de modo expreso en el párrafo 4.º del mismo artículo de la Constitución, sino que según el artículo 18.1 de la Constitución es en sí mismo un Derecho Fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión (artículo 20.1 a)) y/o de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión artículo 20.1 d) resulta afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso dada la afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser estas considera-

---

(33) Pese a ello ambas sentencias introducen una importante y criticable modulación en la doctrina mantenida desde la sentencia 6/1988 por el Tribunal Constitucional, al condicionar la cumplimentación del deber de veracidad, y por tanto, en la protección constitucional, no sólo la diligencia en la comprobación sino exigiendo que concurra «sólo supuestos de exactitud cuestionable» o se incurra en errores circunstanciales, que no afecten a la esencia de lo informado, parece el Tribunal con esta Sentencia abrir un portillo injustificado a la verdad objetiva como condicionante de la libertad de expresión.

(34) Con ella se seguía la tesis formal imperante en Alemania en la época de la república de Weimar, cuyos resultados prácticos llevaban a que la libertad de expresión cediera frente a cualquier otro bien jurídico, vid. Herzog, en Maunz/Düring/Herzog, «Grund Gesetz Kommentar», C. art. 5, n.º 258. Los riesgos de una interpretación análoga en nuestro derecho son puestos de relieve por García Herrera, «Estado democrático y libertad de expresión», *cit.*, p. 165.

das como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras.»

Es decir, el Tribunal Constitucional suscribe desde esta sentencia la posición que entiende que ante un conflicto de derechos se impone la ponderación de los mismos para determinar si en un caso concreto se dan en la libertad de expresión aquellas características que la sitúan en una posición preferente y que llevarían a resolver el conflicto en su favor.

Si esto es así queda abierta la interrogante del sentido que posee el mencionado artículo 20.4. En mi opinión, exterioriza el principio de proporcionalidad, que supone la exclusión de la incidencia gratuita sobre los derechos de la personalidad, y la necesidad de buscar soluciones que impliquen un mantenimiento en lo posible de estos derechos en conflicto (35). De forma expresa esta idea aparece recogida en el importante fundamento 5.º de la sentencia 171/1990 al afirmar: «El valor preferente del derecho de información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática.»

5. De lo analizado hasta ahora queda abierta la interrogante de como debe resolverse el conflicto en los distintos grupos de casos y en coherencia con las afirmaciones efectuadas hasta ahora.

El primer grupo de casos que puede ser objeto de reinterpretación son los englobados en los delitos contra el honor dentro de la *exceptio veritatis* y los que tradicionalmente incluye la doctrina penal dentro de la eximente 11 del artículo 8.º. En ambos supuestos la libertad de expresión asegura la vigencia de un interés general vinculado a la materia sobre la que se realiza la imputación —en las calumnias o en las injurias del artículo 458, n.º 1— o a la condición del sujeto pasivo, en las injurias dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. En los tres supuestos el interés general al que sirve la libertad de expresión justifica la lesión del bien jurídico tutelado (36).

Una explicación análoga puede darse a la justificación en los casos que la doctrina tradicionalmente incluye en la eximente 11 del artículo 8; el deber de declarar como testigo, la emisión de informes por los funcionarios públicos o con carácter genral el ejercicio de la abogacía. En los tres supuestos la libertad de expresión sirve a intereses de carácter

---

(35) Ampliamente sostuve y fundamente esta interpretación, en «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 68 y ss.

(36) Este camino fue apuntado por Cuerda, «La colisión de deberes en Derecho Penal», Madrid, 1984, p. 75, desarrollado por Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 85 y ss.



general como son, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, el correcto desempeño de la función pública o la práctica del derecho de defensa (37).

El segundo grupo de casos lo constituyen aquellos supuestos en los que las libertades del artículo 20 presentan el carácter institucional derivado de su contribución a la información de la opinión pública. En éstos la conexión del ejercicio de estas libertades con el carácter democrático y pluralista del Estado le otorgan un valor preferente sobre los derechos de la personalidad eventualmente afectados por su ejercicio. El valor preferente de estas libertades es doctrina general tanto para la *Supreme Court* estadounidense como para el *Bundesverfassungsgericht* alemán (38).

En igual sentido, la tesis de valor preferente en la libertad de expresión en situaciones de conflicto, que ya fue defendida por la doctrina española (39), es línea básica en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, ya en la sentencia 104/86 de 17 de julio, caso Soria Semanal, se afirmaba, como veíamos, que «Esta dimensión de garantía de una institución fundamental, la opinión pública libre, indiscutiblemente ligada con el pluralismo político [...] otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales». Con ello el Tribunal constitucional inicia la aceptación expresa de la doctrina de la posición preferente, que reitera y desarrolla en especial en las sucesivas sentencias números 159/1986, 165/1987, 107/1988, 51/1989, 212/1989, 20/1990, 105/1990, 171/1990 y 172/1990.

En síntesis, la doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión propugnada por el Tribunal Constitucional español se puede sintetizar en los siguientes rasgos:

El fundamento de la preponderancia de las libertades del artículo 20 respecto al honor y la intimidad radica en su contribución a la formación de la opinión pública, que constituye uno de los pilares en una

(37) Sobre el tema Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *it.*, p. 93.

(38) Sobre la doctrina de la *Supreme Court*, ver el estudio de Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos de difamación», *cit.*, pp. 88 y ss., y en particular el examen de la conocida Sentencia *New York Times V. Sullivan*, pp. 99 y ss. Importantes referencias a los puntos claves de la Jurisprudencia Constitucional alemana ver en Bacigalupo, «Colisión de Derechos Fundamentales y justificación en el delito de injuria», *cit.*, pp. 355 y ss. Sobre ambos modelos ver Berdugo, «Honor y Libertad de Expresión», *cit.*, pp. 108 y ss.

(39) Por todos, ver la posición de Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos por difamación», *cit.*, p. 148; Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, p. 64 y ss.

De otra opinión al rechazar la doctrina de la posición preferente, Vives en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, pp. 648 y ss., al entender que estamos aquí ante un problema de límites de Derechos Fundamentales.

sociedad libre y democrática (TC 104/1986 y jurisprudencia reiterada) (40) al poseer un carácter irradiante sobre otras libertades (TC 107/1988) (41). Razón a la que debe añadirse en muchos casos su directa conexión con la libertad ideológica (TC 20/1990) (42).

La preponderancia es consecuencia de la interpretación del contenido de las libertades desde la totalidad del modelo constitucional e igualmente este debe ser el criterio para establecer el alcance de las normas de conflicto (TC 159/1986 y 20/1990) (43). En este sentido, no se reconoce un carácter absoluto a un derecho sobre otro, aunque ante un conflicto como el que analizamos se parte de la preponderancia de las libertades del artículo 20, esta puede desaparecer por la no presencia en el caso concreto de las características que llevan a asignar la mencionada dimensión institucional a la libertad de expresión y una vez afirmada debe acomodarse el ejercicio de estas libertades a la exigencias del principio de necesidad (en especial TC 171/1990 y 172/1990).

La aplicación de la doctrina de la posición preferente está condicionada. En primer lugar, conviene recordarlo, por la existencia de conflicto del ejercicio de las libertades del artículo 20 con algunos de los derechos de la personalidad. Es decir, tal como vimos, para que pueda hablarse de ejercicio de la libertad de información se requiere que se haya cumplimentado el deber de veracidad, con lo que la ausencia de esta diligencia por parte del que informa excluye la aplicación de la doctrina de la posición preferente. En sentido opuesto, si el hecho

---

(40) La importante Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 justifica la lesión de los derechos de las personas que ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de alternancia pública en que «así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática». Argumentación análoga a la utilizada por la Jurisprudencia norteamericana, vid. Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*, p. 88.

(41) Afirma en su fundamento 2: «Esta situación de valor superior o de eficacia radiante que constitucionalmente ostenta en las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada del Derecho al honor, para lo cual continua siendo inevitable la utilización del criterio del *animus iniuriandi*, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegida como derechos fundamentales actúan o no como causa de exclusión de la antijuricidad.»

(42) Con lo que en esta sentencia se argumenta desde la vieja raíz de la libertad de expresión, que aparece en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

(43) Con ello adopta la tesis ya sostenida por el Tribunal Constitucional alemán desde el caso Lüth: «Las leyes generales tienen que ser interpretadas respecto a sus efectos limitadores del derecho fundamental a la vista del significado del derecho de tal manera que garanticen su contenido esencial...», Bver. Ge, 7, 198 y ss. Sobre ella véase Bacigalupo, «Colisión de Derechos Fundamentales», *cit.*, p. 358; Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, p. 112.

es objetivamente cierto no existiría lesión del honor (en consecuencia la información veraz, pero objetivamente falsa si que genera lesión del honor) y la lesión de la intimidad se produciría ante la puesta en conocimiento de un hecho objetivamente cierto que queda incluido dentro de esa esfera (44).

Sobre estos presupuestos la aplicación de la posición preferente de las libertades del artículo 20 está supeditada a que su ejercicio, objetivamente contribuya a la formación de la opinión pública, pues éste es el fundamento de su reiteradamente señalada dimensión institucional. La valoración del contenido de la libertad concreta desde el parámetro de la opinión pública es, por tanto, elemento decisivo a la hora de resolver jurídicamente el conflicto.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la importante sentencia 107/1988 de 8 de junio, con buen criterio afirma que el órgano judicial «que haya apreciado lesión al derecho al honor, está obligado a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual se ha inferido lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto».

Las líneas que guían este juicio ponderativo buscan resolver al interrogante de si el contenido del ejercicio de una determinada libertad tiene o no interés para la opinión pública, en qué casos o bajo qué requisitos puede la libertad de expresión tener este interés. La búsqueda de estos criterios es una tarea desarrollada en otros países por la jurisprudencia, sirvan los reiterados ejemplos estadounidense y alemán. El Tribunal Constitucional español ya ha generado, en especial a partir del conocido caso Soria Semanal, una importante doctrina al respecto culminada por ahora con las sentencias 171 y 172 de 1990.

En principio, la determinación de cuales son los temas de interés para la opinión pública es de difícil concreción a priori, pues estamos ante una conclusión culturalmente acuñada. Pese a ello en el momento actual nadie vacilaría en incluir en el ámbito del interés para la opinión pública a la actividad política, en cuanto está en las bases de la participación en el modelo social, o a la cultura, el arte o la ciencia, en cuanto suponen campos claves para el desarrollo de la personalidad. Pero en ningún caso puede pretenderse elaborar un catálogo cerrado, pues puede ser de interés para la opinión pública cualquier tema que por su contenido o consecuencias tenga trascendencia en la participación social. En este marco el pluralismo que-

---

(44) La sentencia del Tribunal Constitucional 172/1990 en su fundamento tercero subraya cómo la veracidad funciona sólo en relación con las intromisiones en el honor. Respecto a la intimidad el criterio clave no es la veracidad sino la relevancia pública de hecho divulgado.

daría reflejado en garantizar la exteriorización de la opinión minoritaria (45).

Indudablemente se está aquí ante un amplio margen de inseguridad, consustancial al tema que abordamos. Ante esta situación debe exigirse al Tribunal Constitucional, y éste en buena media ya lo ha hecho, la indicación de los puntos sobre los que puede fundamentarse el interés de un asunto para la opinión pública.

La calificación de un tema como de interés para la opinión pública puede derivarse de las características del hecho en sí o de las que concurren en la persona o personas con él relacionados.

El máximo nivel de eficacia justificadora frente a otros derechos, esto es su nivel de mayor prevalencia, se da cuando el ejercicio de la libertad de expresión «esté referido a asuntos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, de acuerdo con el fundamento 5.º de la sentencia 171/1990. Es el caso, por ejemplo, de la libertad de expresión referida a la Administración de Justicia sobre su funcionamiento, supuesto contemplado en la sentencia 107/1988.

Sobre este punto de partida la aplicación del principio de ponderación lleva a que sea graduable el interés de la opinión pública sobre un hecho. Así, un hecho de trascendencia pública puede ser realizado por personas privadas y seguir teniendo relevancia para la opinión pública. Este es el caso justamente de las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre este tema, las 171 y 172/1990, caso familia Patiño contra *El País* y *Diario 16*, respectivamente. Se trata de un piloto, persona no pública, que interviene en un hecho público, un accidente aéreo. Por el contrario, en la debatida sentencia 165/1987 se afirma el no interés del tema por la no condición de persona pública en quien interviene. Este carácter graduable del interés para la opinión pública hace que la eficacia justificadora de la libertad de expresión y la solución que se de al conflicto varíe en función de las características del caso concreto (46).

En sentido opuesto, el carácter público de la persona a quien va referida la información puede fundamentar el interés de un hecho para

---

(45) Véase Berdugo, «Honor y libertad de expresión», p. 121; Morales, «Adecuación social y tutela penal del honor», *cit.*, p. 694, vincula el carácter institucional de la libertad de expresión a: 1) actividades informativas que revistan interés histórico, científico o cultural relevante; 2) crítica e información de la acción política; 3) supuestos en los que el ejercicio de la libertad de expresión coadyuva a la preservación de otros bienes jurídicos.

(46) El mayor o menor interés público del hecho y el mayor o menor carácter público de la persona o personas que intervienen hacen que paralelamente sea mayor o menor la necesidad de la lesión de los derechos de la personalidad. Esta idea ya la expuse en «Honor y libertad de expresión», y ha sido sostenida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, Sentencias 171 y 172/1990, 107/1988 y 51/1898.

la opinión pública. La trascendencia de este factor es subrayada de forma constante por la Jurisprudencia Constitucional. Nuestro más alto Tribunal ha utilizado normalmente dos tipos de argumentaciones. En primer lugar, el carácter voluntario de la participación en la vida pública y, en segundo, el carácter democrático del sistema (47). La sentencia 105/1990 es contundente en este argumento:

«La crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos la asunción de esta crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia política.»

Siendo este criterio importante para nuestro Tribunal, no posee, pese a ello, los efectos que le atribuye la jurisprudencia norteamericana (48). Pues, como se analizará más adelante, la aplicación de los criterios complementarios en la valoración del conflicto pueden llevar, pese a referirse al ejercicio de la libertad de expresión de las personas públicas, a negar el carácter preferente de la misma.

Ahora bien, no existe hasta ahora, en la Jurisprudencia Constitucional, una regla sobre qué personas poseen este carácter. Con claridad se ha apreciado en un alcalde, sentencia 104/86, en un diputado de las Cortes de Aragón, además presidente de la Real Federación Española de Fútbol, sentencia 105/1990, y en cambio, se ha negado este carácter a un piloto en líneas aéreas, sentencias 171 y 172/1990 y al propietario de unos inmuebles, sentencia 165/1987.

Estos dos criterios, que podemos calificar de básicos, son modulados por la concurrencia de otros, en concreto, los más utilizados son, quien ejercita la libertad de expresión, si es peridista o no, y el medio que emplea, si se lleva a efecto o no a través de los medios de comunicación.

Así, el carácter anómalo del medio —unas hojas no firmadas— y el carácter no profesional de quien interviene —el presidente de una comunidad de vecinos— son criterios utilizados para negar el interés por la opinión pública de los hechos objetos de la sentencia 165/1987 (49). Aunque, en sentencias posteriores, con buen criterio, se

---

(47) Así el fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal constitucional 171/1990 afirma: «Los personajes públicos o dedicados a actividades que persigan notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas valoraciones o revelaciones adversas.» Esta justificación ha sido desarrollada por la Jurisprudencia norteamericana añadiendo la idea de la facilidad de acceso de las personas públicas a los medios de comunicación, vid. *Wolston v. Readers Digest*, en *Europäische Grundrechte Zeitung*, p. 611.

(48) El carácter público de la persona es clave en la solución del conflicto para la Jurisprudencia estadounidense, vid. Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 110 y ss., y Muñoz Machado, en «Libertad de prensa», *cit.*, pp. 108 y ss.

(49) Pese a que, con anterioridad, sentencia 168/1986 se había mantenido que el derecho a la información no quedaba restringido a los profesionales de la prensa.

niegue de forma taxativa que la concurrencia del carácter institucional de estas libertades esté reservada a los periodistas, en concreto el caso Crespo de la sentencia 6/1988 es clave al respecto (50).

Puede, por tanto, sostenerse que estos dos criterios actúan como moduladores de los anteriores, pueden disminuir el interés de un asunto para la opinión pública, pero no generar el interés por sí solos (51).

Ahora bien, la contribución a la formación de la opinión pública, por tanto, la posición preferente de las libertades del artículo 20, no aparece reservada a la libertad de información, entendida como transmisión de hechos (52), sino que la valoración de los mismos y la formulación de opiniones puede aparecer conectada con la opinión pública y con las bases de todo el sistema democrático (53). En este sentido, es clave el razonamiento recogido en el fundamento noveno de la sentencia 171/1990 del Tribunal Constitucional, que traslada la doctrina sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar: «a la prensa incumbe y es sumisión publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discutan en el terreno político y el público tiene derecho a recibirlas, por lo que no es aceptable la opinión según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector».

Establecido el interés para la opinión pública en el caso concreto del ejercicio de estas libertades, el conflicto se resuelve mediante la ponderación del mismo y para ello es decisiva la situación que presenta el derecho en el caso concreto.

Respecto a las libertades consagradas en el artículo 20 habrá que plantearse si estamos ante afirmaciones de hecho o ante valoraciones, con los problemas que ya se apuntaban al hablar de la veracidad, y si está además implicado, fundamentando la libertad de expresión, otros derechos como la libertad ideológica, tal como hace la sentencia del

---

(50) Con lo que vuelve a suscribir el planteamiento mayoritario de la doctrina tanto española, por todos García Pablos, «La tutela penal de honor», *cit.*, p. 385, como extranjera, por todos Rudolphi, «Systematischer Kommentar», Berlín, C. 193, n.º 16.

(51) Distinta ha llegado a ser la posición mantenida por la Supreme Court, bien es cierto que de forma aislada, en el caso *Rosebloom V. Metromedia* (1971) (403 US 29) al sostener que el carácter público de un asunto se determinaba simplemente por los medios de comunicación.

(52) Aunque el Tribunal Constitucional siempre sostuvo la dificultad de diferenciar hechos y opiniones, restringe en un primer momento el derecho de información a la transmisión de hechos (por todos Tribunal Constitucional sentencia 6/1988) determinando en una valoración global si son preponderantes los elementos valorativos o fácticos y acudir según los casos al art. 20.1 *a*) o al 20.1 *d*). Esta tendencia de la valoración global se rompen en la sentencia 107/1990.

(53) Con claridad la sentencia 171/1990, que entiende que limitar el carácter institucional a la transmisión de hechos sería un «límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa». Véase también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*, pp. 187 y ss.

Tribunal Constitucional 20/1990, lo que reforzaría su posición en el conflicto.

De la otra parte, además de la apuntada distinta situación del conflicto respecto al honor, que en relación con la intimidad, sentencia 172/1990, como de forma reiterada ha sostenido el Tribunal Constitucional es «inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases del Estado respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos dignidad, prestigio y autoridad moral ([...]... no exactamente identificables con el honor...) y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección». Esta precisión tiene gran transcendencia, en especial respecto a los delitos de desacatos, figura en la que a veces terminan muchos de los casos de interés para la opinión pública. Sirva de muestra las críticas a la Administración de Justicia, contenidas en las sentencias 107/1988 y 121/1989, o al Arma de Caballería en la sentencia 51/1989 (54).

Sobre esta base, concretados los términos del conflicto, entran en juego las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Estas quedan reflejadas, cuando se trata de hechos en la conexión de los mismos con la materia objeto de información, lo que es clave en aquellos contenidos que afectan a la intimidad.

En principio, se requiere que la intromisión en la vida privada tenga conexión con la materia en la que se ejercita la libertad de expresión. La proporcionalidad debe tener en cuenta aquí, al ser consustancial a la propia intimidad, las características de la persona a quien vaya referida, aunque en este caso, del hecho de la elevada participación de una persona en la vida pública, no se deriva necesariamente la licitud de cualquier información sobre su vida privada (55).

En la práctica, la conexión de afirmaciones de hecho con el principio de proporcionalidad ha sido tratada en las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional, 171 y 172/1990, en sentido opuesto, subrayando la conexión en una y negándoselo en otra.

En relación con valoraciones o con la crítica de actividades este principio requiera la conexión con la materia objeto de debate y la exclusión de aquellas desproporcionadas.

Ahora bien, aquí es particularmente problemático el establecer criterios a priori sobre cual es la medida de la necesidad. Esta difícilmente se podrá establecer sin tener en cuenta todas las características del caso concreto, así, la subrayada gradación del interés para la opinión pública reaparece en la valoración de la necesidad. En principio, la necesidad afectará a la forma no a la materia objeto de valoración y excluirá el

---

(54) En los tres supuestos se concede amparo y se anulan las correspondientes condenas penales por desacatos.

(55) Véase el famoso *Call Girl-Prozes*, Bvghst, n.º 18, pp. 18 y ss.

insulto y la injuria formal del ámbito de la libertad de expresión, aunque no debe olvidarse el carácter circunstancial de estos mismos conceptos. Fuera de estos casos y subrayada la vinculación entre la actividad y su valoración, el carácter de esta última por muy negativa que sea para aquél a quien va dirigida debe quedar admitida en una sociedad plural y democrática (56).

La jurisprudencia constitucional ha sostenido un criterio análogo, aunque a veces ha eludido abordar en profundidad el problema, acudiendo al criterio del carácter no personalizado de la crítica formulada (57). Mención especial merece la sentencia 105/199, en la que el Tribunal, tras no realizar una valoración global del supuesto que analizaba, rechaza el amparo, desconociendo en mi opinión las circunstancias del caso concreto y la valoración social del mismo (58).

Obsérvese que en la mayor parte de los pasos que se han ido señalando para estructurar la solución del conflicto, y muy especialmente en la ponderación de la conexión y de la proporcionalidad, estamos ante valoraciones que nos introducen en el ya señalado ámbito de la inseguridad y del reflejo directo en el razonamiento del horizonte hermenéutico del Tribunal (59).

En concreto, la vía diseñada por el Tribunal Constitucional en esta jurisprudencia parece correcta y supone la utilización de criterios suficientemente consolidados en la jurisprudencia de otros tribunales de igual rango, aunque finalmente sean objetables el contenido de alguno de sus fallos.

6. El traslado de las consecuencias de este conflicto constitucional al ámbito penal ha motivado distintas posturas en la doctrina, condicionadas en buena medida por la posición seguida en la teoría de la tipicidad y la mencionada estructura de los delitos contra el honor.

No es éste el lugar para entrar en el debate sobre la admisión o no de la teoría de los elementos negativos del tipo, (60), pero parece indudable que en este caso los que suscribimos esta opción sistemática podemos trasladar más fácilmente las conclusiones del conflicto constitucional al ámbito del Derecho Penal, a través de las causas de justifica-

(56) Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*; Berdugo, «Libertad de expresión», *cit.*, p. 122.

(57) Ver en especial las sentencias 107/1988 y 51/1989.

(58) Sobre el tema se ha pronunciado críticamente Gimbernat, «Estudios Penales», 3.ª edic., Madrid, 1990.

(59) A veces pesa en el sentido del fallo la pena desmesurada que se establece en la sentencia penal. Sirva de muestra la sentencia del TC de 20/1990, en la que se afirma, «el tono despectivo de algunas frases, más que el carácter injurioso de las palabras, ha merecido la condena penal de seis años y un día».

(60) El tema ya lo abordé en extenso en todo el primer capítulo de mi libro «Honor y libertad de expresión».



ción y en concreto mediante la aplicación de la ya apuntada eximente 11 del artículo 8.º (61).

Por el contrario, la presencia de un elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor, el ánimo *iniurandi*, cierra en gran número de casos las puertas de la eximente a aquellos que diferencian como escalones sucesivos a la tipicidad y a la antijuricidad (62).

Para salvar este obstáculo sistemático, que lleva a la vieja postura de analizar como un conflicto de ánimos lo que es un conflicto de derechos, este sector doctrinal ha acudido en nuestro país a dos criterios.

El primero, agudamente apuntado por Bacigalupo (63), parte de negar la presencia en el delito de injurias de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, con lo que la no presencia del *animus iniuriandi*, abre la posibilidad de tratar el conflicto en el lugar sistemático correcto, las causas de justificación.

El segundo, defendido fundamentalmente por Vives y por Morales plantea el conflicto en su mayor parte como un problema de bien jurídico. El primero, negando el conflicto y situando el problema como una cuestión de límites (64), el segundo, profundizando en la pretensión de integrar la teoría de la adecuación social dentro del bien jurídico (65). Aunque, en ambos casos, la determinación de los límites se realice explícita o implícitamente desde la perspectiva de la ponderación y el conflicto.

Esta última posición presupone una concepción de la Constitución del bien jurídico y de las causas de justificación que no comparto. La vinculación del contenido del bien jurídico al texto constitucional no implica el sometimiento de su contenido a un corsé constitucional sino justamente lo contrario, la posibilidad de que su contenido se adecúe a las variaciones que experimenta la realidad social.

Asimismo, estas posiciones hurtan a las causas de justificación su carácter político-criminal de servir de cauce para la solución de conflicto. No puede negarse la presencia del conflicto por la lesión del honor, en las valoraciones que inciden engativamente sobre el mismo, y respe-

(61) Afirmada la existencia de la libertad de expresión, «el derecho» de la eximente, las condiciones de su ejercicio, analizadas en el epígrafe precedente, van referidas al «ejercicio legítimo» requerido por el Derecho Penal.

(62) Pues al tener que resolver en primer lugar la presencia o no de la tipicidad, y al ser componente de la misma el *animus iniurandi*, su ausencia que sería habitual en la mayor parte de los supuestos de ejercicio de la libertad de expresión, debería llevar al rechazo de la tipicidad, sin que existiera un pronunciamiento de carácter general sobre la conformidad o no a derecho del comportamiento enjuiciado.

De otra opinión, desde distintos planteamientos Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 686 y ss.

(63) Bacigalupo, «Colisión de Derechos Fundamentales...», *cit.*, pp. 350 y ss.

(64) Vives, en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, pp. 64 y ss.

(65) Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 663 y ss.

tan el principio de proporcionalidad, o en las afirmaciones fácticas objetivamente falsas pero efectuadas respetando el deber de veracidad, aunque en ambos casos se trate de temas de interés para la opinión públicas. Negar en estos casos la lesión del bien jurídico honor supone con carácter general construir el contenido del bien jurídico desde el derecho y no con carácter previo al mismo como mantiene un amplio sector doctrinal, en el que me encuentro (66).

7. En consecuencia, el traslado de la solución propuesta en el estudio del conflicto al ámbito de la legislación penal se proyecta sobre dos opciones distintas según cual sea el derecho que prevalezca (67).

Los supuestos de preponderancia de la libertad de expresión pueden, en función de todo lo expuesto, agruparse en tres casos. El primero, comprende los casos en que estemos ante afirmaciones de hechos que al ser ciertas no lesionan al honor y no afectan a la intimidad, o ante valoraciones, que en virtud de consideraciones sociales imperantes en el medio, no se reputen lesivas para el honor. Estos supuestos serían penalmente irrelevantes por ausencia de lesión del bien jurídico.

El segundo grupo, engloba a los supuestos incluidos de dentro de la *exceptio veritatis*, que en la reinterpretación propuesta se trataría también de casos de ausencia de tipo.

Finalmente, el tercer grupo comprendería los supuestos en que cumplimentado el deber de veracidad se contribuye a la formación de la opinión pública y en el ejercicio de la libertad de expresión se respeta las exigencias del principio de proporcionalidad, para ellos la vía a aplicar sería la eximente 11 del artículo 8.º, ejercicio legítimo de un derecho.

Frente a estos casos, la ausencia de los requisitos expuestos determinaría la solución del conflicto a favor del honor y la intimidad, generando consecuencias jurídicas en el ámbito penal siempre que concurra el *animus iniuriandi*. La ausencia del mismo excluiría la realización del tipo penal, pese a que concurra un comportamiento que objetivamente lo realice y a que no esté presente ninguna causa de justificación. Ahora bien, la exclusión de la responsabilidad penal no excluiría una eventual afirmación de la responsabilidad civil.

Esta última conclusión es particularmente digna de tener en cuenta en especial tras la generalización de la protección civil de los derechos de la personalidad a través de la Ley de 5 de mayo del 82 (68). Aunque,

---

(66) Recordar la argumentación sostenida en Berdugo, «Aportación al bien jurídico. Honor...», *cit.*, pp. 305 y ss.

(67) Lo que sigue es síntesis de la posición que mantuve en «Honor y libertad de expresión», pp. 123 y ss.

(68) Sobre el tema es de gran interés la aportación de Muñoz Machado, «Libertad de prensa...», *cit.*, pp. 78 y ss. Asimismo, véase Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 712 y ss.

el contenido del artículo 1.2. de esta Ley al afirmar que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal...» ha generado, en particular en los primeros años de su vigencia, una práctica procesal dilatoria, favorecida por la superposición normativa de la tutela penal y civil en el ámbito del honor y por el carácter de delitos perseguibles a instancia de parte de la mayoría de los delitos referidos a este bien jurídico (69). La diferenciación entre prejudicialidad penal e incompetencia penal, debe llevar a respetar la opción seguida por el actor y sólo cuando en el proceso civil surjan indicios de delito perseguible de oficio que lleven a la incoación de un sumario, paralizar el juicio civil como consecuencia de la mencionada prejudicialidad penal.

En cualquier caso, esta situación pone de relieve la necesidad de afrontar una discriminación en profundidad de la protección jurídica del honor que obedezca a los principios de subsidiariedad y última ratio, que deben guiar el empleo del Derecho Penal (70).

---

(69) En este sentido Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 717 y ss.

(70) La alternativa despenalizadora ha sido examinada en extenso por Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 698 y ss., y por Quintero, «La utilidad del Derecho Penal en la protección del honor. Utilidad, condicionamientos y limitaciones», en *Poder Judicial*, n.º especial XIII, 1990, pp. 80 y ss.



# Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios

A propósito de la sentencia del TS sobre el «caso Barreiro»

CARLOS MARTINEZ PEREZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de La Coruña

**SUMARIO:** Hechos probados.—1. Introducción.—2. El Recurso de Casación del Ministerio Fiscal.—3. La Fundamentación Jurídica del T.S.: La Teoría de las Inferencias.—4. La modificación de los hechos probados y la problemática constitucional: 4.1. La alteración de los hechos.—4.2. El recurso de amparo y la providencia del Tribunal Constitucional.—5. La problemática jurídico-penal: 5.1. La necesaria separación entre lo objetivo y lo subjetivo y el ámbito de la teoría de las inferencias.—5.2. El carácter *objetivo* de la injusticia de la resolución.—5.3. La inaplicabilidad de la teoría de las inferencias en la interpretación de hechos objetivos.—6. Lo objetivo: 6.1. Consideraciones introductorias.—6.2. El concepto de injusticia y el bien jurídico.—6.3. El concepto de injusticia y el principio de intervención mínima.—6.4. Los hechos pretendidamente reveladores de la injusticia.—6.4.1. Introducción.—6.4.2. La confusión entre las dos resoluciones y la inseguridad acerca de los elementos caracterizadores de la injusticia.—6.4.3. La irrelevancia objetiva de los hechos que conducen a la primera resolución y la licitud de los hechos posteriores que culminan en la anulación.—6.4.4. Los hechos que conducen a la segunda autorización.—6.4.4.1. El informe de la comisión del juego de Galicia.—6.4.4.2. La falta de convocatoria pública y de publicidad.—6.5. Consideraciones finales.—7.—La constatación del elemento subjetivo.

## HECHOS PROBADOS

«I. Con fecha 21 de febrero de 1985, tuvo entrada en el Parlamento de Galicia el proyecto de Ley reguladora de los Juegos y Apuestas en

Galicia; dicho proyecto de Ley fue publicado en el B.O. de la Cámara, n.º 384, de 7 de marzo de 1985, y en sesión de día 24 de septiembre de 1985 se aprueba por el Parlamento de Galicia el texto definitivo de la referida Ley, que aparece publicado en el B.O. de dicho Parlamento, n.º 475, correspondiente al día 30 de septiembre de 1985, y que habría de convertirse en la Ley 14/1985, de 23 de octubre; publicándose en el D.O.G. el 20 de noviembre de 1985. A finales del mes de septiembre, en día no exactamente precisado, pero comprendido entre el día de aprobación del texto definitivo de la Ley y el de su publicación, el procesado don José Luis B. R., que desempeñaba los cargos de Vicepresidente y Conselleiro de la presidencia, a la cual, en razón de la estructura orgánica de la misma y del Decreto 45/1985, de 21 de marzo, de asunción y asignación de transferencias en materia de Casinos, Juegos y apuestas —D.O.G. 2-4-1985— serían atribuidas las competencias en materia de juegos y apuestas en la comunidad Autónoma, recibe en su despacho oficial a don Juan Carlos O.F.; entrevista concertada días antes, por mediación de don Javier R. P., hermano de quien entonces era presidente del Parlamento gallego y que de una parte simplemente conocía al Sr. B. y, de otra, sí tenía relación con el Sr. O., como consecuencia de que con él —y en unión de un tercero— compartía las dependencias de un inmueble, en Madrid, en el que se hallaban sus despachos profesionales. En aquella conversación, el Sr. O. expuso al Sr. B. su deseo de solicitar la autorización para la puesta en práctica del juego de boletos en la Comunidad Autónoma de Galicia; materia transferida a la competencia de la Comunidad Autónoma con efecto de 1 de enero de 1985, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 228/85, de 16 de febrero y que, como quedó dicho, habría por entonces de ser legalmente promulgada. En aquella conversación, el Sr. O. hizo especial énfasis sobre el enfoque, planificación y proyectos de puesta en práctica del juego de boletos; cuestiones sobre las que afirmaba haberse preocupado, contrastando criterios organizatorios de implantación de tal modalidad de juego, en general y con referencia concreta a alguna Comunidad Autónoma en la que la misma venía desarrollándose. Al final de la entrevista, el Sr. B. indicó al Sr. O. se dirigiera a la Dirección General de Justicia y Gobernación, por ser éste el órgano competente sobre la materia; la Dirección General se hallaba entonces ubicada en calle República del Salvador, lugar distante del en que tenía su sede el titular de la Consellería, y que por dicho motivo tenía registro propio e independiente en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

II. El 28 de octubre de 1985 el Sr. O. presenta en la mencionada Dirección General (n.º de registro de entrada 3428), en nombre de la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.», la siguiente solicitud: «ILMO. SR.: SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., representada por don Juan Carlos O. F., con domicilio en Madrid,

S. 6, y D.N.I., n.º ..... comparece ante V. I. y EXPONE: Que la recientemente aprobada Ley del Juego en el territorio de la Comunidad de Galicia, admite la posibilidad de organización de juego de boletos, mediante autorización administrativa. Que la sociedad que representa cree reunir la totalidad de los requisitos exigidos en la normativa aplicable para ser titular de una autorización administrativa para poder organizar el juego de boletos. Que dicho juego, cuyas mínimas normas de organización se adjunta, goza de la transparencia debida para evitar situaciones fraudulentas y se plantea desde el principio de respeto a los derechos del jugador, con una devolución del dinero recaudado en premios, en proporción al 50 por 100, así como las posibilidades del debido control por parte de la Administración. Por lo que SUPLICA a V. I. tenga por presentado este escrito y tras las comprobaciones e informaciones técnicas que V. I. tenga por conveniente, se digne conceder, de acuerdo con la normativa vigente en Galicia, a SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., la autorización administrativa para la organización del juego de boletos. Santiago, 9 de octubre de 1985. Firmado. Juan Carlos O. F.» De esta solicitud se dio cuenta al Sr. B., y, en base a la misma, acordó, teniendo en cuenta el asesoramiento verbal de Organos Superiores de la Consellería, abrir el correspondiente expediente, al que se incorpora documentación sucesivamente presentada por el Sr. O. Transcurridos más de cuatro meses —período en el cual se había desarrollado un proceso electoral y formación de Gobierno— el procesado, que volvió a ocupar los cargos anteriormente señalados (vicepresidente del Gobierno y conselleiro de la Presidencia), dictó en el referido expediente la siguiente resolución: «VISTA la solicitud presentada por don Juan Carlos O. F., con D.N.I., n.º ....., con domicilio en S. 6, Madrid, en nombre y representación de la Sociedad General de Juegos de Galicia, S.A., con el objeto de que se le autorice la organización del juego de boletos previsto en el artículo 6.d) de la Ley Reguladora de los Juegos y Apuestas en Galicia, de 24 de septiembre de 1985. VISTO el R. D. 1067/81, de 24 de abril, en aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la mencionada Ley. CONSIDERANDO que la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., reúne los requisitos necesarios para la organización del juego que solicita y que las Normas de desarrollo que propone se ajustan a lo previsto en la reglamentación vigente. CONSIDERANDO que es conveniente para la organización y control del desarrollo del citado Juego de Boletos, el otorgamiento del mismo a una persona jurídica con carácter de Sociedad Mercantil, que se responsabilice de todos los aspectos de esta organización y su funcionamiento, y no directamente a los establecimientos particulares que actúen de expendedores, evitando así todos los gastos que supondría la creación de una administración exclusivamente dedicada a este fin. En virtud de las competencias que me otorga el artículo 23 de la Ley Reguladora de Juegos y Apuestas en

Galicia. RESUELVO Autorizar a la SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., el desarrollo de toda la organización del Juego de Boletos de Galicia, en sus diversas modalidades, previsto en el artículo 6.d) de la Ley Reguladora, en los siguientes términos: 1) la práctica y desarrollo del juego de Boletos en todas sus modalidades, se ajustará a las normas de esta autorización y a lo que se establezca en el Reglamento de dicho juego que se dicte por la Xunta de Galicia; 2) el juego a que se refiere la presente autorización se producirá mediante la adquisición de los boletos en los establecimientos previamente autorizados, a cambio del pago de un precio cierto, lo que posibilita, en su caso, la obtención de un premio en metálico; 3) únicamente podrá practicarse el juego con los boletos autorizados por la Consellería de la Presidencia; 4) el precio del boleto será fijado por esta Consellería a propuesta de la Sociedad organizadora, entre un máximo de 500 y un mínimo de 50 pesetas; 5) desde la notificación de la autorización presente la sociedad dispondrá de seis meses para formalizar ante la Consellería de Hacienda una fianza por importe del 20 por 100 del capital social y, en todo caso no inferior a cinco millones de pesetas, pudiendo utilizar la fórmula del aval bancario. Dentro del mismo plazo presentará las normas definitivas de organización del juego, que quedarán depositadas, un ejemplar en la Consellería de Presidencia y otro en la de Economía y Hacienda; 6) se prohíbe la venta de boletos a los menores de edad, y 7) la autorización se extinguirá por el incumplimiento de cualquiera de las prescripciones contenidas en la misma o en el Reglamento que regule el Juego de Boletos. Santiago, 18 de marzo de 1986». Esta resolución es comunicada con fecha 21 de marzo de 1986 (registro de salida de la Dirección General de Justicia y Gobernación, n.º 1022). No aparece probado que el procesado conociese que la Sociedad en cuya representación actuaba el Sr. O. no estuviese constituida. Con referencia a la fecha de autorización —18 de marzo de 1986— habían ya sido realizados los siguientes actos tendentes a la formalización de la Sociedad:

a) Certificación del Registro General de Sociedades Mercantiles (D. G. de los R. y del N.-M.º de Justicia) relativa a la denominación social —Registro de salida de 4 de octubre de 1985—; b) Solicitud de registro de nombre comercial-Registro de la Propiedad Industrial, figurando como solicitante a tenor del propio documento, «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., en vías de constitución, y, en su nombre y como socio gestor don Juan Carlos O.F.» —fecha de presentación de 28 de enero de 1986. La escritura de constitución se otorgaría el día 7 de abril de 1986 ante el Notario de Madrid don Isidoro L. T. R. (escritura, n.º 761/1986) y, según la misma, los comparecientes, don Juan Carlos O. F., don Fernando V. C. y doña María del Carmen O. F., constituyen la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.», cuyo capital social de 100.000 pesetas queda totalmente suscrito y desembolsado de



la siguiente forma: don Juan Carlos O. F., 98 acciones; don Fernando V., una acción y doña María del Carmen O., una acción; la inscripción registral se efectúa el 30 de junio de 1986.

III. Con posterioridad a la autorización de 18 de marzo de 1986, se impulsa por la Xunta, y más directamente por las Consellerías de Presidencia y de Economía y Hacienda, el desarrollo reglamentario de la Ley reguladora del Juego y Apuestas; desarrollo que cristalizó primeramente en los Decretos 166 y 167/1986, de 4 de junio, por los que se aprueba el Catálogo de Juegos de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula el juego de boletos respectivamente (D.O.G. de 13 de junio); por esta razón y dado que los criterios propugnados por la Consellería de Presidencia informadores de aquellas normas reglamentarias se caracterizaban por mayores rigorismo e intervencionismo de la Administración Autonómica, el procesado, contrastando el contenido de la autorización efectuada y la proyectada regulación —próxima a aprobarse—, recaba, en los términos que se dirá, sendos informes: uno, no formal, al Secretario General Técnico de la Consellería, Sr. G. C., y el otro, de manera formal, a la Dirección General de Administración Local y Gobernación, órgano entonces competente en materia relativa al juego; este segundo informe se recaba mediante nota interior —fecha 16 de mayo de 1986— que literalmente dice: «Adjunto le remito resolución de autorización de juego para que de forma reservada proceda a remitir informe con referencia a las cuestiones jurídicas que en la misma se plantean y posible anulación de dicha resolución.» Los informes emitidos, en forma oral por el Sr. G. C. y por escrito por el director General de Administración Local y Gobernación, Sr. S. B., son sustancialmente coincidentes en su contenido, que se refleja en el último de ellos —fecha 19 de mayo de 1986— y que dice: «ASUNTO: Informe sobre autorización a la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., para el desarrollo de la organización del juego de boletos de Galicia. Del examen de la resolución que se adjunta por la que se autoriza a la Sociedad de Juegos de Galicia, S. A., para el desarrollo de toda la organización del juego de boletos en sus diversas modalidades y analizados los condicionamientos que se imponen a la Empresa explotadora del citado juego, y a la vista del proyecto de reglamento que se está elaborando por esta Dirección General y de acuerdo con la petición de informe, he de señalar a V.E. lo siguiente: 1. La autorización considero que es perfectamente válida y produce los efectos jurídicos para los que fue otorgada, por los siguientes motivos: a) se fundamenta en la Ley Reguladora de los Juegos y Apuestas de Galicia [art. 6.d)], en el R. D. 1067/81, de 24 de abril, en relación con la Adicional Segunda de la Ley citada, y b) fue dictada por el Organismo competente (art. 23, Ley del Juego) y reúne los requisitos de los art. 40 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; es decir, el procedimiento es el que le corresponde y la resolución está motivada. 2. La autori-

zación puede darse *ex-novo*, sería lo más aconsejable previas conversaciones con el representante de la empresa adjudicataria para sugerirle la renuncia a tal autorización. Otro procedimiento sería el de la anulación de la misma previa declaración de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa (art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo). La declaración de lesividad podría realizarse por Orden de la Consellería (art. 56 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y esto es cuanto tengo el honor de informarle.» A la vista de tales informes, y según se desprende de los mismos, las alternativas reflejadas son puestas en conocimiento del Sr. Olano; el cual se desplaza a Santiago, siendo recibido en su despacho por el procesado, que tras breve conversación, le remite a los citados director general y secretario general técnico para que aborde con ellos la situación creada; después de las conversaciones mantenidas, y luego de consultar con sus abogados, días después —el 23 de mayo— presenta, dirigido al Sr. Conselleiro, el siguiente escrito: «JUAN CARLOS O. F., con D.N.I., n.º ....., con domicilio en Serrano, n.º 6, Madrid, en nombre y representación de la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., manifiesta a V. E. lo siguiente: 1. Después de las conversaciones mantenidas con el director general de la Administración Local y a la vista del proyecto que se está elaborando para la regulación del juego de boletos, hemos considerado que debíamos renunciar a la autorización concedida a esta Empresa para la organización del Juego de Boletos en Galicia, en fecha 18 de marzo de 1986. 2. En consecuencia, solicitamos de V. E., a) que acepte nuestra expresa renuncia a la autorización a la que hace referencia en el apartado anterior y b) que nuestra petición de autorización de fecha 28 de octubre de 1985, continúe viva, manteniendo su virtualidad y sea tramitada de acuerdo con el Reglamento que se apruebe y en competencia con las solicitudes que, con la misma finalidad, puedan presentarse.» A la luz de tal escrito, el procesado dicta la siguiente resolución, cuya redacción lleva a cabo el Sr. Director General: «DECRETO: vista la solicitud presentada por don Juan Carlos O. F., en nombre y representación de la Sociedad General de Juego de Galicia, S. A., por la que se solicita se acepte la renuncia a la autorización concedida a la empresa que representa, por esta Consellería, de fecha 18 de marzo pasado, para la organización del Juego de Boletos en Galicia, he resuelto aceptar la misma, manteniendo viva la petición de autorización de fecha 28 de octubre de 1985 para su tramitación acorde con el Reglamento que se apruebe y en competencia con las solicitudes que con la misma finalidad puedan presentarse. Santiago, 26 de mayo de 1986.» Estos dos últimos documentos carecen de cajetín de registro.

IV. En este estado de cosas, y en vigor el indicado Decreto regulador del Juego de Boletos, el procesado acuerda que a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del mismo, se incluya entre los

puntos del orden del día de la reunión de la Comisión del Juego que se habría de convocar para finales de agosto, el relativo a informe de las solicitudes del Juego de Boletos, que en número de veintidós, aparecían presentadas; algunas con anterioridad y otras con posterioridad a la fecha de publicación del Decreto regualdor (13 de junio de 1986); entre las primeras figuraban dos anteriores a la resolución de 18 de marzo; la suscrita por D. Carlos Andrés G. M., con número de registro de entrada 718 de 10-3-86 y naturalmente la correspondiente a la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S.A.», en virtud de la resolución adoptada con fecha 26 de mayo de 1986, antes transcrita, que, por lo que aquí interesa, decía: «[...] manteniendo viva la petición de autorización de 28 de octubre de 1985 para su tramitación acorde con el reglamento que se apruebe y en competencia con las solicitudes que con la misma finalidad puedan presentarse». La convocatoria —que tiene fecha de registro de salida 14 de agosto— fija el día de la reunión para el 26 de agosto, en la Delegación General de la Xunta de la ciudad de Pontevedra, e incluye como punto 4.º del orden del día el que textualmente dice: «Informe S/solicitudes presentadas *do Xogo* de Boletos»; asisten a la reunión como presidente el procesado Sr. B. en su condición de conseleiro e la Presidencia; como vicepresidente don Víctor S. B. como director general de la Administración Local y Gobernación, y como vocales, en representación de la Consellería de Economía y Hacienda el Sr. M. M., director general de Tributos y Política financiera; en representación de la Consellería de Cultura y Bienestar Social, doña María Luz A. G., directora general de Turismo; en representación de A.G.E.O., don José Serafín P. S., y don Juan Ramón B. B., y en representación de A.B.I.G.A., don José F. A., actuando como secretaria, doña Monserrat B. Ch. Al iniciarse la sesión, el vocal don Serafín P. S. (que como se dijo formaba parte de la Comisión en representación de A.G.E.O., sociedad de la que era presidente y una de las solicitantes de autorización del Juego de Boletos), presenta escrito, en el que por motivos personales renuncia a su condición de miembro de la Comisión, en la que le sustituye el allí ya presente Sr. B. B., que era asesor jurídico de la Sociedad A.G.E.O.; renuncia y sustitución que son aceptadas en el acto (punto 2 del acta de sesión); permitiéndosele al Sr. P. permanecer en la reunión.

V. En cuanto al desarrollo de la reunión aparecen probados los siguientes extremos:

a) Que por el director general de la Administración Local y Gobernación, Sr. S. B., se depositaron sobre la mesa las 22 solicitudes y los documentos con ellas aportados, así como un listado de sucintas anotaciones sobre cada una de las solicitudes.

b) Que éstas y la respectiva documentación estuvieron a disposición de los asistentes.

c) Que ningún vocal recabó de la Secretaría de la Comisión, durante el período comprendido entre la convocatoria y la reunión, datos o el examen de aquéllas.

d) Que se abordó al referido punto 4.º sobre el que se debatió durante diez o doce minutos, evidenciándose criterios discrepantes en torno al órgano competente para el otorgamiento de las autorizaciones; zanjándose la cuestión por el procesado quien puso de manifiesto que, legal y reglamentariamente, ello era competencia de la Consellería de la Presidencia, e inquirió a los asistentes un pronunciamiento sobre el referido punto 4.º, sin que conste la literalidad del mismo; requerimiento al que no se formuló objeción alguna por los asistentes entendiéndose que hubo beneplácito al trámite del informe. Redactada el acta, al día siguiente, conjuntamente por la secretaria de la Comisión doña Monserrat B. y el vicepresidente de la Comisión Sr. S. B., plasmaron ambos el acuerdo referente al específico punto 4.º en los siguientes términos: «Infórmense favorablemente as vinteduas solicitudes presentadas para a concesión *do Xogo* de boletos»; sin que en esta redacción hubiere intervenido directa o indirectamente el procesado el cual se limitó a poner el Visto Bueno en el acta. Esta plasmación gramatical fue objeto de dos sucesivas correcciones: la primera, en la reunión de la Comisión de 5 de diciembre de 1986. Al inicio de esta reunión el Sr. M. entregó en mano a los miembros de la Comisión un escrito de observaciones en relación con los puntos que componían el orden del día de la misma, reiterando su parecer favorable a que la competencia autorizatoria le correspondiera a la Consellería de Economía y Hacienda, y, de otra, su parecer favorable al otorgamiento «[...] a una asociación de empresarios de máquinas recreativas con implantación en Galicia que abarcara el mayor número posible de éstos...», y en particular en cuanto a la aprobación del acta de la sesión anterior de 26 de agosto dice: «[...] manifiesta el total desacuerdo con el proceso de adjudicación de la Comisión del Juego de Boletos por la falta de noticias recibidas y por la no aceptación de las sugerencias que en este punto se hicieron por la Dirección General de Tributos y Política Financiera (se adjunta fotocopia).» Y el caso es que el punto 4.º de la referida sesión de 26 de agosto fue «anotado» así: «Tomouse coñecemento e informouse favorablemente que se admiten a trámite as vinteduas solicitudes presentadas para concesión *do Xogo* de Boletos.» La segunda modificación de la redacción del punto 4.º del acta de la sesión del 26 de agosto de 1986, tuvo lugar en la sesión de 9 de marzo de 1987, en la que de nuevo a instancia del Sr. M., manifestando que no se había recogido fielmente su protesta correctora en la reunión de 5 de diciembre, se efectúa otra redacción en el sentido de suprimir «informouse favorablemente...» por estimar «*non se emitiu informe*», quedando redactado de la siguiente forma: «Tomouse coñecemento de que se admiten a trámite as vinteduas solicitudes presentadas para a concesión *do Xogo* de Boletos.» La composición personal de

las dos últimas reuniones era distinta entre sí y en todo caso respecto a la de 26 de agosto de 1986.

VI. El 28 de agosto de 1986 el procesado don José Luis B. R. dicta la siguiente resolución —escrito número de registro de salida 2957— «VISTAS las solicitudes presentadas en petición de que se les autorice la explotación, práctica y desenvolvimiento del Juego de Boletos de Galicia, previsto en el artículo 6.d) de la Ley Reguladora de los Juegos de Apuestas en Galicia, incluido en el Catálogo de Juegos de la Comunidad Autónoma de Galicia aprobado por Decreto 166/86, de 4 de junio y desarrollado en el Decreto 167/86 de la misma fecha, por el que se regula el Juego de Boletos. VISTO el informe emitido por la Comisión de Juego en Sesión celebrada el día 26 de agosto de 1986, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento citado. CONSIDERANDO que la solicitud presentada por don Juan Carlos O. F. en nombre y representación de la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., revisado el expediente, y aparte de ser la primera presentada se encuentra entre las que reúnen los requisitos establecidos en el Decreto Regulator del Juego de Boletos. En virtud de las competencias que me otorgan los artículos 23 de Ley de Juegos y Apuestas de Galicia y 16 del Decreto 167/86, de 4 de junio. RESUELVO: Autorizar a la SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., para la explotación, práctica y desenvolvimiento del Juego de Boletos en Galicia, quedando obligada, la Empresa explotadora, al cumplimiento de todos los condicionamientos y en los plazos previstos en el Reglamento aprobado, para la puesta en venta de los boletos. Esta autorización se concede por un período de tres años, que podrá prorrogarse por períodos iguales (art. 8), en atención a la buena marcha económica de la empresa y a los volúmenes mínimos de venta que oportunamente se determinen.». En relación a esta resolución de autorización, el D.O.G., n.º 210 de fecha 29 de octubre de 1986 publica la Orden del mismo procesado, y dice: «Ilmo. Sr.: En el Real Decreto 228/85, de 16 de febrero, sobre el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de casinos, juegos y apuestas y en la letra B.1.h) se transfiere a la Xunta autorización administrativa para el juego de boletos en la Comunidad Autónoma, que se hallaba regulado en el Estado por el Real Decreto 1067/81, de 24 de abril. La Ley reguladora de los juegos y apuestas de Galicia en su artículo 6.d) establece que la explotación, práctica y desarrollo del juego de boletos sólo podrá realizarse previa autorización administrativa que, según el artículo 23.a) de la misma Ley es competencia de la Consellería de la Presidencia. Posteriormente se incluye el juego de referencia en el Catálogo de Juegos de Galicia, aprobado por el Decreto 166/86, de 4 de junio y se desarrolla reglamentariamente por el Decreto 167/86, de la misma fecha. La autorización habrá de con-

cederse a aquella empresa que se considere más conveniente entre las que reúnan los requisitos establecidos en el Decreto, previo informe de la Comisión de Juego de Galicia. Antes de la aprobación del Decreto y después de su aprobación se presentaron múltiples solicitudes de demanda de autorización de la explotación de este juego. Estudiadas y ordenadas por fechas de presentación se someten a informe de la Comisión de Juego de Galicia, la que lo emite en el sentido de informar que todas reúnen los requisitos establecidos en el Decreto regulador. Considerando cumplidas las exigencias reglamentarias y habiéndose producido suficiente concurrencia de solicitudes se dictó Resolución en 28 de agosto, resolviendo sobre dicha autorización solicitada. En consecuencia, en virtud de las competencias que me otorgan los artículos 23 de la Ley 14/85, de 23 de octubre y 16 del Decreto 167/86, de 4 de junio, HE DISPUESTO: Artículo primero. 1. Autorizar a la "Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.", para la explotación, práctica y desenvolvimiento del juego de boletos de Galicia, quedando obligada la empresa explotadora al cumplimiento de todos los condicionamientos y en los plazos previstos en el Reglamento aprobado, para la puesta en venta de los boletos. 2. Esta autorización se concede por un período de tres años, que podrá prorrogarse por períodos iguales en atención a la buena marcha económica de la empresa y a los volúmenes mínimos de venta que oportunamente se determinen. Artículo segundo. Insértese en el Diario Oficial de Galicia para que la publicación de la presente Orden sirva de notificación a todas las empresas solicitantes de la organización, práctica y desarrollo del juego de boletos.»

VII. No aparece aprobada contraprestación económica alguna ni la existencia de otra motivación de carácter personal que influyese ilícitamente en el otorgamiento por el procesado de la autorización del Juego de Boletos a la «Sociedad de Juegos de Galicia, S. A.».

VIII. Con posterioridad a la autorización, el 5 de septiembre de 1986, el Grupo Franco y la entidad Cirsá, tras negociaciones con el Sr. O., adquieren por escritura pública la totalidad de las acciones de la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.», por su valor nominal y una cláusula a favor del Sr. O., mediante la cual éste percibiría, una vez puestos a la venta los boletos, una suma a modo de comisión de dicha venta que oscilaría, en función del número de boletos vendidos, entre 15 y 35 céntimos por unidad, hasta un importe máximo anual de 40.000.000 pesetas. Los nuevos accionistas elevan el 10 de septiembre de 1986 el capital social a 30.000.000 de pesetas. El cambio de accionariado y la ampliación de capital se comunican a la Xunta por sendos escritos con fechas de registro de entrada 25 de septiembre y 7 de noviembre de 1986.

IX. A consecuencia de una crisis del Gobierno Gallego ocurrida a finales de octubre de 1986, deja de pertenecer al mismo el procesado, pasando a ocupar el cargo de vicepresidente don Manuel Angel V. C., bajo cuyo mandato acaecen los siguientes hechos relacionados con el objeto del proceso:

a) Como consecuencia de previa desestimación de impugnación administrativa, se interpone por la entidad «Gallega de Boletos, S. A.» recurso contencioso, al amparo de la Ley 62/78; reclamado por la Sala de lo Contencioso el expediente administrativo a la Xunta, el recientemente nombrado Conselleiro de la Presidencia alega en defensa del acto impugnado, entre otras razones, las siguientes — escrito de alegaciones de 18 de noviembre de 1986— «A la vista de las mismas resulta absurdo, incoherente y temerario que esta sociedad reclame ante la jurisdicción la protección de sus derechos. Tenemos que entender, porque nada se dice en el requerimiento, que se acoge a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, en virtud de la transitoria 2.2 de la Ley Orgánica 2/79, es decir, desigualdad de oportunidades en el expediente, cuando, como queda dicho, se trata de una elección entre varias empresas que reúnan determinadas condiciones, entre las que se encontraba la reclamante, que a través de sus dos solicitudes ha dejado muy clara su sumisión a la normativa vigente representada por el Decreto 167/86, que ha sido cumplido estrictamente por la Administración. Ante estos hechos, resulta cuando menos sorprendente que cuando se resuelve por la Administración el expediente es cuando la empresa recurre considerándose dañada en su igualdad ante la Ley, y debemos de entender que de haber sido la favorecida no hubiera reproducido tal recurso en defensa de sus derechos, utilizando los medios que ofrece la Ley para los derechos fundamentales de la persona, cuando en realidad se trata de una sociedad y trata de meros intereses económicos. Esta Consellería se reafirma en la legalidad absoluta del otorgamiento realizado, en ejercicio de las competencias de apreciación del mejor y más conveniente modo de servir a los intereses jurídicos públicos de la Comunidad Autónoma, que se hallan adscritos a esta Consellería de la Presidencia por la legalidad vigente, resultando inaceptable la pretensión aducida de que tal decisión puede atentar contra derechos fundamentales de una sociedad, ya que de ser así, toda decisión de la Administración, podría ser, en definitiva, recurrida con tal pretensión, por el hecho de que la oferta de una empresa no fuese tomada en consideración por la Administración. Finalmente esta Consellería SUPLICA a la Sala tome en consideración las presentes alegaciones al objeto, en su caso, no admitir la posibilidad prevista en el artículo 7.2 de la Ley 62/78 en consideración a los altos intereses generales a que sirve la Administración de la Comunidad que precisa en todo caso de los intereses generados por las tasas fiscales que han de producir tal juego, y que, por otra parte, no produce

ningún daño irreversible en los intereses sociales que se pretende defender. Santiago de Compostela, 18 de noviembre de 1986.»

b) Por Orden de 9 de diciembre de 1986 (D.O.G. del 10) el Conselleiro de la Presidencia dispone: «Deixar sin efecto a resolución da Consellería da Presidencia recollida na Orde do 1 de Outubro de 1986, repoñendo as actuacións do expediente ó momento procedimental de recabar a preceptiva información do Ministerio do Interior relativo a Orde pública e seguridade cidadán.» Dicha Orden ha sido impugnada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la «Sociedad de Juegos de Galicia, s. A.», estando pendiente de resolución en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Con fecha 23 de enero de 1987 en escrito del Ministerio del Interior, que tiene entrada en la Xunta de Galicia el 29 de enero siguiente, dicho Ministerio informa favorablemente la solicitud, referente al Juego de Boletos, de la «Sociedad de Juegos de Galicia, S. A.».

c) Con fecha 7 de septiembre de 1987, en respuesta a interpelación parlamentaria, la Xunta de Galicia remite a la Cámara (B.O.P.G., n.º 175 de 6 de octubre) escrito en el que defiende la regularidad en la adjudicación por la Consellería de la Presidencia de la explotación del Juego de Boletos a la empresa «Sociedad de Juegos de Galicia, S. A.»

X. A mediados de septiembre de 1987 se cierra una situación de crisis política en la Comunidad Autónoma Gallega, consistente en la gestación, anuncio y presentación de una moción de censura contra el Gobierno de la Xunta; el debate parlamentario se desarrolla en la segunda quincena de septiembre; en el resultado de la moción reviste decisiva influencia la actitud del procesado que en unión de otros parlamentarios habían dejado de pertenecer a la minoría gobernante. En este estado de tensión y progresiva crispación políticas, y por esas fechas, don Angel M. C., que había sido Conselleiro de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta, y que, a la sazón, desempeñaba el cargo de delegado de la Xunta en Madrid, se entrevista en dicha ciudad con don Javier R. P., persona con la que ya anteriormente se había entrevistado don Mariano R. B., siendo vicepresidente de la Xunta; era objeto de tales entrevistas la posible existencia de un documento que podría ser comprometedor para el procesado don José Luis B. R., documento por cuya posible entrega u obtención se dieron por las personas intervinientes contradictorias versiones en el sumario y en el acto del juicio. Como consecuencia de la conversación del Sr. C. con el Sr. R., se desplazó aquél a Santiago (día 22 de septiembre) con el propósito de hacerse con tal imprecisa documentación en la Dirección General de Xusticia, Gobernación y Administración Local, con cuyo director general, Sr. S. B., se encuentra en la cafetería del complejo administrativo de la Xunta de San Caetano, y le pregunta si tenía fotocopias de documentación relativa a la autorización del juego de boletos a la «Sociedad General de



Juegos de Galicia, S. A.». El Sr. S. B. le manifestó que en su despacho se hallaba la documentación original; allí se trasladaron ambos, y sobre la mesa había dos carpetas: en una, documentación relativa a máquinas recreativas; en la otra, la referente al juego de boletos; al revisar las carpetas el Sr. C. se hizo con los documentos que aparecen relacionados en nota interior —fecha 22 de septiembre— que el Sr. S. B. remite al Conselleiro de la Presidencia en párrafo que se transcribe: «1. Nota interior del Conselleiro de la Presidencia, solicitando informe sobre escrito de autorización del Juego de Boletos de fecha 18 de marzo de 1986, anterior a la toma de posesión del que suscribe. 2. Informe emitido por el director general sobre la validez de la autorización, con soluciones alternativas. 3. Escrito del adjudicatario renunciando a la autorización concedida. 4. Decreto del conselleiro de la Presidencia, aceptando la renuncia. 5. Copia de la autorización del Juego de boletos, de 28 de agosto de 1986.» El Sr. C. lleva estos documentos a la Sede de la Xunta en el Palacio de Raxoi; después de una deliberación de altos cargos de la Xunta, deciden formular denuncia ante el Juzgado de Guardia de Santiago de Compostela; entre los documentos que se aportan con la denuncia no se incluye ninguno de los que integraban el expediente referido en la nota interior antes transcrita.

XI. Al día siguiente de la formulación de la denuncia se vota y se aprueba en el Parlamento gallego la moción de censura, con el consiguiente cambio en el Gobierno de Galicia.

## 1. INTRODUCCION

En sentencia de 17 de septiembre de 1990 el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) condenó al ex vicepresidente de la Xunta de Galicia, Xosé Luis Barreiro Rivas, como autor de un delito de *prevaricación* (1) del párrafo 1 del art. 358 del Código Penal, sin la concu-

---

(1) La prevaricación fue la única figura delictiva imputada por el Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas. Ello no obstante, conviene aclarar que el escrito de denuncia (vid. epígrafe X de los hechos probados) formulado por altos cargos de la Xunta se basaba exclusivamente en los delitos de *falsedad* y *cohecho*. Con posterioridad, en el auto de procesamiento, dictado por el pleno de la extinguida Audiencia territorial, se desestima la imputación de la *falsedad*, se mantiene la del *cohecho* y se añade a esta última la acusación de un delito de *prevaricación*. Finalmente, sin embargo, el Fiscal solicitó el sobreseimiento del número 1 del art. 641 de la LECrim con relación al *cohecho*, puesto que —como señalaba el TSJG en su sentencia—, tras una exhaustiva investigación del patrimonio del procesado, de su esposa y de personas a él allegadas (análisis e inspección de cuentas corrientes, investigaciones policiales, certificaciones de Hacienda y de los Registros públicos, informes periciales de peritos contables y arquitectos, etc.), los resultados fueron exculpatorios.

rrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de inhabilitación especial. De este modo, el TS casa y anula la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) el 3 de octubre de 1989, en la que se absolvía al procesado del delito imputado (2).

Sobradamente conocida por la notoriedad del personaje enjuiciado, la sentencia del TS posee además, en sí misma, un indudable interés jurídico, debido a la diversidad de cuestiones sugestivas que plantea.

Cuestiones, ante todo, relativas al delito de prevaricación de funcionarios (tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo), aunque trascienden incluso en alguna medida los límites de esta figura delictiva, al vincularse a problemas generales de la ciencia penal, que en la actualidad ocupan un lugar destacado en la atención de la doctrina científica.

Asimismo, la sentencia del TS ofrece, por añadidura, un interés constitucional, que será comentado brevemente al hilo del recurso de amparo presentado por Barreiro, el cual no fue ya siquiera admitido a trámite por el Tribunal Constitucional (TC) (3).

## 2. EL RECURSO DE CASACION DEL MINISTERIO FISCAL

Contra la sentencia dictada por el TSJG, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley, basado en los siguientes motivos: en primer lugar, por error de hecho en la apreciación de las pruebas; en segundo lugar, por falta de aplicación del art. 358-1 del Código Penal.

El TS desestima el primer motivo del recurso de casación, al entender que, para que dicho motivo prosperase, sería «necesario acreditar que la apreciación del Tribunal *a quo* fue errónea en base a una prueba documental propiamente dicha no contradicha por otra u otras y además que la equivocación sufrida tenga incidencia en la parte dispositiva de la sentencia, nada de lo cual ha ocurrido en este supuesto». No obstante, el TS estima que procede admitir el segundo motivo de casación.

---

(2) La sentencia del TSJG incorporaba un voto particular, formulado y redactado conjuntamente por dos de los cinco magistrados que componían la Sala de lo Penal del Tribunal gallego, en el que se disintió del parecer de la mayoría y se decidía que el procesado debía ser condenado por el delito del art. 358-1.

(3) El recurso de amparo fue elaborado por los letrados defensores (mis colegas los profesores H. Oliva e I. Ayala) y, gracias a su amabilidad, pude tener acceso al contenido del mismo. El 12 de noviembre de 1990 la sección cuarta de la sala segunda del TC (compuesta por los magistrados Gabaldón López, Rodríguez Bereijo y Rodríguez-Piñero), mediante una providencia, acordó por unanimidad no admitir a trámite la demanda, al entender que ésta «carecía manifiestamente de contenido constitucional».

En resumidas cuentas, lo primero que debe ser resaltado en el presente caso es que el TS considera probados *los mismos hechos* que, en su día, habían servido de base a la sentencia absolutoria del TSJG: el TS asume, por tanto, el relato fáctico del Tribunal gallego como verdad procesal intangible, pero entiende que los hechos que el TSJG declaró probados y que le condujeron a absolver al procesado son, en cambio —en su opinión—constitutivos de un delito de prevaricación.

### 3. LA FUNDAMENTACION JURIDICA DEL TS: LA TEORIA DE LAS INFERENCIAS

El recurso de casación prospera, por consiguiente, no porque haya existido error en la apreciación de la prueba, sino porque, dados los hechos declarados probados por el TSJG, se estima que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo (motivo de casación previsto en el número 1 del art. 849 de la LECrim), al no haberse aplicado el art. 358-1 del Código Penal.

Ahora bien, la *peculiaridad* de este caso reside en la circunstancia de que, para fundamentar su sentencia condenatoria, el TS recurre además a la *teoría de las inferencias*, o sea, a «los llamados por la jurisprudencia juicios de valor, que esta Sala puede obtener, positiva o negativamente, al enjuiciar hechos psicológicos desde la perspectiva de la lógica, de la racionalidad y de las reglas de la experiencia humana» (p. 25 de la STS).

A mi juicio, sin embargo, los hechos probados deberían haber conducido a una sentencia absolutoria, tal y como entendió el TSJG, sin que, por otra parte, semejante conclusión, en modo alguno, pueda quedar desvirtuada a través de la aludida teoría de las inferencias.

En efecto, en mi opinión, el TS no logra rebatir la sólida fundamentación jurídica de la sentencia absolutoria del Tribunal de instancia y, por su parte, ofrece una argumentación a la que se pueden oponer objeciones de diferente tenor.

Ante todo, un reparo que refuta la premisa: el TS altera, en aspectos de relieve, los hechos que el TSJG declaró como verdad procesal. En segundo lugar, en la esfera de la antijuridicidad no puedo compartir, en cualquier caso, las razones de la subsunción de la conducta del procesado en el tipo de injusto del delito de prevaricación. Por último, y con independencia de lo anterior, en el terreno de la culpabilidad me parecen cuestionables determinados aspectos en el marco del enfoque epistemológico escogido por el TS para la constatación de los elementos subjetivos del delito.

## 4. LA MODIFICACION DE LOS HECHOS PROBADOS Y LA PROBLEMATICA CONSTITUCIONAL

### 4.1. La alteración de los hechos

En el razonamiento del TS se produce una modificación de hechos probados que no puede ser justificada mediante la teoría de las «inferencias» de hechos psicológicos, puesto que, o bien se trataba de datos puramente objetivos, empíricamente constatables, o bien eran hechos incontestables, incorporados al relato fáctico (declarado intocable, no se olvide, por el propio TS) por el Tribunal *a quo*, en el ejercicio de la facultad de libre valoración y apreciación de la prueba.

Así ocurre claramente en dos de los presupuestos fácticos *básicos* de los que arranca la argumentación del TS, los cuales aparecen consignados en la conclusión general contenida en el primer considerando jurídico de la sentencia.

En efecto, por una parte, el alto Tribunal indica en su relato histórico que la solicitud efectuada por el señor Olano en nombre de la sociedad anónima, Sociedad general de juegos de Galicia (SGJG), fue presentada «*inexplicablemente*» antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley que iba a regular el juego en Galicia y «en representación de una sociedad, todavía inexistente..., datos estos que eran *conocidos perfectamente* por quien desempeñaba, como el procesado, un cargo tan relevante...». Sin embargo, comenzando por la segunda afirmación, al relato del TS hay que oponer (sin perjuicio de lo que se dirá *infra* en el epígrafe 7) que el TSJG reflejó en el resultando de hechos que «no aparece probado que el procesado conociese que la sociedad en cuya representación actuaba el señor Olano no estuviese constituida». Y, con respecto a la primera, hay que recordar, asimismo, que, a partir de los hechos declarados probados por el TSJG, no sólo no resulta «*inexplicable*» (y, como veremos después, sin que ello tenga, por supuesto, trascendencia penal alguna), sino al contrario, claramente explicable, que el Sr. Olano presentase dicha solicitud, dado que —como recogía el TSJG en su sentencia— en el momento de la presentación (28 de octubre de 1985) hacía ya más de un mes que se había aprobado por el Parlamento de Galicia la Ley reguladora de los juegos y apuestas (4). Tal circunstancia proporcionaba un conocimiento público de la materia, sin perjuicio, por cierto —subrayaba, como dato muy importante, el TSJG—, de que, en cualquier caso, la Comunidad autónoma gallega había asumido ya, previamente, la función relativa a la autorización administrativa para el juego de bole-

---

(4) La sesión se celebró el día 24 de septiembre de 1985 y la ley fue publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia (n.º 475) el día 30 del mismo mes.

tos (5) y dicha función había sido asignada al Conselleiro de la Presidencia (6), lo cual ofrecía una cobertura normativa en la materia.

El segundo presupuesto fáctico modificado por el TS consiste en entender que «ni siquiera se había publicado... la Ley correspondiente cuando se hizo la primera concesión». Con este aserto se incurre, lisa y llanamente, en un craso error a la hora de la determinación de las fechas, puesto que la primera de las autorizaciones efectuadas por Barreiro tuvo lugar el 18 de marzo de 1986, mientras que la —antes citada— Ley reguladora del juego (Ley 14/1985, de 23 de octubre) fue publicada en el *Diario Oficial de Galicia*, el 20 de noviembre de 1985. La cuestión reviste notoria importancia por cuanto en ella pone especial énfasis el TS para «calificar como doloso el comportamiento del procesado»: en efecto, lo «decisivo» para tal calificación, el «hecho nuclear» es —en palabras del TS— «que la concesión se hace, a espaldas de cualquier publicidad, antes incluso de tener cobertura legal para llevarla a cabo...».

Además de la modificación de los hechos en los presupuestos que se acaban de mencionar (y con independencia ahora de otras alteraciones que comentaré, a efectos expositivo, en otros apartados de este trabajo), interesa llamar la atención aquí sobre otras dos importantes variaciones en los hechos operadas por el TS.

En primer lugar, el TS explica el motivo de la anulación de la primera autorización de un modo que —en su opinión— permite evidenciar la «malicia» del procesado, habida cuenta de que éste «había incurrido en muy graves irregularidades». Sin embargo, con relación a este punto el TSJG explicaba, *como hechos probados* (y no como valoraciones jurídicas) de una manera muy distinta los criterios que movieron a Barreiro a proponer la anulación: criterios *válidos y legítimos* (7), sin que, por otra parte, de los antecedentes de hecho pueda colegirse, en forma alguna, (como se deduce de lo que se acaba de indicar y de lo que veremos posteriormente) la existencia de «muy graves irregularidades» en su actuación.

Por último, hay que destacar una divergencia sustancial en el relato histórico que efectúa el TS y que también le va a servir de prueba para fundamentar la condena del acusado. Se trata de lo sucedido en la sesión de la Comisión del juego de Galicia el día 27 de agosto de 1986. Centrándonos en este momento sólo en las conclusiones en las que un Tribunal y otro resumen su relato de los hechos, podemos observar algo sorprendente. Tras haber valorado exhaustivamente —asegura el TSJG en su sentencia— las pruebas, documental y testifi-

---

(5) En virtud del Real Decreto 228/1985, de 16 de febrero.

(6) A través del Decreto 45/1985, de 21 de marzo (*Diario Oficial de Galicia*, del día 2 de abril).

(7) Vid. *Infra*, 6.4.3.

cal, practicadas, se sienta como *hecho probado* —objetivo y constatable empíricamente— que en la aludida sesión «hubo beneplácito al trámite del informe». En cambio, el TS «infiere» que «no hubo, por tanto, y en la realidad, Informe de la Comisión del Juego» (8).

#### 4.2. El recurso de amparo y la providencia del Tribunal Constitucional

A la vista de lo que se acaba de exponer y de acuerdo con el contenido del recurso de amparo interpuesto por el procesado, procede efectuar una serie de precisiones desde la perspectiva constitucional.

En efecto, según se indicó anteriormente, la sección cuarta de la sala segunda del TC acordó mediante providencia de fecha 12 de noviembre de 1990 no admitir ya siquiera a trámite la demanda de amparo. Para adoptar tan drástica resolución, la aludida sección del TC estima que concurre uno de los supuestos de inadmisión fijados en la ley: «que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional» (art. 50.1, apdo. c), de la LOTC).

La resolución de la mencionada sección del TC es, a mi juicio, cuestionable. Para entenderlo así, y prescindiendo aquí del examen de otros derechos fundamentales (9), baste con examinar brevemente el que, a mi juicio, constituiría el motivo esencial del recurso y cuyo rechazo no aparece justificado por el TC: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse producido indefensión del acusado.

En este sentido, sobre la base de la alteración de los hechos reflejada en el epígrafe anterior, cabría construir el siguiente silogismo. Negar que existe una modificación de los hechos probados es imposible, toda vez que la comprobación de la misma pertenece al ámbito de lo irrefutable. En segundo lugar, negar que esos mismos hechos modificados han servido de base para fundamentar la condena sería negar la evidencia, puesto que es el propio TS el que reitera en diversas ocasiones que tales hechos acreditan —en importante e incluso decisiva medida— la injusticia de las resoluciones y la «malicia» del acusado. Pues bien, si a las proposiciones anteriores se añade que es doctrina inequívoca del propio TC estimar que hay indefensión cuando el juzgador «no se atiene al examen de los hechos que se consideren probados» (cfr., p. ej., STC 12/1987, de 4 de febrero), ¿cómo es posible que el TC afirme que el recurso de amparo carece *manifiestamente* de contenido constitucional y, por tanto, *ni*

---

(8) Vid. ampliamente *Infra*, 6.4.4.1.

(9) En la demanda de amparo se invocaban también: el principio de igualdad ante la ley y la presunción de inocencia. A lo largo del presente comentario se aludirá incidentalmente a tales derechos.

*siquiera* acepte que dicho recurso carece *simplemente* de tal contenido? El interrogante se ve reforzado, cuando se comprueba, además, la magnanimidad del alto Tribunal en sus admisiones a trámite.

El TC *no contesta*, desde el punto de vista de la *indefensión*, a la cuestión (ampliamente expuesta y plenamente documentada en el recurso de amparo) que, a mi juicio, podría calificarse de nuclear. Es cierto que se hace eco de ella en relación con la vulneración del principio de igualdad, apuntada de forma alternativa y subsidiaria por el recurrente: pero, sorprendentemente, el TC aclara que «una cosa es la vinculación a los hechos probados (hechos que pueden ser variados en casación —art. 849-2 LECrim—) y otra muy distinta que el TS quede vinculado por la calificación jurídica efectuada por el Tribunal de instancia». Nadie podrá poner en duda el aserto del TC, mas con ello en modo alguno rebate lo que se le plantea. Lo que se sometía a su consideración era que el TS, pese a decir que no modifica los hechos, sin embargo (*por error material o por aplicación indebida del criterio de las inferencias*) sí altera su sagrada «intangibilidad» (modificando incluso, por tanto, hechos *no contenidos* en el recurso del Fiscal) por una vía no permitida en el Ordenamiento jurídico, porque —es menester insistir en ello— no los varía por el cauce del citado art. 849-2 (10).

## 5. LA PROBLEMÁTICA JURIDICO-PENAL

### 5.1. La necesaria separación entre lo objetivo y lo subjetivo y el ámbito de la teoría de las inferencias

Pasemos a estudiar el aspecto jurídico-penal, ya que, con independencia de la problemática constitucional, lo cierto es que —como anticipé más arriba— no puedo compartir la idea de que los hechos

---

(10) Obsérvese, por lo demás, que el motivo de anticonstitucionalidad expuesto operaría con independencia de otra causa invocada en el recurso de amparo: la posible conculcación del derecho de defensa, por alteración de los términos del debate procesal. En efecto, el Fiscal *supeditaba expresamente* —como no podía ser menos— la apreciación de la prevaricación a la previa aceptación por parte del TS de todas o de algunas de las diez modificaciones de los hechos que solicitaba en su recurso; tales variaciones, empero, no fueron admitidas por el TS. Ciertamente, le asiste aquí toda la razón al TC cuando en su providencia razona que no se produce una incongruencia *extra petitia*, pero el problema radica, de nuevo, en que no era en la órbita jurídica donde la demanda de amparo impugnaba la incongruencia, sino en el terreno de lo *fáctico*, por vulneración del principio de contradicción procesal: la defensa *se limitó* en la vista oral (dada la inequívoca concatenación de los motivos casacionales) a rebatir las modificaciones postuladas por el Fiscal, el cual nunca sostuvo en su informe que con *los mismos hechos* declarados probados por el TSJG pudiera llegar a condenarse por un delito de prevaricación. En suma, ni la defensa tuvo oportunidad de demostrar, en segunda instancia, ante el TS que tales hechos no eran constitutivos de delito, ni, por supuesto, pudo defenderse nunca frente a las inferencias del TS.

anticipé más arriba— no puedo compartir la idea de que los hechos enjuiciados sean constitutivos de delito.

Efectivamente, en primer término, la resolución dictada por Barreiro no puede ser calificada —en mi opinión— de «injusta» y, por ende, no se puede formular ya el juicio de antijuridicidad característico de la figura delictiva de la prevaricación. Y esto es lo que me propongo demostrar a continuación.

Ahora bien, dado que esa demostración presupone también, al mismo tiempo, rebatir la argumentación del TS, resulta imprescindible efectuar una serie de consideraciones previas, referentes al razonamiento sistemático en Derecho Penal. Tales consideraciones van referidas a dos extremos: por una parte, a la necesidad de delimitar de forma nítida los aspectos objetivos que atañen a la antijuridicidad y los aspectos subjetivos que afectan a la culpabilidad; por otra parte, a la conveniencia de señalar con claridad qué papel desempeña en el razonamiento jurídico el proceso de las «inferencias».

Que lo que se acaba de indicar no es ocioso lo atestigua el hecho de que determinadas apreciaciones del TS pueden generar cierta confusión e inducir a algunos equívocos que de antemano convendría deshacer. En efecto, llegado el momento de examinar cuáles son las razones que fundamentan la prueba de la sentencia condenatoria, el TS realiza un análisis conjunto de lo objetivo y lo subjetivo (11), sin revelarnos con exactitud qué hechos son relevantes para la antijuridicidad y cuáles son, en cambio, determinantes para la culpabilidad. De este modo, no se respeta plenamente la necesaria separación entre ambos planos, de tal manera que, al socaire de la teoría de las inferencias, en la labor de fijación del juicio de antijuridicidad puede apreciarse en algunos casos una contaminación de referencias culpabilísticas, pertenecientes al ánimo del autor. Y ello hasta el punto de que en la argumentación del TS se llega incluso a efectuar una inversión metodológica: la (previa) convicción de que el procesado obró —a su entender— con «malicia» es utilizada posteriormente por el Tribunal para contribuir a fundamentar la existencia de un dato objetivo (así ocurre en la valoración del informe de la comisión del juego) (12).

En resumidas cuentas, en el marco de la sistemática causalista-valorativa (en el cual se desenvuelve la argumentación del TS) ha de quedar claro que la primera operación intelectual que debe llevar a

---

(11) Vid. pp. 29 y ss. En p. 29 de la sentencia el TS afirma que va a examinar «aquellos puntos de los que nace la prueba de que la resolución... fue injusta y dictada a sabiendas de su injusticia».

(12) Vid., *Infra*, 6.4.4.1. para una explicación detallada de la valoración que el TS efectúa de dicho informe.



cabo el intérprete consiste en averiguar, con arreglo a un juicio *objetivo* de desvalorización, si el comportamiento humano que se analiza puede ser calificado como antijurídico (en el presente caso, si un funcionario público ha dictado una resolución injusta en asunto administrativo y no concurre causa de justificación alguna). Sólo cuando ha llegado a la conclusión de que la conducta examinada es antijurídica, tendrá sentido que entre a dilucidar si la realización del tipo de injusto se ha verificado con dolo (malicia) y si la infracción de la norma de Derecho puede ser reprochada subjetivamente a su autor (juicio de culpabilidad).

Por otra parte, es evidente que, en la labor hermenéutica apuntada, el criterio de las inferencias debe quedar circunscrito exclusivamente, en cuanto método interpretativo, a constatar presupuestos *subjetivos* del delito, los cuales, precisamente por pertenecer al interior de la *psique* humana, sólo pueden ser acreditados a partir de datos externos, objetivos y probados.

Veamos entonces, con algo más de detenimiento, estas dos cuestiones por separado, con el fin de precisar algunos aspectos.

## 5.2. El carácter *objetivo* de la injusticia de la resolución

Puesto que no hay duda alguna de que en el supuesto comentado un funcionario público dicta una resolución en asunto administrativo, el interrogante que debe despejarse estriba en saber si dicha resolución merece ser calificada de «injusta», a efectos de integrar el tipo del párrafo 1 del artículo 358 del Código Penal. Y éste es el aspecto medular de la cuestión. Consecuentemente, la pregunta —objeto de indagación preferente por el TS— acerca de si el sujeto activo ha obrado con «malicia» (comprensiva de la conciencia de la antijuridicidad) sólo se puede contestar, obviamente, después de haber llegado a la conclusión de que la resolución fue injusta.

Por lo demás, interesa subrayar que —al margen ya de elementos subjetivos pertenecientes a la culpabilidad— existen ocasiones en las que, ciertamente, afirmar la presencia de algunos elementos del tipo de injusto comporta, inevitablemente, recurrir a momentos subjetivos; pero esto no ocurre en el delito de prevaricación, en el cual el juicio objetivo sobre la antijuridicidad recae, además, sobre aspectos exclusivamente *objetivos* de la acción. En nuestro Código Penal el requisito de la injusticia debe ser determinado con arreglo a pautas objetivas: la resolución citada ha de ser *objetivamente* injusta. La doctrina española se ha pronunciado al respecto de forma unánime con argumentos contundentes en favor de una caracterización objetiva de la injusti-

cia (13). Caracterización que, desde la perspectiva analizada, es perfectamente compatible, en su caso, con la adopción *parcial* de una teoría intermedia, como la llamada «teoría de los deberes» de Rudolphi (14), que podría ser utilizada como complementaria en aquellos supuestos en los que la ley ofrece diversas interpretaciones posibles (leyes multívocas y discrecionales).

### 5.3. La inaplicabilidad de la teoría de las inferencias en la interpretación de hechos objetivos

De todo lo anterior se desprende, por tanto, que la constatación de los elementos (incluida la «injusticia») del tipo de injusto contenido en el art. 358-1 debe llevarse a cabo con arreglo a pautas objetivas.

Sentado esto, es evidente que el recurso a la teoría de las inferencias de hechos psicológicos incurriría en una petición de principio, si pretendiese ser utilizado como método interpretativo para fundamentar la tipicidad del comportamiento. De acuerdo con la doctrina del TC y de la propia sala segunda del TS, el criterio de las inferencias se formula con el fin de poder constatar elementos subjetivos del delito (v. gr. *animus necandi*, *animus iniuriandi*) a través de datos externos —declarados probados en el juicio histórico— y, de esa manera, poder fundamentar la conclusión de que existió un determinado hecho delictivo, p. ej., un homicidio frustrado (y no simplemente lesiones) o un delito de injurias. Ahora bien, dicho criterio no se podrá adoptar, en un sentido inverso, o sea, para contribuir a valorar el significado de datos puramente objetivos.

Es cierto que el propio TS reconoce, correctamente, en el único fundamento de derecho de la nueva sentencia dictada cuál es la esfera de aplicación de la teoría de las inferencias (15), pero —según se

---

(13) Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, E.: «La prevaricación del funcionario público», Madrid 1980, pp. 353 y s. (En general, sobre las diversas teorías existentes, vid., pp. 337 y s.). Vid. también, García Arán, M., «La prevaricación judicial», Madrid, 1990, pp. 110 y ss.; Muñoz Conde, F., «Derecho Penal. Parte Especial», 6.ª ed., Valencia, 1990, pp. 749 y 751; Orts Berenguer, E., «Derecho Penal. Parte especial», Valencia, 1990, de Cobo-Vives-Boix-Orts-Carbonell, pp. 447 y 451.

(14) Rudolphi, H. J.: «Zum Wesen der Rechtsbeugung», en *ZStW*, 1970, pp. 611 y ss. Para los difíciles casos de aplicaciones de «leyes multívocas», de la «discrecionalidad» y, en general, de las decisiones «defendibles», se inclina en nuestra doctrina Octavio de Toledo (*op. cit.*, pp. 348 y ss. y 356) por recurrir a la teoría del autor alemán. Comparte esta idea, García Arán, *op. cit.*, pp. 118 y s.).

(15) Vid. pp. 48 y ss. de la STS. En concreto, tras un largo relato cronológico de todos los hechos, en p. 54 el TS distingue nítidamente la «injusticia» del elemento culpabilístico, y en relación a este último, encerrado en al expresión «a sabiendas», reconoce que es este elemento el que debe ser definido como «un hecho de naturaleza psicológica que sólo es detectable y descubrible en virtud de hechos exteriores...».

indicó— en determinados aspectos de la argumentación de la sentencia de casación se mezclan los planos objetivo y subjetivo, de tal suerte que entonces el proceso de las inferencias puede incidir en la exégesis de datos objetivos.

En otro orden de cosas, y una vez fijado el ámbito de operatividad de la teoría de las inferencias, conviene precisar que, en el caso que nos ocupa, la relevancia de la misma se presenta en términos *relativos*, en la medida en que la punibilidad del comportamiento de Barreiro no depende *tan sólo* de la comprobación del elemento subjetivo (o, al menos, no era esa la cuestión jurídica fundamental planteada por el TSJG). La sentencia absolutoria del Tribunal de instancia se basaba *ante todo* en sostener que, a la vista de los hechos probados, la conducta del procesado no podía ser considerada ya como típica, desde el momento en que la resolución dictada no se reputaba «injusta».

Innecesario es decir que el TS puede, naturalmente, llegar a la conclusión de que esos mismos hechos probados integran el tipo de injusto del delito de prevaricación; mas entonces hay que demostrar (sin anticipar momento subjetivo alguno y sin que sea posible recurrir a la teoría de las inferencias) que el razonamiento jurídico sobre la antijuridicidad construido en la sentencia del TSJG era erróneo y, consecuentemente, que la resolución era objetivamente injusta. Sin embargo, a mi juicio, el TS no demuestra ni una cosa ni otra.

#### 5.4. Conclusión. Precisiones sobre la «malicia»

En síntesis, de acuerdo con lo que se acaba de indicar, procede analizar a continuación, a la vista de los hechos probados, los argumentos invocados por el TS para afirmar la tipicidad del comportamiento, dejando de momento al margen toda la serie de inferencias basadas en hechos psicológicos que permiten al alto Tribunal acreditar la «malicia», dado que esto pertenece a otro (y posterior) nivel sistemático en la estructura de la teoría del delito. No obstante, antes de pasar a realizar dicho análisis conviene efectuar una serie de precisiones sobre la malicia al hilo de la argumentación seguida por el TS.

Resulta significativo, al respecto, comprobar cómo en la sentencia del TS se despliega ya desde el comienzo un especial empeño para acreditar la «malicia» con la que actuó el procesado. Parece como si —al haber quedado desvanecidas durante el proceso las sospechas de un móvil económico ilícito en la conducta del acusado— fuese nece-

sario acreditar la concurrencia de un especial propósito prevaricador previamente asumido (16).

El esfuerzo cobraría sentido si el tipo de injusto de la prevaricación exigiese un determinado móvil como elemento subjetivo de la antijuridicidad o bien si la determinación de la *injusticia* de la resolución se llevase a cabo sobre la base de un criterio subjetivo (17). Obsérvese, empero, que, de un lado, la *injusticia* de la resolución debe ser entendida —según se indicó— sobre la base de pautas objetivas y, de otro, que el tipo de injusto del delito de prevaricación no requiere elemento subjetivo alguno. El delito del párrafo 1 del art. 358 exige, ciertamente, que la resolución se dicte «a sabiendas»; pero este elemento anímico no pertenece al ámbito de la antijuridicidad, sino al de la culpabilidad, y, en consecuencia, se trata de una expresión que se identifica con el dolo y que no encierra, por tanto, más elementos que el conocimiento y la voluntad propios del dolo (18). Por consiguiente, el problema interpretativo que plantea la «malicia» en el delito en comentario es el problema común a todos los delitos dolosos: simplemente, se reduce a averiguar (de acuerdo con la concepción sistemática adoptada) si el sujeto activo conoce los elementos del hecho y su significación antijurídica y si, pese a ello, quiere ejecutarlos.

Y, en este sentido, hay que subrayar que en tanto en cuanto no se demuestre que la resolución fue objetivamente injusta (en los términos que veremos) ninguna relevancia comporta a efectos penales

---

(16) Es muy importante recordar aquí que, pese a que en el auto de procesamiento se imputaba un delito de *cohecho*, el Fiscal solicitó el sobreesimiento del n.º 1 del art. 641 de la LECrim, y así lo puso de relieve en el escrito de conclusiones definitivas. Ello no obstante, en este último se contenía una alusión imprecisa al móvil de la actuación de Barreiro («... bien, como parece más verosímil, por una contraprestación, o por otra causa...»), que fue objeto de puntualización por parte del TSJG en su sentencia. En efecto, en esta última se declaraba, por una parte, que tal alusión carecía de respaldo, puesto que ninguna actividad probatoria se había desplegado por la acusación en el acto del juicio oral respecto a este punto y, por otra parte, que, a tenor de la prueba practicada, el Tribunal erradicaba «del cuadro de motivaciones, en la actuación del procesado, todo lastre presuntivo que influya peyorativamente en la valoración de la conducta».

(17) Para una exposición (y crítica) de la teoría subjetiva, vid. por todos Octavio de Toledo: *op. cit.*, pp. 341 y ss.

(18) Y a la misma conclusión hay que llegar, si se parte de otra concepción sistemática del delito. En este sentido, claramente, con relación a la prevaricación judicial, vid. García Arán, *op. cit.*, p. 124 (quien subraya que la citada expresión no supone un especial elemento subjetivo del injusto distinto del dolo). Lo único que divide a la doctrina en la interpretación de este elemento anímico es la opinión sobre el *grado* de voluntad que el mismo implica, o sea, qué clase de dolo exige (directo o eventual), vid. ampliamente sobre esta cuestión Octavio de Toledo y Ubieto, *op. cit.*, pp. 364 y ss.

acreditar que todo el comportamiento del procesado respondió a un plan o designio unitario para llegar a una meta que previamente se había fijado. Por otra parte, del mismo modo cabe asegurar que, sin esa previa caracterización de la injusticia de la resolución, tampoco podrá hablarse, en forma alguna, de «malicia», en la medida en que tal elemento *presupone* el conocimiento de la antijuridicidad; precisión, esta última, que parece oportuna a la vista de algunas expresiones que se contienen en el razonamiento de la sentencia (19).

Por último, conviene dejar claro que, aun en la hipótesis de que se demostrase que Barreiro se hallaba plenamente convencido de estar dictando una resolución objetivamente injusta, no incurriría en responsabilidad penal alguna si su creencia era errónea y, en realidad, estaba decidiendo en forma objetivamente correcta (20). En este caso nos encontraríamos ante un supuesto de error «inverso» o «al revés» sobre un elemento del tipo y habría de ser considerado como un supuesto de delito putativo impune (21).

## 6. LO OBJETIVO

### 6.1. Consideraciones introductorias

Si el examen jurídico-penal de los hechos en su vertiente objetiva queda reconducido a la interpretación de la «injusticia», habrá que averiguar, por tanto, a continuación si la resolución dictada por el procesado puede ser calificada de penalmente *injusta*.

---

(19) Ello se evidencia sobre todo en págs. 29 y ss. de la sentencia de casación, en las que el TS examina con detalle «aquellos puntos de los que nace la prueba de que la resolución... fue injusta y dictada a sabiendas de su injusticia». En concreto, en p. 31 el TS llega a afirmar algo realmente sorprendente: tras poner de relieve una serie de *irregularidades administrativas* que —en su opinión— rodean a la *primera* resolución, concluye que todo ello «no se recoge para destacar determinadas irregularidades administrativas, sin duda graves, que podrían tener su correctivo en la vía correspondiente, sino para señalar las circunstancias concurrentes que por un proceso de inferencias... conducen al convencimiento de la *malicia* del procesado al dictar las *respectivas resoluciones*» (los subrayados son míos). Obsérvese, por tanto, que, según el TS, la existencia de unas puras irregularidades administrativas en el proceso de la *primera* resolución le van a conducir al convencimiento de la «malicia» empleada al dictar las *dos* resoluciones. Ello no resulta posible, desde el momento en que la palabra «malicia» se considere como equivalente a *dolus malus* (intención jurídicamente desaprobada). Vid. ulteriores aclaraciones *infra*, nota 32. Por lo demás, si el vocablo «malicia» se desvincula del conocimiento de la antijuridicidad, una de dos, o las reflexiones del TS carecen de sentido o es de aplicación lo que a continuación se expone en el texto.

(20) Cfr. Octavio de Toledo y Ubieta, *op. cit.*, p. 369.

(21) Cfr. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, TS, «Derecho Penal. Parte general», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 514.

Ahora bien, para dar cumplida respuesta a este interrogante es imprescindible efectuar unas precisiones acerca de cómo ha de ser concebido el vocablo «*injusta*» en el seno del precepto contenido en el art. 358-1, completando así las consideraciones realizadas en el apartado anterior.

Partimos ya de la base de que el término «*injusta*» tiene que ser interpretado conforme a pautas exclusivamente objetivas. Pues bien, resulta obligado subrayar ahora que esa exégesis (objetiva) de la injusticia de la resolución tiene que basarse, además, en el bien jurídico que se tutela en la norma, puesto que el elemento «*injusta*» es un elemento necesariamente conectado al bien jurídico y limitado por éste (22). Asimismo, en el marco de esa exégesis tampoco se puede desconocer que el bien jurídico no puede ser entendido de un modo formalístico, sino de una manera plenamente sustancial, que respete escrupulosamente el principio de intervención mínima del Derecho Penal (23).

Ambas cuestiones son muy importantes en el caso que nos ocupa y, por ello, merecen un análisis separado y previo al estudio de las circunstancias fácticas señaladas por el TS en su sentencia para fundamentar la antijuridicidad del comportamiento de Barreiro.

## 6.2. El concepto de injusticia y el bien jurídico

Si la injusticia y el bien jurídico son elementos del tipo de prevaricación que se hallan interrelacionados, resultará necesario partir de un concepto de bien jurídico lo más depurado y preciso posible, como requisito imprescindible para realizar una adecuada interpretación del término «*injusta*». Si esa necesidad es evidente, como principio general, en la tarea que debe presidir la interpretación de todo delito, se revela absolutamente decisiva en figuras como la de prevaricación de funcionarios (en la que corresponde a la categoría del bien jurídico la misión de servir de límite básico al *ius puniendi* estatal) y, en concreto, en supuestos fácticos en los que —como el que comentamos— la antijuridicidad únicamente puede ser fundamentada sobre la base de una conceptualización rigurosa del objeto jurídico tutelado.

Que lo anterior posee trascendencia lo demuestra el hecho de que tanto en la sentencia del TS como en el voto particular (condenatorio) del TSJG se adopta una noción de bien jurídico dotada de una generalidad y amplitud tales, que no resulta plenamente adecuada para definir el elemento típico de la injusticia y, por tanto, para fun-

---

(22) Vid. Octavio de Toledo y Ubieta, *op. cit.*, p. 388.

(23) Vid. Octavio de Toledo y Ubieta, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

damentar la antijuridicidad penal característica del delito de prevaricación.

En efecto, para el TS el bien jurídico reside en «el normal funcionamiento de la Administración pública, que ha de estar siempre e incondicionalmente al servicio de la colectividad y de los ciudadanos» (24). Semejante configuración podría (siempre que se pusiese el acento en la condición de servidora social de la Administración ante la sociedad) invocarse como bien jurídico *genérico* del precepto contenido en el art. 358-1, pero no puede acogerse como bien jurídico específico y concreto que sirva de criterio básico de interpretación del término «injusta» y que dote de sentido jurídico-penal a un determinado funcionamiento anormal de la Administración.

El bien jurídico apuntado ha de ser, por tanto, concretado. Y, a mi juicio, ha de ser concretado —de acuerdo con la exposición de Octavio de Toledo— en función de la cualidad más esencial que debe acompañar su ejercicio: la *legalidad*. En suma, la inclusión de la prevaricación de funcionarios en el catálogo de delitos está llamada a preservar «la legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios»; legalidad que, por lo demás, debe ser concebida como «ordenamiento jurídico íntegro» (25). Consecuentemente, sobre la base de esta premisa exegética habrá que analizar posteriormente las circunstancias que condujeron a la resolución dictada por el procesado, a efectos de determinar si la misma debe ser adjetivada de injusta.

### 6.3. El concepto de injusticia y el principio de intervención mínima

Todo el proceso de determinación de un bien jurídico dotado de precisión y concreción, que desemboca en la adopción del mencionado objeto jurídico específico en sentido técnico, exige ser completado por ulteriores consideraciones.

El rechazo de una concepción formalista del citado bien jurídico en el delito de prevaricación administrativa debe apoyarse sobre todo en la operatividad del principio de intervención mínima, el cual impone un absoluto respeto a los caracteres de fragmentariedad y subsidiariedad que informan el Derecho Penal.

---

(24) STS, p. 36. Mayor vaguedad posee la noción del bien jurídico con la que opera el voto particular del TSJG, al afirmar que consiste «en la pureza de la función pública, entendida no con un afán programático o moralizante, sino como la necesidad de exigir la rectitud en la actuación pública, de la cual depende decisivamente la buena marcha de la comunidad». Una crítica contundente sobre semejante configuración del bien jurídico puede verse en Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 297 y ss.

(25) Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 314 y ss.

En este sentido, ha de ser destacado el hecho de que el TSJG en su sentencia absolutoria invocase el principio de intervención mínima como criterio interpretativo del elemento de la «injusticia» de la resolución, habida cuenta de que dicha invocación resultaba correcta y obligada en una figura delictiva como la de prevaricación de funcionarios.

Por idéntico motivo, hay que poner en tela de juicio, en cambio, el razonamiento utilizado por el TS en uno de sus considerandos, cuando afirma (p. 34) que «el principio de intervención mínima... no puede servir de argumento para la no condena. En los supuestos de prevaricación la gravedad del hecho, tipificado como delito en la Ley penal, es notoria y alcanza, en una jerarquía de desvalores, uno de sus primeros lugares».

El razonamiento no puede convencer. En efecto, el principio de intervención mínima no es *solamente* una exigencia dirigida al legislador, sino que *también* es una exigencia dirigida al intérprete (juzgador) para que —entre otras cosas— no recurra al Derecho Penal en aquellos supuestos en los que las infracciones del Derecho puedan ser eficazmente corregidas con la intervención de otros sectores del Ordenamiento jurídico. En otras palabras, el principio de intervención mínima puede y debe operar, además, como criterio interpretativo de *injustos tipificados*, como es el del art. 358 párrafo 1 (26).

Sentado esto, es obvio, por lo demás, que en modo alguno puede admitirse la afirmación de que la prevaricación de funcionarios sea, ni *de lege lata* ni *de lege ferenda*, un delito que ocupe uno de los primeros lugares en la jerarquía de desvalores del Código Penal.

Por último, conviene subrayar que la argumentación del TS entra en contradicción con la escasa aplicación de la que ha sido objeto el delito del art. 358-1 en el propio repertorio jurisprudencial del alto Tribunal, cuyo fundamento debe encontrarse precisamente en la vigencia indiscutible del principio de intervención mínima en el ámbito de esta figura (cfr. STS 2-XI-1978) (27).

## 6.4. Los hechos pretendidamente reveladores de la injusticia

### 6.4.1. Introducción

Una vez efectuadas las precisiones necesarias para la correcta hermenéutica del elemento «injusta» en el seno del art. 358, estamos en

---

(26) Vid. Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 330 y s.; Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 451.

(27) Haciéndose eco de la misma vid en este sentido Orts Berenguer, *ibidem*. Sobre la base de la vulneración del principio de intervención mínima se construyó en el *recurso de amparo* una interesante argumentación constitucional, que conducía a demostrar la infracción del principio de igualdad ante la ley.



condiciones de examinar aquellos hechos que, a juicio del TS, sirven para acreditar la *injusticia* de la resolución.

Sin embargo, de nuevo hay que advertir que aquí se aprecia desde el primer momento cierta confusión en el razonamiento seguido por el TS para determinar la presencia del mencionado elemento típico. Ello vuelve a engendrar un equívoco que conviene poner de manifiesto.

Un equívoco que surge con independencia de la concreta interpretación de cada hecho en sí mismo considerado y que, por consiguiente, debe ser desvelado con carácter previo al análisis particularizado de las circunstancias fácticas que jalonan el proceso de autorización administrativa llevado a cabo por el acusado.

Por tanto, antes de abordar de forma individualizada las irregularidades que el TS deduce del resultando de hechos probados, es imprescindible poner de relieve dónde radica el equívoco apuntado y qué consecuencias se derivan de él.

#### 6.4.2. La confusión entre las dos resoluciones y la inseguridad acerca de los elementos caracterizadores de la injusticia

*Prima facie*, para el TS la injusticia de la autorización administrativa reside en que la misma «se concedió sin ningún tipo de publicidad, requisito indispensable en este tipo de actos administrativos, a quien había presentado una solicitud el 28 de octubre de 1985, inexplicablemente antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley que iba a regular dicho juego en Galicia y en representación de una sociedad, todavía inexistente...» (p. 25).

Esta es, al menos, la conclusión general que se contiene en el primer considerando jurídico que sirve para fundamentar la sentencia condenatoria.

Ahora bien, si esa conclusión encierra de forma sintética los elementos caracterizadores de la *injusticia* de la resolución, surgen inmediatamente varios interrogantes que el TS no aclara debidamente. Así, por un lado, cabría preguntarse si la existencia de otras posibles irregularidades mencionadas por el TS a lo largo de la sentencia poseen (y, en caso afirmativo, en qué medida) alguna repercusión jurídico-penal en la fundamentación del fallo (28). Por otro lado, sobre todo, hay que preguntarse qué papel desempeña cada uno de esos elementos en la determinación de la injusticia y, más concretamente, si todos ellos son decisivos para llegar a la convicción de la antijuridicidad del comportamiento del procesado.

---

(28) Recuérdese al respecto que en pp. 29 y ss. de la sentencia el TS menciona — al margen de los citados en el texto — otros hechos de los que nace la prueba de que la resolución fue injusta.

Tales interrogantes ostentan plena trascendencia para la correcta valoración de los hechos, puesto que —si nos centramos ahora en el segundo aspecto— se puede comprobar que, de los tres hechos básicos que, en la conclusión general, caracterizan la injusticia, dos (presentación inexplicable de la solicitud y no constitución de la sociedad) son circunstancias que no pueden ser tomadas en consideración a efectos de caracterizar objetivamente la injusticia porque no pueden ser vinculadas a la ejecución del injusto (no son factores que concurren en la tramitación de la autorización de 28 de agosto de 1986, sino que forman parte de la autorización, *posteriormente anulada*, de 18 de marzo) y, sobre todo, y por supuesto, porque —como reconocerá el propio TS— *no poseen relevancia* (objetiva) *penal*. A su vez, tampoco puede aceptarse plenamente la tercera circunstancia («sin ningún tipo de publicidad»), en la medida en que para su constatación se recurra —como veremos— a datos pertenecientes a la primera autorización (29).

A la vista de lo que antecede, cabría asegurar que si la quintaesencia del injusto de prevaricación se apoya (como, desde luego, indudablemente se da a entender en el primer fundamento jurídico) en los tres elementos aludidos, el apoyo cae por su base, cuando dos de ellos (30) no pueden en buena lógica ser invocados y cuando la constatación del tercero se fundamenta en datos parcialmente inadecuados.

Veamos entonces de manera algo más detenida el tema de la confusión entre las dos resoluciones.

En efecto, la afirmación del alto Tribunal de que «las dos resoluciones..., por formar un todo indivisible, no pueden individualizarse» no resulta sostenible desde el punto de vista *objetivo* que ahora interesa, a los efectos de acreditar el elemento de la *injusticia* (31). No sólo pueden individualizarse perfectamente, sino que además tienen que ser plenamente deslindadas, dado que, para resolver el *mismo* asunto administrativo, una sucede a la otra. El procedimiento administrativo

---

(29) Ello se evidencia ya en el fundamento jurídico n.º 3 de la sentencia del TS, en el que, para acreditar concretamente la falta de publicidad, se alude a circunstancias que rodearon la *primera* autorización, llegándose a afirmar que «ni siquiera se había publicado la Ley correspondiente» y que «el hecho nuclear es que la concesión se hace, a espaldas de cualquier publicidad, antes incluso de tener cobertura legal para llevarla a cabo». No se olvide, por otra parte, que, con independencia de la cuestión aquí examinada (la confusión entre las dos resoluciones), las concretas afirmaciones que se citan en esta nota constituyen en sí mismas un error del TS, tal y como señalé en el epígrafe 4.1.

(30) Obsérvese, por lo demás, que la mención de uno de esos datos presuntamente reveladores de la injusticia (la «inexplicable» presentación de la solicitud) es, asimismo, una *inferencia improcedente*, puesto que no encuentra apoyo en el relato de los hechos probados (según indiqué en el epígrafe 4.1) y, por ende, no podría poseer trascendencia penal alguna.

que conduce a la segunda resolución es absolutamente independiente y se rige por una normativa diferente a la que servía de base a la primera resolución, con la importantísima particularidad además de que ésta había sido previamente (y *de forma lícita*, según se indicará) anulada.

La aludida afirmación del TS únicamente puede admitirse en el terreno de lo *subjetivo*, o sea, en el sentido de que ambas resoluciones formarían un todo indivisible en la mente del autor, en la cual existiría una plan preconcebido orientado hacia la consecución una determinada meta.

Si ello es así, nada habría que objetar a la indivisibilidad (finalística) de las resoluciones, pero entonces volvemos al punto de partida: el diseño subjetivo unitario podrá atestiguar el conocimiento y la voluntad de ejecutar una determinada acción, pero *en absoluto* prejuzga la cuestión de la valoración *objetiva* de la conducta, ni, por supuesto, la calificación jurídico-penal de la misma en la esfera de la antijuridicidad. En suma, los hechos que conducen a la primera autorización, en modo alguno, pueden mezclarse, a efectos de tipicidad, con los hechos que rodean a la segunda autorización.

Y lo cierto es que es el propio TS el que viene posteriormente a avalar esta última opinión, al reconocer la nítida separación entre lo objetivo y lo subjetivo y, asimismo, al subrayar la *irrelevancia penal* —a efectos de tipicidad— de los hechos que se desarrollan antes de la primera autorización.

En este sentido, paladinamente se afirma, con respecto a los hechos que desembocan en la primera autorización, que éstos no se recogen «para destacar determinadas irregularidades administrativas, sin duda graves, que podrían tener su correctivo en la vía correspondiente, sino para señalar las circunstancias que por un proceso de inferencias... conducen al convencimiento de la malicia del procesado al dictar las respectivas resoluciones» (p. 31). Y, a renglón seguido, el TS añade que «todo ello es predicable de la primera de las resoluciones dictadas, pero como fue anulada, caso de no haberse pronunciado la segunda, el tema hubiera podido quedar reconducido a un problema de Derecho administrativo, con los consiguientes efectos de esta naturaleza» (p. 32).

---

(31) Es muy importante advertir que, para el TS, la imposibilidad de individualizar las resoluciones se proyecta tanto sobre lo subjetivo (culpabilidad) como sobre lo objetivo (*antijuricidad*). Así se deduce claramente del contexto global del párrafo en el cual se incluye la frase entrecomillada de la sentencia reproducida en el texto (p. 29): «una vez expuestas las ideas generales es procedente... examinar con algún mayor detalle aquellos puntos de los que nace la prueba de que la resolución (o las dos resoluciones...) fue *injusta* y dictada a sabiendas de su injusticia» (subrayado mío).

En definitiva, las tesis que evidentemente se deducen de tales considerandos son las siguientes: por un lado, las citadas irregularidades se tienen en cuenta solamente a los efectos de acreditar un elemento subjetivo (la «malicia» con la que actuó el procesado), pero no para fundamentar la antijuridicidad; por otro lado, todas las circunstancias que se suceden hasta la primera autorización únicamente serían constitutivas *por sí mismas* de meras irregularidades administrativas.

Pues bien, a mi juicio, ambas tesis deben ser compartidas, con la salvedad, lógicamente, de sustituir la palabra «malicia» por otra, como podría ser «intención», que no incluya todavía la conciencia de la antijuridicidad (32). De ahí que, en conclusión, y de acuerdo con este segundo planteamiento del TS, para despejar la incógnita que, de momento, nos ocupa (averiguar si existe una resolución *objetivamente injusta*) habrá que analizar *exclusivamente* los hechos que conducen a la segunda resolución.

#### 6.4.3. La irrelevancia objetiva de los hechos que conducen a la primera resolución y la licitud de los hechos posteriores que culminan en la anulación

A la vista de la conclusión obtenida en el apartado anterior, es obvio que la irrelevancia *objetiva* (a efectos de fundamentar la antijuridicidad) de los hechos que conducen a la primera autorización hace que carezca de sentido proceder ahora a realizar un examen de ellos. Por mi parte, simplemente quisiera poner de manifiesto que comparto dicha conclusión y que no albergo duda alguna acerca de la falta de trascendencia típica de los mismos, como, por cierto, demostró concluyentemente el TSJG en su sentencia de 3 de octubre de 1989. En efecto, dejando ya al margen los casos de modificación de hechos probados y prescindiendo ahora de aquellas circunstancias comunes a la segunda autorización, resulta evidente que la posible irregularidad formal que se imputaba en la sentencia no podía revestir caracteres de ilicitud penal: me refiero

---

(32) En efecto, la expresión del TS, antes mencionada, de que las irregularidades «conducen al convencimiento de la *malicia* del procesado al dictar las *respectivas resoluciones*» no puede ser admitida en los términos subrayados. Y ello porque, por una parte, si en la primera autorización sólo hubo meras irregularidades administrativas y, por tanto, no hubo un hecho penalmente antijurídico, es imposible que el procesado haya obrado con «malicia» al dictarla. Por otra parte, esas mismas irregularidades administrativas podrían conducir, en su caso, a *coadyuvar* (nunca a fundamentar plenamente) a demostrar la malicia del procesado al dictar la segunda autorización, pero para ello hay que acreditar previamente que ésta constituye un hecho antijurídico. Vid. además lo dicho *supra* en el apartado 5.4., especialmente en nota 19.

a la inexistencia de la forma societaria en la sociedad adjudicataria (33).

Ahora bien, en lo que atañe a la primera autorización, hay una cuestión muy importante, que tampoco aparece adecuadamente esclarecida en al sentencia del TS: la valoración de los hechos que se suceden después de la resolución de 18 de marzo de 1986 y que culminaron en al posterior anulación de la misma.

Como ya esboqué en un apartado anterior (34), el TS explicaba el motivo de la anulación de la primera autorización de un modo que, en su opinión, permitía evidenciar la «malicia» del procesado. Frente a semejante explicación, en este momento quisiera aclarar por qué se opera aquí una injustificada alteración de hechos probados.

Tal y como razonaba el TSJG en su sentencia, no se puede olvidar que en el acto del juicio quedó probada la motivación de plena licitud administrativa que determinó al procesado a recabar del Secretario general técnico y del director general competente sendos informes sobre la autorización otorgada (35), en los cuales, además, —interesa

---

(33) Con independencia del aspecto subjetivo referente al *conocimiento* de tal extremo (vid., *infra*, apartado 7), hay que subrayar que su irrelevancia a efectos de caracterizar la «injusticia» es indiscutible, tal y como se demostraba en la sentencia del TSJG y en el recurso de amparo. Por un lado, y ante todo, no se puede pasar por alto que, de acuerdo con los *hechos probados*, existía una voluntad de constitución societaria, que se reflejaba en actos formales de propósito real. Por otro lado, tanto una autorizada doctrina científica, como la *propia jurisprudencia del TS*, han venido otorgando eficacia jurídica a las actuaciones de las sociedades en constitución, aun cuando no hubiesen sido inscritas. Y no podría ser de otro modo, dado que en la propia normativa administrativa se contempla la posibilidad de que las sociedades que liciten o concurran en materia de juegos para conseguir una autorización no estén constituidas (así, p. ej., art. 7 del Reglamento de Casinos, O.M. de 9 de enero de 1979). Criterio que, por otra parte, ha sido asumido plenamente por la vigente Ley de sociedades anónimas (R.D. Legislativo de 22 de diciembre de 1989), la cual en su art. 15 concede plena validez, de forma inequívoca (resulta sorprendente, por ello, la invocación en sentido contrario que el TS hace en su sentencia) a los actos de sociedades no constituidas, pese a no haber sido inscritas. A la vista de todo ello, hay que descartar tajantemente que la circunstancia en comentario pudiera contribuir a fundamentar el injusto de prevaricación.

(34) Vid., *supra*, 4.1.

(35) La explicación de los (lícitos) motivos de la anulación aparece recogida como *hecho probado* (no como valoración jurídica) en el epígrafe III del relato histórico de una manera tan concluyente que no deja margen de duda alguno. Es el fruto de una valoración del conjunto de las pruebas (testificales y documentales) que se practicaron bajo los principios de oralidad e intermediación por el tribunal *a quo* en el acto del juicio oral. Por tales razones hay que discrepar de la opinión del TS, que llega a una conclusión opuesta, al socaire de la teoría de las inferencias, sin apoyarse en indicio alguno y sin ofrecer tampoco un razonamiento convincente que fundamente la alteración del sentido de los hechos. Compárese, al respecto, el resultando de hechos probados del tribunal *a quo* con el correspondiente considerando del TS: «vistas las muy graves irregularidades en las que el procesado había incurrido (sc., aquéllas de las que pos-

destacarlo— había coincidencia a la hora de entender que la autorización era «perfectamente válida».

Por otra parte, y con independencia de todo lo anterior, todavía quedaría por analizar el tema de la repercusión penal de la anulación de la autorización.

De acuerdo con el planteamiento que he seguido, dicho análisis resulta irrelevante en la argumentación sobre la antijuridicidad, desde el momento en que, detrás de la primera resolución, únicamente puede constatarse la presencia de meras irregularidades administrativas. Con todo, parece interesante apuntar la problemática que se suscitaba, aunque sólo fuera a efectos de «elucubración hipotética» —como, por cierto, llegó incluso a abordar el TSJG en su sentencia— (36), con relación a la consumación del hecho.

Por tanto, aun en el supuesto —hipotético también para el propio TS— de que las circunstancias que rodearon a la primera autorización pudiesen ser calificadas como antijurídicas (y, naturalmente, además se acreditase la *culpabilidad* del agente), cabría preguntarse qué alcance jurídico-penal podría otorgarse a la anulación de la resolución.

A mi juicio, la cuestión se resolvería con la aplicación de la institución del desistimiento voluntario de consumir el delito (o «arrepentimiento activo») (37), la cual excluiría la presencia de un hecho delictivo. Para entenderlo así, hay que partir de la base de que la autorización se anula antes de que la resolución hubiese consumado su eficacia jurídica (38) y, por consiguiente, antes de que se hubiese producido el resultado (consumativo) del hipotético tipo de prevaricación (39), en atención a lo

teriormente dirá, por cierto, que no pasarían de constituir un mero problema de Derecho administrativo) al dictar la resolución..., se procedió después, por el camino que describe la sentencia de instancia, a dejar sin efecto la concesión, pero no para rectificar y deshacer el camino mal andado, sino como un simple expediente, como se comprueba por los acontecimientos posteriores, para volver a la misma solución, con una apariencia de mayor corrección formal que tampoco se consiguió, pero con el mismo contenido sustancialmente injusto...».

(36) En efecto, situados en esa hipótesis, el TSJG indicaba que, debido a la anulación, la tesis acusatoria generaría graves inconvenientes sobre la antijuridicidad (también sobre la culpabilidad) de la actuación del procesado referida a la autorización de 18 de marzo de 1986. Este tribunal mencionaba correctamente la problemática que, en especial, surgiría en el aspecto de la consumación del hecho delictivo.

(37) Cfr. Cobo-Vives; *op. cit.*, p. 558, en el sentido de estimar que en la frustración no cabría, en rigor, desistir, al tratarse de una conducta acabada.

(38) Art. 7, n.º 4, de la Ley 14/1985, de 23 de octubre, sobre juegos y apuestas en Galicia.

(39) Estimo plenamente correcta la tesis que considera que el *resultado* del delito de prevaricación del art. 358 del Código Penal viene constituido por la «resolución», la cual debe reunir «todos los requisitos jurídico-administrativos exigidos por la ley para los actos o las normas, en el sentido de requisitos necesarios para entrar en el tráfico jurídico» (Octavio de Toledo, *op. cit.*, p. 402).

cual sólo existiría una prevaricación *frustrada*. Por lo demás, a la vista de los hechos probados, resulta claro que el desistimiento (o «arrepentimiento») sería, por un lado, *activo* y, por otro, *voluntario*: activo, porque el agente hace algo que impediría que la ejecución ya completa produjese el resultado (40); voluntario, dado que, sea cual sea la clase de criterio (41) utilizado para precisar la voluntariedad del desistimiento, resulta innegable que semejante requisito concurriría en el caso que nos ocupa (42).

Finalmente, con relación al tema de la anulación hay que mencionar aquí un hecho que, si bien podría ser abordado en el apartado siguiente —por pertenecer en rigor al *iter* de la segunda autorización—, se contiene en la misma resolución (redactada por el director general) en la que se acepta la renuncia: la concreta decisión de otorgar validez formal a la solicitud de la SGJG de «mantener viva» su petición de autorización inicial para ser tramitada nuevamente de acuerdo con el Reglamento que con posterioridad se aprobase y en competencia con otras solicitudes que con la misma finalidad se presentasen. En lo que atañe a esta cuestión, hay que convenir con el TSJG en que, al margen de incorrecciones formales de carácter administrativo, el hecho no puede poseer repercusión penal alguna, habida cuenta de que, entre otras cosas, la decisión de referencia no determina la vinculación decisoria de futuro por parte de la Administración (43).

---

(40) Cfr. por todos Mir Puig, S., «Derecho Penal. Parte general», 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1990, pp. 382 y s. En el caso concreto que se analiza está claro que es Barreiro el que suscita la ineficacia, al proponer a la SGJG la alternativa reflejada en el resultando de hechos probados. Y si no se llega a una actuación administrativa declarativa de ineficacia (por lesividad para el interés público), es precisamente porque la SGJG opta por presentar su renuncia, que es aceptada por el procesado.

(41) Vid. Muñoz Conde, F., «El desistimiento voluntario de consumir el delito», Barcelona, 1972, pp. 83 y ss.; Rodríguez Mourullo, G., «Comentarios al Código Penal», tomo I, Barcelona 1972, pp. 133 y ss. Una exposición resumida, con indicaciones bibliográficas, en Mir Puig, *op. cit.*, pp. 380 y ss.

(42) Dejando al margen —por inaceptables— las teorías psicológicas (según las cuales, desde luego, existiría plena voluntariedad en el caso enjuiciado), no se puede desconocer que, de acuerdo con pautas valorativas, el desistimiento habría de ser calificado sin duda de «voluntario», toda vez que del relato de *hechos probados* se deduce inequívocamente que la actuación del procesado obedeció a un motivo susceptible de una valoración jurídica positiva (vid. por todos Mir Puig, *op. cit.*, p. 381), la cual, por supuesto, eliminaría la necesidad de pena desde la perspectiva de sus fines preventivo-generales y especiales (vid. Muñoz Conde: *op. cit.*, pp. 100 y ss.; Octavio de Toledo-Huerta, «Derecho Penal, P. G.», 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1986, pp. 459 y s.). Como ponía de relieve el propio TSJG en su sentencia con respecto a la actuación que da lugar a la anulación, «las razones expuestas por el procesado y las de los dos funcionarios... —declaraciones sumariales y en el acto del juicio— demuestran una licitud de comportamiento no sólo desde una perspectiva penal, sino también administrativa».

(43) Como subrayaba la sentencia del TSJG, la prioridad temporal de la solicitud no fue el elemento causal determinante de la decisión. La causa determinante se fundamentó en el elemento de oportunidad en la elección, en relación con la facultad amplia discrecional que la proposición normativa consagraba.

#### 6.4.4. Los hechos que conducen a la segunda autorización

Con relación a la autorización de 28 de agosto de 1986, el TS cita hasta cuatro irregularidades que aparentemente pudieran poseer relevancia penal, aunque no nos diga, en concreto, de forma explícita y con claridad, la trascendencia que cada una de ellas ostenta a efectos de fundamentar la *injusticia* de la resolución.

Una lectura más detenida de la sentencia revela, no obstante, que el hecho decisivo para integrar el tipo penal se circunscribe a la falta de convocatoria pública y de publicidad en el procedimiento administrativo que desembocó en la segunda autorización (44). Y no podía ser de otro modo, ya que a partir de una comprensión global de la sentencia se deduce que, en puridad de principios, ha de descartarse que los tres hechos restantes puedan contribuir a fundamentar (no se olvide, objetivamente) la *antijuridicidad* característica de la prevaricación.

En efecto, la falta de motivación de la resolución (45) y la ausencia del preceptivo informe del Ministerio del Interior (46) (irregularidades predicables asimismo de la primera autorización) fueron calificadas expresamente por el TS —según se indicó anteriormente— como meras irregularidades administrativas sin entidad penal. Por su parte, la cuarta irregularidad (la inexistencia del informe de la comisión del juego) se basa —como ya señalé— en una alteración de los hechos probados.

---

(44) Vid. especialmente pp 32 y 38 de la sentencia.

(45) De todas formas, interesa señalar que frente a la invocación de esta «grave» (así la califica el TS) irregularidad administrativa procede efectuar, básicamente, dos puntualizaciones, de las que ya se hacía eco el recurso de amparo: primero, de acuerdo con la disposición contenida en el art. 93 de la LPA (y la correspondiente jurisprudencia de lo contencioso-administrativo sobre este precepto) no creo que se pueda comparar la idea del TS de que la resolución en comentario carezca de una «sucinta» motivación; segundo, aun cuando, como mera hipótesis, se estime que no hubo una auténtica motivación, ello únicamente comportaría un vicio de anulabilidad o, incluso, en algunos supuestos una mera irregularidad no invalidante susceptible de subsanación, vid., STS 2-XI-1987 (RA 8762) y STS 31-XII-1988 (RA 10293).

(46) De nuevo, al igual que en el caso acabado de citar, hay que poner también aquí en tela de juicio la interpretación que lleva al TS a calificar la ausencia de dicho informe como «grave irregularidad administrativa». En efecto, para llegar a tal conclusión, el TS estima que el informe del Ministerio del Interior sobre materia de orden público tenía que ser «previo» a la resolución. Sin embargo, esta interpretación del TS (en contra del reo, además) carece de base legal —ya que en el RD de 6 de febrero de 1985 se afirma simplemente que el informe será «preceptivo y vinculante»— e ignora totalmente las razones expuestas por el procesado -reflejadas en el acta del juicio oral—, que sí fueron tomadas en consideración, en cambio, por el TSJG en su sentencia absolutoria, con la finalidad de demostrar que, por exigencias emanadas de las propias competencias de la Comunidad Autónoma, el informe tenía que ser, *necesariamente*,



En definitiva, en atención a lo expuesto, la única cuestión que correspondería abordar ahora es la referente a la falta de convocatoria pública y de publicidad, aunque, con carácter previo, parece oportuno comentar aquí determinados aspectos referentes al informe de la comisión del juego, al hilo de los considerandos del TS.

#### 6.4.4.1. *El informe de la comisión del juego de Galicia*

En lo que concierne a esta cuestión, a la que ya se aludió en otros apartados, quisiera aclarar simplemente por qué de la inferencia obtenida por el TS sobre el informe de la comisión del juego no puede nacer una prueba de que la resolución fue *injusta*.

Prescindiendo en este momento de la crítica que pueda merecer, en sí misma, la inferencia que el TS dice extraer del relato histórico (47), lo que ahora ha de rebatirse es que una «inferencia de hechos psicológicos» sirva como argumento para modificar un hecho objetivo, comprobable empíricamente, que había sido incorporado al relato de hechos *probados* por el TSJG. Un relato —no se olvide— que el TS asegura haber dejado *intocado*.

En efecto, el TSJG plasmó como *probado* en su relato que, en la reunión del 26 de agosto de 1986, ante el requerimiento de Barreiro —tras previo debate sobre el tema— para que la comisión del juego se pronunciase sobre el punto cuarto del orden del día («Informe S/ solicitudes presentadas *do Xogo* de Boletos»), «no se formuló objeción alguna por los asistentes entendiéndose que hubo beneplácito al trámite del informe» (48). Olvidándose de su propósito inicial de dejar intangible el relato fáctico, el TS considera, en cambio, que

---

*posterior a la resolución*, aun cuando hubiese de recaer antes de la obtención del correspondiente permiso de apertura, al cual se supeditaba la eficacia de la autorización. A mi juicio, tales razones resultaban, además, plenamente convincentes, puesto que si el informe tuviese que ser previo a la resolución de la autorización, la soberanía de la Comunidad gallega (fruto del traspaso de competencias en la materia), para decidir sobre su otorgamiento, quedaría desvirtuada: el Ministerio del Interior (en definitiva, la Administración Central) podría vaciar de contenido la autonomía concedida mediante el simple expediente de ir informando desfavorablemente a las diversas entidades que se propusiesen. Finalmente, y al margen de todo lo anterior, conviene recordar que —tras haber decretado la mera *anulación* del acto— el propio Ministerio del Interior no tuvo inconveniente alguno a la hora de emitir un informe favorable el 23 de enero de 1987, o sea, *con posterioridad* a la adopción de la resolución administrativa, confirmando que era posible otorgar el informe *ex post*.

(47) Desde el punto de vista de la propia constatación de los elementos subjetivos del delito. Vid. *infra*, apartado 7.

(48) Por lo demás, aclaraba de modo inequívoco el TSJG en su sentencia que «analizando conjuntamente la declaración de hechos probados y el fundamento jurídico 2 —apartado B) (sc., la ausencia de un delito de falsedad) se concluye, sin duda, que el

«prescindiendo del mayor o menor valor sustancial de dicha acta... lo cierto es que tal reunión, y ello es otra inferencia que esta Sala obtiene legalmente del relato histórico, era una simple pieza más en el camino que necesariamente tenía que recorrerse para tomar la decisión, ya asumida desde el primer momento, que de antemano sabía injusta,... No hubo, por tanto, y en la realidad, Informe de la Comisión del Juego porque las discrepancias eran tan importantes en cuanto a su redacción que no puede considerarse tal...».

Pues bien, aparte de la insalvable contradicción entre las conclusiones de ambas sentencias, repárese en el dato de que el TS está utilizando la teoría de las inferencias de hechos psicológicos para contribuir, en cierta medida, a fundamentar que no hubo informe (49), de tal manera que la convicción, vía inferencia, de que el procesado actuó con dolo («decisión, ya asumida desde el primer momento, que de antemano sabía injusta») se emplea para argumentar a favor de la ausencia de un hecho objetivo y objetivable (un informe), la cual, a su vez, es elemento demostrativo de la caracterización de un elemento objetivo del tipo (la injusticia de la resolución).

Ciertamente, el TS puede inferir legalmente del relato histórico que la citada reunión «era una simple pieza más en el camino... para tomar la decisión» y cubrir, así, «algunas mínimas apariencias de legalidad» —aunque, a mi juicio, la inferencia es injustificada— (50), pero ¿qué relevancia puede otorgarse a ello en la tarea de averiguar si hubo, o no, un informe? Precisamente, en esa labor interpretativa lo que sí interesa es «el valor sustancial del acta», y, desde esta perspectiva, he de efectuar dos consideraciones finales.

Por una parte, no se puede pasar por alto —el TS, en cambio, parece no tenerlo en cuenta— el dato decisivo de que ya en fase *sumarial* el TSJG (con *otros componentes*), sobre la base de todo el conjunto de pruebas recogido en el sumario, denegó el procesamiento (auto de 19 de junio de 1989), solicitado por el Fiscal, por una pre-

---

trámite ha sido cumplido». Agregaba el TSJG que, después de haber valorado exhaustivamente la prueba documental y la testifical practicada, había alcanzado la «plena convicción» (no como inferencia, sino como resultado de la valoración de todas las pruebas directas existentes) de que «se cumplimentó el trámite del informe en los términos reglamentarios».

(49) La utilización de un nexo consecutivo («no hubo, *por tanto...*») en la frase que se cita en el texto es concluyente a la hora de entender que la «inferencia» obtenida por el TS influye en la conclusión, la ausencia de informe.

(50) En efecto, ni se puede deducir de los antecedentes del relato fáctico, ni parece tener mucho sentido a la vista de las características del informe. El TS no se percató de que el informe, si bien preceptivo, no era en cambio *vinculante*, en virtud de lo cual la intencionalidad imputada al procesado resulta difícil de entender, en tanto en cuanto éste podría haber dictado una resolución perfectamente ajustada a Derecho, a pesar de contar con un informe desfavorable.

sunta falsedad de la secretaria de la comisión y del Sr. Barreiro, al reflejar en el acta que se «emitió informe favorable de las 22 solicitudes». Por otra parte, al breve razonamiento de la inferencia del TS, hay que oponer que la «plena convicción» obtenida por el TSJG (como resultado de la valoración de todas las pruebas manejadas, incluyendo las declaraciones de todos los asistentes), de que se cumplimentó el trámite del informe en los términos reglamentarios, *no* puede quedar desvirtuada por el dato de que *uno* de los *ocho* miembros de la comisión discrepase de la redacción inicial del acta y propusiese una modificación de sus términos en dos reuniones sucesivas de la comisión del juego, en las cuales —como reflejó el TSJG en los hechos probados— su «composición personal era distinta entre sí y en todo caso respecto a la de 26 de agosto de 1986» (51).

#### 6.4.4.2. *La falta de convocatoria pública y de publicidad*

No resulta fácil comentar esta cuestión, dado que en torno a este punto la argumentación del TS se desarrolla a partir de dos premisas antitéticas con relación a la calificación que merezca la técnica administrativa empleada por Barreiro: por un lado, se asegura que, «desde la perspectiva del Derecho Penal» se trata de una *concesión* y se adjetiva este dato de «importante» (p. 25), pero, por otro, se concluye que, a los mismos efectos penales, la «naturaleza de autorización o concesión es indiferente» (p. 36). Naturalmente, esta doble visión jurídica obliga a recurrir a un doble nivel de análisis en la argumentación.

Examinemos la cuestión desde el prisma de la primera calificación. De acuerdo con ella, el TS arguye que en la segunda resolución tampoco hubo «convocatoria de solicitudes ni, por tanto, plazo de presentación ni pliego de condiciones, ofreciéndose así un expediente en plena ocultación en el que la decisión del procesado de dar por terminada la posibilidad de acceder mediante solicitudes a la *concesión* fue asimismo totalmente arbitraria» (52).

---

(51) Por lo demás, que la comisión del juego se limite a informar favorablemente todas las solicitudes, sin realizar una valoración individualizada de cada una, podrá denotar, en su caso, —aunque sea una práctica frecuente— poco rigor en el cumplimiento de su tarea, pero no significa que el informe no haya existido en los términos reglamentarios y ni mucho menos podrá colegirse de ahí algún indicio de ilicitud a efectos penales para caracterizar la injusticia.

(52) STS, p. 32 (el subrayado es mío). En otros considerandos anteriores se contienen aclaraciones a la conclusión fundamental recogida en el texto. Así, el TS indica que «parece claro que se estaba en presencia de una *concesión, dato importante* para dibujar mejor el comportamiento del procesado» (p. 25). Además, afirma que «no hubo, por consiguiente, ninguna garantía para los ciudadanos, en general, que no tuvieron oportunidad de acceder a una convocatoria para participar en lo que *debió ser un*

Obsérvese que con este razonamiento el TS está partiendo de la base de que en la materia del juego la técnica de la *concesión* administrativa es la aplicable al caso y que, como consecuencia de ello, para la resolución del expediente administrativo Barreiro *debería haber* observado los requisitos propios de dicha técnica administrativa. Por tanto, la discrecionalidad característica de la técnica *autorizatoria* que inspiró toda la actuación del procesado vulneraría —según el TS— el Ordenamiento jurídico, y, además, de una forma tal que merece ser castigada penalmente.

A mi juicio, el razonamiento que se desprende de los mencionados considerandos del TS es equivocado. Y ello porque la premisa inicial de su silogismo encierra una valoración jurídica —sin ofrecer argumentos (53) que la avalen— que resulta injustificada. Una premisa que, por cierto, había sido hipotizada y convincentemente refutada por el TSJG mediante un riguroso examen jurídico, que le había llevado a concluir que la técnica administrativa que se consagra en la Ley 14/1985, reguladora del juego en Galicia, es la *autorizatoria*, tal y como revela ya de modo terminante la interpretación gramatical de su art. 7, n.º 1 (54). Pero es que, además, en las propias salas de lo contencioso-administrativo del TS se han venido dictando numerosas sentencias en materia de juegos, que —en consonancia también con la

---

*concurso selectivo* de solicitudes» (p. 26) (los subrayados son míos). Finalmente, alega que «el sistema de concesiones ha de construirse sobre los principios de publicidad y libre concurrencia, como se deduce de las ideas que conforman este sector del Derecho administrativo y se recogen en varias disposiciones legales» (pp. 28 y s.).

(53) No puedo considerar como argumento el hecho de que el TS se limite a aclarar, por toda fundamentación, que «se estaba en presencia de una concesión... en cuanto que concesión es, en definitiva, el acto de la Administración por el que se transfiere a un particular facultades originariamente administrativas o se crea a su favor un derecho o capacidad, prevista en el Ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que, conforme a doctrina muy consolidada, los actos y contratos son lo que son en función de su naturaleza y no lo que sea consecuencia de la denominación que reciban».

(54) Este precepto señala que «las autorizaciones se otorgarán siempre que se cumplan los requisitos exigidos legalmente. En los casos en los que exista un plan de carácter territorial para su distribución, la autorización se podrá otorgar mediante la resolución de un concurso de carácter público...». Como advertía, acertadamente, el TSJG, el análisis sintáctico del precepto es concluyente: se establece la técnica *autorizatoria* con una previsión *facultativa* de concurso público para algunos supuestos (entre los que no entraría el juego de boletos) que no se concretan. «Se configura así —decía el TSJG— una proposición normativa no incompleta y no necesitada de aplicación integradora, en la que se consagra un amplio margen de discrecionalidad (que habría de recalcar después por el Decreto regulador del Juego de Boletos —art. 16: “a la (solicitud) que se considere más conveniente”)». La interpretación gramatical se confirma plenamente —como hizo el TSJG— si se recurre a otros criterios exegéticos como son: la referencia a la normativa anterior, las tareas de elaboración parlamentaria de la propia Ley y la interpretación sistemática derivada de los Decretos de transferencias en la materia.

legislación estatal a la sazón vigente— hablan de *autorización* y no de *concesión* (55).

En suma, a la vista de lo que antecede ha de concluirse indudablemente que en el supuesto enjuiciado la resolución no puede ser penalmente injusta, puesto que una interpretación correcta del término «injusta» como la que señalé más arriba, guiada por la rigurosa conceptualización del bien jurídico, conduce, en el caso que nos ocupa, a la exclusión de la tipicidad. En efecto, la *legalidad* aplicable a la materia permite colegir que la técnica administrativa prevista era la autorizatoria con amplios márgenes de discrecionalidad sin que, además, se contemplase la *exigencia* de llevar a cabo un concurso público. Y éste es el núcleo de la cuestión. El hecho de que *debiera haberse seguido* una técnica concesional no quiere decir que la técnica recogida en la normativa aplicable *sea* realmente una concesión, y, desde luego, lo que no puede aceptarse es que la confusión de planos entre el «ser» y el «deber ser» fundamente una responsabilidad penal allí donde *de lege lata* el sujeto ha obrado de acuerdo con lo que —de forma que parece clara— preceptúa la norma (56). Y es que esto no puede ser indiferente a efectos *penales* para acreditar la

---

(55) La posición jurisprudencial (reflejada en un listado de sentencias), confirmadora de la interpretación legal, se recogía en el *recurso de amparo* a los efectos de acreditar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del Sr. Barreiro, toda vez que —se argüía— la antijuridicidad de su conducta se basa, en buena medida, en no haber respetado la práctica administrativa de la concesión.

(56) No estamos, por tanto, aquí ante un supuesto de «ley multívoca». Aserto que es perfectamente compatible con la afirmación de que el contenido de la ley *debería haber sido* otro. Mas aun cuando se admitiese que la ley no fuese inequívoca (o, al menos, introdujese márgenes de discrecionalidad en su interpretación), hay que llegar a la conclusión de que la resolución no es *injusta*; y ello aunque se recurra aquí a la «teoría de los deberes», de Rudolphi, como complementaria del criterio objetivo. (Acude a ella en nuestra doctrina Octavio de Toledo, *op. cit.*, p. 356.) En efecto, si armonizamos la opinión dominante (no existe injusticia cuando la resolución dictada al amparo de una ley multívoca es «defendible») con la tesis de exigir al funcionario el deber de proceder conforme a «medios y métodos científico-jurídicos» (*vid.* Rudolphi, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, cit. pp. 627 y ss), se demuestra igualmente cómo a la vista de la forma en que Barreiro adoptó la decisión debe desembocarse en la conclusión de que la conducta no es típica. Baste con destacar, al respecto, dos cuestiones que —a mi juicio— serían decisivas, por tanto, en el ámbito del tipo de injusto (y, en todo caso, por supuesto, en la esfera de la *culpabilidad* del acusado). Por un lado, los *hechos probados* acreditan la licitud *administrativa* del comportamiento del procesado en la anulación de la primera autorización y, en concreto, la motivación de plena licitud que le condujo a recabar sobre ella sendos informes al Secretario general técnico de la Consellería y al Director general de Administración local, los cuales coincidieron en declarar la *validez técnico-administrativa* de la misma. Por otro lado, en modo alguno se puede desconocer la práctica seguida hasta entonces en la Administración autonómica, en la que puede citarse, sobre todo, el caso de la instalación de un casino (*vid.* la nota siguiente), para la que se siguió también una técnica autorizatoria sin concurso previo.

injusticia de la resolución: es muy distinto que estemos ante una autorización, configurada del modo apuntado, o nos hallemos ante una concesión, sometida a rígidos límites. Pues bien, sentado esto, lo que ha de ser tajantemente descartado es que la falta de concurso público pueda fundamentar un delito de prevaricación, sin perjuicio, claro es, de la valoración que merezca dicha ausencia en sede administrativista (57).

Pero, con ello, nos situamos ya en la segunda perspectiva esbozada por el TS. En efecto, hay que partir de la base ahora de que estamos ante una autorización (y no ante una concesión), o, hay que entender al menos, que —como dice expresamente el TS en otro lugar— la calificación es «indiferente». Acontece, sin embargo —se argumenta—, que la «discrecionalidad» característica de dicha técnica «no puede ser jamás arbitrariedad y actuación sin control o límites», sino que «ha de construirse sobre los principios de publicidad y libre concurrencia». De ahí se deduce que «el interés público, sin duda prioritario en estos casos, exigía la adopción de medidas conducentes a que, a través de los sistemas de publicidad oficial adecuados, incluidos, en su caso, los medios de comunicación, se conociera el procedimiento en curso para obtener de la concesión el mayor número de beneficiarios posible» (pp. 28 y 29). En resumidas cuentas, se acepta que la técnica era la autorizatoria, pero, aun así, se objeta que se ha omitido cualquier tipo de publicidad y que no ha existido apertura de plazo para presentar solicitudes. En tales irregularidades se fundamentaría entonces el injusto de prevaricación.

La argumentación jurídica del TS se apoya en la invocación de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 103 y 106 del texto fundamental español, a los que podría añadirse (como hacía el voto particular del TSJG) el artículo 14 del mismo cuerpo legal. De este modo, el razonamiento que podría articularse se expresaría en los siguientes términos: el artículo 7-1 de la Ley 14/1985 debe ser entendido, en virtud de una interpretación constitucional positiva, en el sentido de exigir que la «autorización» que contempla se conceda a

---

(57) En este sentido, reconocía juiciosamente el TSJG, admitiendo discrepancias de su interpretación, que en el campo administrativo «la materia es controvertida y siempre opinable en función de las imprecisas categorías jurídicas autorización/concesión, no conceptualmente estereotipadas, sino de contornos vagos en muchos supuestos, y en los que inciden intercomunicación de notas o conceptos “caracterizadores” y posicionamientos de *lege ferenda*». Con respecto a ello, resulta necesario traer a colación aquí el caso similar de la autorización de instalación de un casino de juego en Galicia (O. de 4 de septiembre de 1986), en cuyo otorgamiento se siguió una técnica autorizatoria sin concurso previo; sin embargo, tal actuación no trajo consigo diligencia penal alguna, pese a que la sala de lo contencioso-administrativo del TSJG ha venido a declarar en sentencia (recurrida en la actualidad ante el TS) de 2 de noviembre de 1990 la nulidad de la autorización.

través de un procedimiento en el que sean respetados los principios de publicidad y libre concurrencia e igualdad de oportunidades.

Desde luego, hay que convenir en que una actuación administrativa plenamente correcta en este caso habría requerido una publicidad oficial y una apertura de plazo de presentación de solicitudes, con el fin de propiciar la libre concurrencia del mayor número posible de aspirantes a la obtención de la autorización del juego de boletos. Y, quizá, en atención a ello, la autorización otorgada podrá ser susceptible de impugnación en vía administrativa.

Ahora bien, cuestión muy distinta es que dichas irregularidades ostenten la entidad suficiente para ser merecedoras de castigo penal. Y, en efecto, a poco que se profundice en la argumentación expuesta, hay que llegar a la conclusión de que las mismas no pueden integrar la «injusticia» característica del delito de prevaricación, definida del modo ya señalado, so pena de anticipar las barreras de protección penal a límites totalmente recusables —desconocidos para la propia jurisprudencia del TS— y de pervertir la función del Derecho Penal, eminentemente secundaria en esta materia.

Es cierto que la «injusticia» de la resolución puede consistir en el apartamiento de los valores o intereses constitucionalmente protegidos (58), pero —obvio parece declararlo— dicho apartamiento merecedor de pena debe ser concebido (como ocurre en relación a otros delitos) a partir de una vulneración efectiva y absoluta de principios y derechos fundamentales. Algo que no sucede en este caso.

Para entenderlo así, repárese en el hecho de que, de un lado, el principio de publicidad que se menciona aparece vinculado al de libre concurrencia. No se trata aquí, pues, de una infracción del principio constitucional de publicidad de las normas contenido en el artículo 9-3; cosa, por otra parte, impensable, dado que la autorización se otorgó al amparo de una ley y de un reglamento, cumpliéndose todas las formalidades en lo tocante a su publicación. Lo que, por el contrario, el TS objeta realmente es la falta de «divulgación publicitaria» del contenido de una disposición legal que *ya está publicada formalmente*: a través de su difusión material se pretende, pues, que una norma, revestida de las formalidades necesarias, y que, en consecuencia, vincula a la Administración y a los administrados sea conocida por el mayor número posible de personas. Pues bien, si desde esa perspectiva se analiza la posible violación de los principios de libre concurrencia e igualdad, se llega a la conclusión de que no puede existir una vulneración penalmente sancionable, desde el momento en que el contenido esencial de los derechos de otros eventuales aspirantes no se ha visto limitado de modo efectivo. Parece claro, al respecto, que

---

(58) Sobre ello, *vid.* Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 378 y ss.

la ausencia de las exigencias aludidas no comporta, ni formal ni materialmente, que se hubiese sustraído a nadie la posibilidad de *solicitar* la autorización correspondiente (59).

Así concebida, pienso, en suma, que debe ser rechazada la tesis consistente en fundamentar el injusto del delito de prevaricación en la ausencia de divulgación publicitaria del procedimiento para solicitar la autorización.

Por último, parece conveniente recordar que la propia Administración, por boca del señor Villanueva Cendón (*sucesor* de Barreiro en la Consellería de Presidencia), defendió categórica e inequívocamente en el Parlamento de Galicia la legalidad (¡administrativa!) de la resolución dictada. Y también fue el señor Villanueva —y no, por cierto, Barreiro, como por error entendió el TS— (60) el que en foro jurisdiccional, en escrito de alegaciones ante la sala de lo contencioso, insistió enérgicamente en la legalidad de la autorización otorgada (61).

## 6.5. Consideraciones finales

Una vez examinados todos aquellos hechos que pudieran poseer relevancia a efectos de integrar el *tipo* del delito de prevaricación, cabe extraer la conclusión de que, a partir del relato declarado como probado por el Tribunal *a quo*, la resolución dictada por Barreiro no puede ser calificada de injusta y, en consecuencia, no se puede pronunciar ya el juicio de antijuridicidad.

No obstante, hay que efectuar, por último dos puntualizaciones.

Por una parte, debo insistir en que el examen realizado sobre la tipicidad se ha llevado a cabo con arreglo a los criterios de interpretación reservados para las normas penales y, por consiguiente, no pre-

---

(59) Que ello es así se evidencia no ya sólo en el dato de la inexistencia de maniobra limitadora alguna, sino también en la circunstancia de que, finalmente, fueron nada menos que veintidós las solicitudes presentadas. Y ello no puede ser irrelevante, cuando menos a efectos penales. Naturalmente, es posible —aunque es algo que nunca podremos saber— que con un sistema de publicidad adecuado se hubiesen presentado más solicitudes, pero tal *probabilidad* en modo alguno se opone a la conclusión alcanzada en el texto.

(60) En p. 52 de la sentencia del TS se recoge como dato (erróneo) revelador de la malicia de Barreiro el hecho de que éste se «autoinforme» en el recurso contencioso-administrativo presentado por una de las sociedades.

(61) Semejante defensa no puede quedar desvirtuada por el hecho de que posteriormente fuesen altos cargos del partido al que pertenecía el señor Villanueva los que, en vísperas de la moción de censura contra su Gobierno, presentasen el escrito de denuncia contra Barreiro, porque la denuncia estaba basada *exclusivamente* en la imputación de los delitos de cohecho y falsedad (*vid. supra* nota 1).



juzga la calificación de los hechos en el terreno del Derecho administrativo. Ahora bien, con respecto a ello conviene hacer una matización para salir al paso de una línea argumentativa esbozada en la sentencia del TS y que también estaba presente explícitamente en el voto particular del TSJG. A la hora de valorar la «injusticia» de la resolución, como elemento *objetivo* del tipo, carece de sentido diferenciación entre un «análisis aislado» de cada una de las irregularidades administrativas y una «valoración conjunta» de todas ellas. Tal diferenciación —como indiqué en otro lugar— podría poseer virtualidad desde la perspectiva subjetiva en la tarea de demostrar la presencia de una especie de dolo unitario, pero es irrelevante en la esfera de lo objetivo. Parece obvio declarar que la valoración conjunta de diversas irregularidades no puede operar un salto cualitativo, transmutando en delito lo que individualmente no pasa de ser un ilícito administrativo.

Por otra parte, si no hay un hecho antijurídico, el análisis del elemento culpabilístico (en este caso, el dolo) resulta, por tanto innecesario. Ahora bien, y sin perjuicio de lo que se comentará en el último apartado, no quisiera dejar de mencionar aquí, a modo de consideración genérica, que, aun cuando se llegase a la conclusión de que la resolución fue objetivamente injusta, la existencia del delito exigiría todavía demostrar la concurrencia de un conocimiento *actual* de los hechos. Conocimiento que, a la vista de las circunstancias (probadas) del caso concreto, resultaría difícilmente demostrable en algunos supuestos, como, por cierto, puso de relieve el TSJG en su sentencia.

## 7. LA CONSTATAION DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Tal y como se anticipaba al inicio de este trabajo, algunos aspectos concernientes a la culpabilidad (dolo) merecen ser analizados al hilo de una cuestión de gran interés dogmático y de indudable alcance práctico que trae a un primer plano la sentencia del TS. Me refiero al debatido problema de cómo debe constatar un Tribunal la presencia de los elementos subjetivos del delito, cuyo exacto contenido únicamente podrá descubrirse, con certeza, penetrando en la mente de la persona de que se trate (62).

---

(62) Este problema ocupa un lugar preferente en el seno de la moderna literatura penal. Así se refleja, indudablemente, en la doctrina alemana, y también comienza a encontrar eco en la española, como lo atestigua el excelente trabajo de Díez Ripollés (*Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990). Con aportaciones como ésta se pretende sentar las bases de la necesaria revisión de los modelos tradicionales, los cuales apenas tienen en cuenta «los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la Psicología y la Sociología» y continúan aferrándose, en cambio, «a las viejas concepciones de una Psicología asociacionista o puramente mecanicista» (Muñoz Conde, F., *Prólogo* a la obra de Díez Ripollés, p. 11).

Con arreglo a este punto de vista, también pueden dirigirse objeciones al razonamiento que el TS ha seguido para fundamentar su fallo condenatorio.

En cualquier caso, obsérvese que es una cuestión —si bien indudablemente relacionada con ella— diferente a la planteada en apartados anteriores. No se trata ahora de volver sobre la inadecuación de la teoría de las «inferencias» para interpretar hechos objetivos integradores del tipo de injusto, sino que lo que se pretende es examinar el procedimiento que el TS ha seguido para acreditar los *proprios* elementos subjetivos: más concretamente —en la concepción sustentada por el TS— el dolo como forma de culpabilidad, que comprende, por tanto, la conciencia de la antijuridicidad (63).

Abordar esta cuestión exige plantear en primer término, como paso previo, un problema de naturaleza estrictamente metodológica (64): averiguar cuáles son las bases epistemológicas en las que descansa el criterio de las inferencias. Parece claro que, entre las diversas perspectivas existentes, el TS se inscribe en la esfera de un (a mi juicio, plausible) enfoque psicológico-individual (65).

Ahora bien, asumir este enfoque, en detrimento de los demás, obliga, en rigor, a poner en práctica una metodología empírica que, ante todo, tenga como centro de atención fundamental la realización de peritajes (psicológicos y psiquiátricos) por parte de expertos (66). Sin embargo, para acreditar dichos elementos subjetivos, el TS basa toda su convicción en las «reglas de la experiencia humana».

Ciertamente, este procedimiento experimental puede ser útil cuando la Psicología y la Psiquiatría hayan demostrado su incapacidad para el conocimiento de la realidad psíquica, pero ello conlleva una serie de objeciones de entidad. Entre ellas hay que destacar que, obviamente, se trata de un procedimiento menos fiable que el científico y que se corre el riesgo de desnaturalizar el propio enfoque psicológico-individual, incurriendo en valoraciones *jurídicas* ajenas al mismo (67).

Todo ello tiene su importancia, dado que ambas objeciones pueden ser esgrimidas en el caso que nos ocupa. En efecto, de un lado, en

(63) Hay unanimidad a la hora de entender que el delito del párrafo 1 del art. 358 es de exclusiva comisión dolosa. Por lo demás, aunque algunos entienden que la expresión «a sabiendas» admite el dolo eventual (así, Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 364 y ss.), la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que es reveladora de un dolo directo (cfr., por todos, Orts, *op. cit.*, pp. 447 y s. y 450; Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 750; García Arán, *op. cit.*, pp. 128 y ss., con relación a la prevaricación judicial).

(64) *Vid.* Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 297.

(65) Me parecen plenamente compartibles las razones aducidas por Díez Ripollés, con las matizaciones oportunas (*op. cit.*, pp. 304 y ss.) a favor de la adopción de un enfoque psicológico-individual.

(66) *Vid.* Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 320 y s.

(67) Cfr. Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 322 y s.

su sentencia el TS entra a valorar realidades psíquicas, y lo hace en sentido diverso al sustentado por el TSJG. Se desemboca así en una paradoja: el TS, sin la intermediación procesal que comporta no haber participado en el juicio oral, deduce «malicia» en el acusado allí donde el TSJG (en el ejercicio de la potestad conferida por la ley) no la aprecia, tras haber «valorado exhaustivamente» —asegura el Tribunal gallego— la práctica de las pruebas y, en concreto, tras haber percibido directamente las declaraciones de los testigos y del propio acusado.

Pero hay más. Haciendo abstracción de lo que antecede, aceptemos plenamente que el TS —al amparo de la teoría de las inferencias y de las reglas comunes de la experiencia— puede deducir, en contra de la apreciación del Tribunal *a quo*, la existencia de dolo sobre la base de una interpretación diferente de los hechos *psicológicos*. Pero la validez de tal inferencia habrá de estar supeditada, al menos, a dos condiciones: justificar racionalmente por qué se modifica la conclusión del Tribunal de instancia (lo que al mismo tiempo supone demostrar la irracionalidad de esta última) y no desnaturalizar el enfoque psicológico-individual que se confiesa respetar. Sin embargo, habida cuenta de que estas dos condiciones no se cumplen, la inferencia del TS debe considerarse inválida, incluso allí donde teórica y conceptualmente sería posible: en el ámbito de la constatación de los elementos *subjetivos* del delito.

Aclaremos esto de la mano de uno de los ejemplos que pueden extraerse de la sentencia y que el TS considera especialmente revelador de la «malicia» con la que actuó Barreiro: el conocimiento de que la sociedad mercantil no estaba constituida. Como es sabido, el TSJG incorporó al relato de los hechos el dato de que «no aparece probado que el procesado conociese que la Sociedad en cuya representación actuaba el señor Olano no estuviese constituida». Sin embargo, el TS, en sus fundamentos de derecho, llega a la conclusión de que Barreiro «conocía perfectamente» tal circunstancia.

Vamos a admitir —cosa discutible— que el aserto del TS es una inferencia teórica y conceptualmente procedente (con arreglo a la propia doctrina de la sala segunda y del TC) y que, por tanto, no invade la esfera de la libre apreciación de la prueba del Tribunal *a quo* (68). Ahora bien, el problema es que el soporte argumental del TS para fundamentar tal inferencia contraria a los hechos probados se reduce a indicar que el procesado desempeñaba «un cargo tan relevante con atribuciones y, consecuentemente, con responsabilidad muy importantes, como el de Vicepresidente de la Xunta» y a efectuar, por otra

---

(68) De todos modos habría que matizar aquí la opinión del TS cuando afirma (p. 50) que la conclusión del TSJG es una «inferencia». Como se razonaba en el *recurso de amparo*, «más que una inferencia..., lo que ha plasmado (sc. el TSJG) es su íntima con-

parte, una *valoración jurídica* de la relevancia que tiene una sociedad no inscrita en el registro mercantil (69).

Frente a semejante argumentación hay que oponer que con ella se produce una *desnaturalización del enfoque psicológico-individual*, desde el momento en que el alto Tribunal está convirtiendo en doloso (dolo directo, además) lo que psicológicamente sería, en todo caso, sólo una imprudencia, y, por consiguiente, se contenta con un mero conocimiento *potencial* de la realidad allí donde tenía que verificar la existencia de un conocimiento *actual*, conversión que no puede ser admitida.

Y más allá de la objeción expuesta, derivada de una *contaminación* (por utilización de referencias normativas) del enfoque elegido, quisiera hacer hincapié en que el TS no sólo no ofrece una justificación razonada de su inferencia, sino que, además, por otro lado, reconoce que su conclusión se apoya *precisamente* en el propio relato de hechos que el TSJG declaró probados, lo cual resulta difícil de coonestar. Se muestra, así, una manifestación concreta de la paradoja anteriormente denunciada. En efecto, si el TS no entra a revisar la prueba y si el relato histórico le proporciona el dato de que no aparece probado que Barreiro conociese que la sociedad no estaba constituida, ¿cómo se puede obtener la convicción de que conocía perfectamente tal extremo? Resultaba aquí, en definitiva, imprescindible la necesidad de una rigurosa motivación, en la que el TS razonase con detenimiento qué indicios plenamente probados y qué nexo causal le han conducido a una conclusión opuesta a la que el Tribunal de instancia declaró probada (70).

---

vicción obtenida de la práctica de la prueba por intermediación. No son indicios los que le llevan..., a dictaminar esa conclusión, sino la apreciación de pruebas positivas». Y, tras remitirse a las actas del juicio oral, los letrados autores del recurso aseguraban que «el Tribunal “a quo” realizó la práctica de una prueba directa que no le indicaba que el procesado conociese aquel extremo y por ello consignó que “no aparece probado” tal dato» (pp. 128 y s.). A mayor abundamiento, en el recurso se formulaba el interrogante de saber hasta qué punto podría entenderse respetada la *presunción de inocencia*, cuando «un órgano judicial que actúa en segunda instancia, que no “entra” a revisar la prueba porque resuelve el recurso por una vía que no le permite acudir al sumario ni a las actas del juicio oral, cambia injustificadamente esa apreciación directa de la prueba por otra contraria al reo» (p. 129).

(69) En el marco de esa valoración jurídica se vuelve a reiterar, de forma similar, la idea de que no es concebible que una concesión de esta naturaleza se otorgue «sin comprobar y constatar, al menos, la realidad subyacente y tomar, en su caso, las correspondientes medidas cautelares» (STS, p. 30).

(70) Recuérdese lo que se acaba de indicar *supra* en nota 68. Por lo demás, en el aludido recurso de amparo se aclaraba cuáles eran las «pruebas positivas» en las que se apoyó el TSJG para formar su convicción. De la propia lectura de las actas del juicio oral, de las respuestas dadas por el procesado y por los testigos que intervinieron en la tramitación del expediente, se deduce que «no existe ninguna manifestación que apunte

Finalmente, análogas consideraciones a las que se acaban de realizar podrían efectuarse, *mutatis mutandis*, sobre otros hechos —ya citados en páginas anteriores— que el TS menciona como prueba del dolo: así sucede en el caso del informe del Ministerio del Interior, en el supuesto de las causas de la anulación de la primera autorización o en el informe de la comisión del juego de Galicia.

---

a que el señor Barreiro conoció en su momento tal particular, sino que, más bien, el expediente le fue presentado para su decisión “política” (la conveniencia de proceder a la autorización), pues otros órganos administrativos se encargaban de los demás detalles» (p. 129 del recurso).



# Sobre la presencia de la «actio libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA

Universidad País Vasco

**SUMARIO:** 1. Introducción. 1.1. Delimitación del objeto de estudio: la estructura del art. 8.1 del Código Penal. 2. Presupuestos. 2.1. La imputabilidad en el momento de comisión como exigencia del principio de legalidad. 2.2. La imputabilidad y la inimputabilidad en el art. 8.1 del Código Penal: presencia de una «doble negación». 2.3. Remisión doctrinal a la estructura de la «acción libre en la causa». 3. Exposición de la doctrina sobre la estructura del art. 8.1 Código Penal a partir de la teoría de la «acción libre en la causa». 3.1. Antecedente: problematización político criminal de la exigencia de imputación en el momento de comisión. 3.2. Exposición doctrinal de la «acción libre en la causa». 3.2.1. Modelo de la tipicidad y modelo de la excepción. 3.2.2. Recurso a la similitud con la teoría de la autoría mediata. 3.3. Consecuencias de la elaboración doctrinal en la interpretación del art. 8.1. Código Penal 3.3.1. Admisión o rechazo de su carácter de excepción. 3.3.2. Interpretación literal o ampliación de la fórmula «buscado de propósito». 3.3.3. Interpretación de la expresión «para delinquir». 4. Comentario y conclusiones que se derivan. 4.1. Insuficiencia de la argumentación político criminal como criterio de aplicación. 4.2. Estructura contradictoria del art. 8.1 Código Penal 4.2.1. El art. 8.1 Código Penal como norma especial. 4.2.2. El artículo 8.1 Código Penal como excepción concreta al principio de responsabilidad. Su necesaria precisión legal. 4.3. Ausencia de ejecución típica en la acción precedente. 4.4. Conclusiones. 4.4.1. Contenido especial o de excepción en el art. 8 Código Penal 4.4.2. La acción posterior como referente, excepcional, de la imputabilidad. 4.4.3. Rechazo de la similitud con la teoría de la «autoría mediata». 4.4.4. Interpretación restrictiva de la expresión «para delinquir». 4.4.5. Interpretación restrictiva de la fórmula «de propósito». 4.4.6. Interpretación del contenido del art. 8.1. en base a la defensa de los principios de garantía. 4.5. Breve comentario al art. 22.1 de la P.A.N.C.P.

## 1. INTRODUCCION

### 1.1. Delimitación del objeto de estudio: la estructura del art. 8.1 del Código Penal

La interpretación del art. 8.1 del Código Penal se vincula generalmente con la teoría de la acción libre en la causa y es conocida la amplia complejidad que encierran los problemas derivados de la citada teoría cuya estructura dogmática y en parte sus consecuencias jurídicas «son discutibles y aún no han sido definitivamente aclaradas» en palabras de Lackner citadas por Roxín (1). Su presencia se entiende, en la opinión doctrinal mayoritaria, parcialmente positivizada en relación con supuestos de inimputabilidad como el trastorno transitorio del art. 8.1. del Código Penal («a no ser que este hay sido buscado de propósito para delinquir»), de semiimputabilidad, por la concordancia con el art. 9.1 del Código Penal, o con la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual del art. 9.2 del Código Penal («siempre que no se haya producido con propósito de delinquir»). Pero también se vincula su vigencia con supuestos de negación de la acción típica en relación, por ejemplo, con situaciones de fuerza irresistible provocada o se plantea su estructura en momentos de interpretación de las exigencias del estado de necesidad (situación de necesidad no provocada intencionadamente por el sujeto del art. 8.7 del Código Penal). Se plantea así ante situaciones de ausencia de acción, ausencia de justificación o de ausencia de imputabilidad. Asimismo, su contenido cabe plantearlo en relación con comportamientos dolosos o imprudentes, y también, en base a concretas formas de tipificación, se analiza su posible presencia en conductas activas, omisivas o de comisión por omisión. Todo ello es una muestra del carácter multiforme y especialmente problemático que presenta la llamada «acción libre en la causa» y es por lo que, en este momento, no se pretende responder a toda su problemática con la amplitud que ella exige. Esta exposición pretende limitarse a comprender su posible presencia, dentro de nuestro derecho positivo, en la referencia parcial que parece estar contenida en el art. 8.1 del Código Penal, intentando relacionar dicha presencia por un lado con la estructura del delito, presente en nuestro ordenamiento y también con el propio sistema penal.

Este propósito que inicialmente se plantea como elemental, lleva sin duda a exponer la teoría citada, que ha sido acogida no sólo por la legislación, sino también por la jurisprudencia y por la ciencia, como ha indicado Gimbernat (2), y a comprobar su previsión en el art. 8.1 de nuestro Código Penal y, por tanto, la extensión o términos de esa previsión. Asi-

---

(1) C. L. ROXIN, *Observaciones sobre la «actio libera in causa»*, 1988, p. 37.

(2) E. GIMBERNAT, *Introducción a la parte general del derecho penal español* 1979, p. 76.



mismo, se hará referencia a la regulación anunciada por la P.A.N.C.P de 1983, a pesar de las dudas de la posible virtualidad del mencionado texto prelegislativo (3). Dicho texto, en su art. 22.1, paralelo al actual art. 8.1 C.P., transforma la fórmula genérica «para delinquir» por la referencia concreta a «el delito», e introduce una expresión más amplia que la ahora en vigor al excluir la eximente de trastorno mental transitorio cuando éste «hubiera sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o podido prever su comisión», introducción, pues, de la forma culposa que repite en el epígrafe 2.º del mismo art. 22 para la eximente de intoxicación plena causada por «bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos». Dentro de las circunstancias atenuantes contempladas en la P.A.N.C. el art. 23.2 hace referencia a la exigencia de no preordenación para que se de el efecto atenuatorio de la «intoxicación alcohólica o de otra índole que no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto».

## 2. PRESUPUESTOS

### 2.1. La imputabilidad en el momento de comisión como exigencia del principio de legalidad

Parece indudable que el momento de realización es una referencia y un elemento presente ineludible para cualquier consideración jurídico penal de la conducta. De ahí que pueda decirse que está implícito en el art. 1 del Código Penal al referirse a las «acciones y omisiones» pues estas deben situarse en el tiempo para que puedan ser consideradas como tales, esto es, existentes en cuanto comportamientos humanos objeto de la norma (acciones y omisiones como formas de realización típica) y de respuesta penal a su autor. Pero, a su vez, manifiesta su dimensión más relevante en su carácter inseparable del principio de legalidad. Con este significado aparece expresamente como «momento de producción» en el art. 25.1 constitucional. En la P.A.N.C.P se recoge en su art. 6 lo que ya había dispuesto el Proyecto de Código Penal de 1980, esto es, que «a efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, los delitos y las faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar (4) y en la exi-

---

(3) E. GIMBERNAT, *Prólogo a la sexta edición del Código Penal*, 1989, p. 15: «De la misma manera que el saqueo ha desplazado al anticipo, el caos de las reformas asistemáticas ha sustituido a la armonía que hubiera supuesto la prometida aprobación de un nuevo Código Penal completo.»

(4) La P. A .N. del Código Penal añade a la redacción del Proyecto de 1980» sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del art. 21 y en el art. 110», en referencia a los supuestos de desistimiento voluntario y de prescripción respectivamente.

mente de intoxicación plena, ya mencionada del art. 22.2 hace una expresa referencia «al tiempo de cometer la infracción penal», expresión que si bien puede entenderse como una clausula de estilo no estrictamente necesaria, es útil para ahondar en la referencia a la situación temporal. Son éstas, así, referencias al momento que en cuanto dimensión temporal del injusto debe acoger o debe servir de obligada referencia a todos los elementos del injusto que dándose simultánea o coincidentemente en él, van a permitir la aplicación de la ley penal (5).

Esta referencia al momento es, pues, simplemente la que indica la dimensión temporal del delito, de ahí que sea pacífica la consideración de que también el elemento de la imputabilidad para la atribución del comportamiento al sujeto deba situarse en el momento de la realización de la conducta típica y antijurídica, esto es, que el autor ha de ser imputable en el momento de comisión de la misma como han expuesto Octavio de Toledo y Huerta (6) o como manifiestan Cobo del Rosal y Vives Antón para quienes por «regla general rige la coincidencia temporal del llamado «momento de inimputabilidad» con el «momento» (tiempo) de realización de la conducta típica, de suerte que ambos deben coincidir cronológicamente, es decir, han de producirse coetáneamente descontándose, en principio, un inimputabilidad antecedente o subsiguiente al tiempo en que se lleva a cabo concreta y realmente la acción típica» (7). Tal afirmación, no por obvia debe considerarse intrascendente ya que, cabe insistir, es exigida por el principio de legalidad, principio que al condicionar la pena a la posibilidad de conocimiento de la significación del hecho en la comunidad estatal, tal como expone Bacigalupo (8), debe estar en la base del Derecho Penal. La proyección positiva del principio «nullum crimen sine lege», y cabría decir también «nulla pena sine culpa», expone Torio desde su concepción del tipo y de la estructura del delito, «se concreta en la visión del tipo penal como tipo general de la acción punible, comprensivo de todas las exigencias propuestas por la pena, tanto objetivas como subjetivas, positivas como negativas», de ahí que la dimensión del delito, concreción a su vez del fundamental principio de legalidad, suponga también la imputabilidad y que ésta se presente como «momento

---

(5) T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa*, 1989, p. 143. opina que «Nuestro código no establece expresamente que la capacidad de culpabilidad haya de apreciarse en el momento de ejecución del hecho».

(6) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *Derecho Penal. Parte General*, 1986, p. 336.

(7) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 1987, p. 405.

(8) BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 165.

constituyente del delito» (9). También desde la propia dimensión de la imputabilidad en cuanto referencia no sólo ya a la normal motivación sino a la igualdad en dignidad y derecho de las personas (10) se consolida su necesaria presencia en el momento de comisión. En un razonamiento «a contrario», la ausencia de un elemento constitutivo del delito en el momento de realización supondrá, precisamente, la ausencia de delito.

## **2.2. La imputabilidad y la inimputabilidad en el art. 8.1 del Código Penal: presencia de una «doble negación»**

Como se sabe el sistema dogmático, al definir el concepto de delito, utiliza en el proceso de definición tanto elementos positivos como sus negaciones. Estas últimas sirven para precisar y mejor delimitar la propia definición de los positivos y con ellos del delito. Así, las denominadas «circunstancias» contenidas en el Código Penal como eximentes, art. 8 del Código Penal, se ponen en relación con los elementos positivos y permiten, como si de un proceso artístico se tratase (en todo caso ha sido fruto de un proceso histórico creativo), perfilar, pulir y depurar la propia identidad de los elementos positivos y con ello la relevancia jurídico penal de los comportamientos. En este sentido, el epígrafe 1.º del art. 8 del Código Penal, artículo que en su párrafo primero y en toda la clasificación que contiene se refiere siempre y expresamente a los sujetos, como expresión del carácter «personal» de la responsabilidad penal («Están exentos...», «El...»), establece como regla que el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, carece de responsabilidad penal. Sin embargo, el mismo art. 8.1, a continuación establece una excepción o una salvedad a esta regla de exención que consiste en que, a pesar de hallarse en situación de trastorno mental transitorio, el sujeto puede ser responsable penalmente si el trastorno ha sido «buscado de propósito para delinquir».

Como se ve, la estructura del art. 8.1 del Código Penal contiene una doble negación, en relación con una afirmación de referencia que es la responsabilidad penal. La primera negación consiste en hallarse en situación de trastorno mental transitorio en el momento de la comisión típica y antijurídica. Con ella se niega la afirmación de referen-

---

(9) A. TORIO, *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión sobre el concepto de enajenación*, 1983, p. 969.

(10) J. BUSTOS, *Imputabilidad y edad penal*, 1989, p. 473. Una consideración de la imputabilidad en relación con el contexto sociocultural en que se da la conducta y más concretamente en relación con los procesos de socialización, en FR. MUÑOZ CONDE, *La imputabilidad del enfermo mental*, 1982, p. 130.

cia, esto es, la responsabilidad penal. La segunda negación se produce sólo en el supuesto en que el trastorno mental ha sido buscado de propósito para delinquir. Si se da este supuesto, segunda negación, lo que se niega es la eficacia eximente del trastorno mental transitorio. Este pierde así su carácter de exención y con ello se reafirma, de nuevo, la afirmación de referencia, esto es, la responsabilidad penal. Esta estructura que viene a negar eficacia a la eximente ha sido descrita acertadamente por Silvia Sánchez como similar a las situaciones de «fraude de ley». «En efecto, dice este autor, también en los casos de actio libera podría hablarse de una «ley defraudada» —la sancionatoria— y una «ley de cobertura» —la que establece la exención en los casos de justificación o de inimputabilidad» (11).

Un planteamiento paralelo puede hacerse en relación con los arts. 8.7, 9.1 y 9.2 del Código Penal. En el art. 8.7 porque la justificación que supone el estado de necesidad puede ser negada si tal situación de necesidad ha sido provocada intencionadamente por el sujeto. Con la negación de este requisito se reafirma la antijuridicidad, que de no haber estado de necesidad provocado la justificación hubiera negado. En el art. 9.1 del Código Penal, para supuestos de la llamada semiimputabilidad o imputabilidad disminuida, cuando no se da la plenitud del trastorno mental transitorio, el razonamiento es similar salvo que en vez de negar la responsabilidad la atenúa de manera privilegiada, funcionando la fórmula de la salvedad como negación de la eficacia atenuatoria y reafirmación, consiguiente, de la responsabilidad penal plena. En relación con el contenido del art. 9.2 del Código Penal, la afirmación de referencia, la responsabilidad penal, tampoco es anulada sino sólo atenuada en el supuesto de «embriaguez no habitual» de autor, atenuación a su vez negada cuando tal «embriaguez no habitual» se ha producido con propósito de delinquir. Si con tal propósito previo se ha producido la embriaguez, la responsabilidad penal recobra toda su plenitud.

No va a tratarse aquí el debatido contenido de la fórmula «trastorno mental transitorio» (12), ni tampoco se va a analizar especialmente el elemento positivo, la imputabilidad, con el que dicho trastorno mental se relaciona contradictoriamente. Lo que interesa en este momento, es, a partir de su condición de eximente, en la medida que anula un elemento positivo del delito, analizar la fórmula de excepción que establece que, a pesar de darse tal trastorno mental transitorio en el momento

---

(11) J. M. SILVIA SÁNCHEZ, *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.º* (a la vez algunas observaciones sobre la doctrina de la «actio libera in causa»), 1988, pp. 172.

(12) Puede verse, J. C. CARBONELL MATEU, J. L. GÓMEZ COLOMER, J. B. MENGUAL Y LLUL, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. 1987.

de la comisión típica, el sujeto puede ser declarado penalmente responsable cuando dicho trastorno «ha sido buscado de propósito para delinquir». Tal fórmula, como se ha dicho, viene siendo considerada como una plasmación en nuestro derecho positivo de la llamada «*actio libera in causa*», denominación en la que Octavio de Toledo y Huerta encuentran reminiscencias de la teoría del «libre albedrío» del imputable (13).

### **2.3. Remisión doctrinal a la estructura de la acción libre en la causa**

Se puede establecer, para el supuesto que contemplamos, el esquema básico de la llamada acción libre en la causa de la siguiente manera, tal como exponen los autores recientemente citados. En primer lugar, exige la existencia de un sujeto imputable que se sitúa, dolosa o imprudentemente, en una situación de inimputabilidad de las descritas por la ley; en segundo lugar, que en tal situación de inimputabilidad el sujeto realice una conducta típica (a su vez dolosa o imprudentemente) y antijurídica (14), o como ha expuesto Von Liszt, las acciones libres en la causa se presentan cuando se produce un resultado contrario a derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión), doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad (15). Roxín ha descrito los supuestos de la acción libre en la causa en base a estos rasgos: «en el momento de la comisión del delito, su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aún no se encontraba en ese estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad. Según que haya actuado en relación con el resultado producido dolosa o imprudentemente, se le castiga por delito doloso o imprudente (16). Recientemente, en un importante trabajo, Alonso Alamo circunscribiendo la acción libre en la causa a los supuestos de provocada ausencia de acción o provocada ausencia de imputabilidad, la ha descrito como una expresión que alude a un fenómeno delictivo caracterizado porque en el «tiempo del hecho el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior (*actio praecedens*) en que era plenamente capaz. Destaca un primer momento en que el sujeto todavía capaz se coloca en situación de inimputabilidad o de incapacidad de acción; en este momento no ha comenzado a realizar la acción descrita en el tipo. Y un segundo momento en que el sujeto reali-

---

(13) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 337.

(14) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 339.

(15) FR: VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 339.

(16) CL. ROXÍN, ob. cit., p. 21.

za la conducta típica encontrándose ya en estado de inimputabilidad o siendo incapaz de acción. Entre ambos momentos debe mediar un nexo psicológico o anímico (17). Dicho de otra manera, la manifestación de la acción libre en la causa que ahora tratamos supone que el resultado producido por una conducta cuyo sujeto carece de imputabilidad es afectado, más tarde veremos cómo, por la conducta anterior por la cual el agente se ha colocado en estado de inimputabilidad.

Dicho esquema ha permitido a Díaz Palos describir la «*actio libera in causa*» como una especie de «*guadiana psíquico*» en el que subsiste en toda la trayectoria el hilo conductor de la acción aunque un fragmento de la misma desaparezca o sufra un temporal eclipse en la conciencia del sujeto (18). También en la doctrina italiana podemos encontrar recursos a figuras literarias para describir la acción libre en la causa. Leone compara dicha figura jurídica con un puente, al que atribuye una dimensión temporal, entre la conducta precedente y el resultado actual, quedando la conducta generadora de este resultado sumergida (19).

Pero más allá de las metáforas, lo que interesa resaltar del esquema expuesto es la realización de un hecho típico en situación de inimputabilidad, en un momento en que el autor carece de responsabilidad, y que, sin embargo, a pesar de esta carencia se le imputa porque él se ha colocado en tal situación de inimputabilidad cuando era imputable. Es este razonamiento de contenido contradictorio, que ha llevado a algún autor a calificar determinadas interpretaciones de la acción libre en la causa como «*ficción jurídica*» (20), él que merece

(17) M. ALONSO ÁLAMO, *La acción «libera in causa»*, 1989, pp. 55 y 56.

(18) F. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, p. 193.

(19) M. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa*, 1972, p. 19.

(20) Así, J. M. BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 113, la califica de «*ficción*» jurídica no regulada legalmente porque en realidad se sigue reconociendo que en el momento de la realización de la descripción típica el sujeto carecía de dominio y posibilidad de dominio de su acción, pero dado que su acción fue dolosa o imprudente en relación a la descripción típica realizada se considera «*como sí*» (*ficción*) hubiese sido dominable para la voluntad y se trasladan a ella los anteriores momentos del dolo o la imprudencia. J. M. SILVIA SANCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, pp. 267 entiende la utilización del calificativo de *ficción* cuando «*sin expresa disposición legal en tal sentido, establece la ficción de que los hechos realizados en situación de “exención de responsabilidad criminal” (aquí incapacidad de realizar la acción indicada) “provocada”, equivalen a aquellos otros que reúnen en sí todos los elementos constitutivos de la figura del delito*». De este mismo autor, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 175 (nota 38), «*Lo que no me parece admisible es la concepción según la cual la “actio libera in causa” constituye una ficción jurídica y como tal, una excepción al principio general garantístico de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar el hecho*». También en contra, J. BUSTOS, *Manuel de Derecho Penal español. Parte General*, 1984, p. 220, «*pienso que sería al revés, considerar el hecho típico con origen doloso o culposo como atípico*».

nuestra atención porque, si puede calificarse de especial o extraordinario, también es cierto que parece estar, como hemos visto y como más tarde veremos en qué medida, presente en nuestro derecho positivo. Por ello, a continuación, se expondrán en un primer momento las diversas posiciones doctrinales así como las consecuencias que de ellas se derivan, comentándose a continuación las líneas doctrinales expuestas, para llegar a ofrecer una interpretación del art. 8.1 del Código Penal.

### 3. EXPOSICION DE LA DOCTRINA SOBRE LA ESTRUCTURA DEL ART. 8.1 DEL CODIGO PENAL A PARTIR DE LA TEORIA DE LA ACCION LIBRE EN LA CAUSA

#### 3.1 Antecedentes: Problematización político criminal de la exigencia de imputación en el momento de comisión

El principio, ya expuesto, de exigencia de imputabilidad en el momento de cometer la acción típica y antijurídica ha sido problematizado desde perspectivas de hecho, de justicia material, recibiendo opiniones político criminales contrarias. Si un sujeto, como indican Octavio de Toledo y Huerta, con objeto o con cognoscibles posibilidades de realizar una conducta penalmente prohibida se coloca en una situación de inimputabilidad y así, cuando comete aquella, deviene impune (21), tal impunidad más que manifestación de una garantía que debe exigirse en todo caso, hace que se burle el contenido garantista y que la garantía se transforme en abusiva oportunidad delictiva, en elemento criminógeno y, en todo caso, en garantía sí pero de aseguramiento impune de una ejecución delictiva merecedora de respuesta penal.

Estos criterios políticos criminales están latentes en la interpretación de la problemática de la acción libre en la causa de tal manera que Del Rosal plantea que ante supuestos como el descrito, los criterios prácticos de utilidad serán preponderantes sobre los tecnicodogmáticos llegando a sacrificar el principio de culpabilidad del autor en el momento de la ejecución de la conducta (22), y Neppi Modona y Violante los entienden como «un recurso para evitar los abusos instrumentales de la necesidad del requisito de la imputabilidad» (23).

---

(21) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 337.

(22) J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español. Parte General*, Vol. II, 1977, p. 89.

(23) G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello stato e sistema penale*, 1978, p. 274.

Pero, debe decirse, los criterios políticos criminales son insuficientes para desbordar los marcos penales y más en fases de aplicación y en todo caso, los criterios tecnicodogmáticos no se agotan en su finalidad sistemática de aplicación, coherente y racional, de las reglas jurídicas sino que satisfacen su función sistemática, fundamentalmente, en la construcción de un coherente sistema de garantías. Es por lo que los criterios políticos criminales, en la ya clásica formulación de Kelsen, tendrán como misión encontrar desde una perspectiva crítica y evolutiva cómo debería ser y cómo debería formarse el derecho a diferencia de cómo es o de cómo se forma (24), lo que nos lleva a reconducir o a limitar la interpretación política criminal de la acción libre en la causa a la oportunidad o no de su plasmación legal en nuestro ordenamiento, pero, entiendo, que no será suficiente o capaz de interpretar el contenido normativo de dicha concreción legal que deberá realizarse desde la perspectiva de la estructura del delito y desde la de los principios que informan el propio sistema penal. Y aún menos capaz será de desbordar la previsión legal y atribuirle alcances que contradigan sus propios términos. De ahí que supuestos como los anteriormente indicados, que burlando la garantía de la imputabilidad la trasforman en abuso para delinquir, exigen junto a su elaboración doctrinal, su expresa contemplación legislativa, fruto y objeto a su vez de nuevos comentarios políticos criminales y de renovadas elaboraciones doctrinales.

### **3.2. Exposición doctrinal de la acción libre en la causa**

#### *3.2.1. Modelo de la tipicidad y modelo de la excepción*

En la doctrina española es generalmente compartida, aunque con consecuencias diversas especialmente en relación con la interpretación del art. 8.1 del Código Penal, la opinión que sitúa como elemento nuclear para la fundamentación de la acción libre en la causa el hecho del autor al «causar» la situación de inimputabilidad con la intención de delinquir, estableciendo así entre dicho comportamiento causante y el resultado producido en situación de exención una conexión especialmente relevante para la responsabilidad penal. Dentro de este marco es mayoritariamente coincidente la opinión que traduce la conexión entre los dos momentos en imputación al primero del resultado producido en el segundo, opinión que ha sido calificada como la «doctrina más aceptada» por Antón Oneca que la describe como aquella que «compone el delito con la acción exterior realizada en

---

(24) H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 1990, p. 15



instante de incapacidad y con la acción interna del tiempo en que el sujeto plenamente imputable cayó en el estado de incapacidad de entender o de querer dolosa o culposamente: es en definitiva el principio «*causa causae et causa causatis*» lo decisivo» (25). También esta postura de imputar a la acción de ponerse en situación de irresponsabilidad la responsabilidad por la conducta realizada en situación de inimputabilidad ha sido destacada por Silva Sánchez como la «más conocida y prácticamente seguida sin discusión en nuestro país» (26) y como la «doctrina dominante tanto en España como en Alemania» por Rodríguez Motañés (27).

Desde la perspectiva de la ejecución típica, evitando el obstáculo (problema de culpabilidad) que supone la ausencia de imputabilidad en el momento de producción del resultado, pues tal imputabilidad, desde esta perspectiva, está presente en el hecho de crear la situación de incapacidad que se vincula con el resultado típico, tanto en los planes como en la comisión del autor, es especialmente demostrativa la exposición de Cobo del Rosal y Vives Antón. Estos autores, planteando previamente una reserva metódica al afirmar que la determinación del fundamento de la responsabilidad penal de quien delinque cuando ha preordenado su trastorno mental es una cuestión doctrinal y no legislativa, consideran como «lo más correcto sostener que quien se coloca voluntariamente en situación de inimputabilidad para llevar a cabo el delito, está ya iniciando su ejecución» (28) de manera que será el momento en que el sujeto es «libre», según la fórmula de la «*actio libera in causa*», esto es, el momento de situación de imputabilidad del sujeto, el momento de ejecución en tanto que en él se da ya comienzo a la realización del tipo del injusto que posteriormente se realiza, opinión que también comparte Mir Puig al situar el momento de la acción en el de la «provocación de la situación» (29).

Como ya se ha mencionado, este planteamiento está ampliamente presente en la elaboración doctrinal que, sin embargo, no descuida el advertir sobre el problema que supone la imputación de hechos que se dan en situación de inimputabilidad, problema que es precisamente el que se trata de resolver. Así, Muñoz Conde, manifestando esta «dificultad para imputar hechos producidos en estado de inimputabilidad» señala que «el autor, antes de realizar la acción típica, había puesto en marcha al proceso causal cuando todavía era imputable. La imputabilidad aquí va refe-

---

(25) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1986, p. 334.

(26) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 264 y 265.

(27) T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Síndrome de abstención y actio libera in causa*, 1989, p. 136.

(28) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 406.

(29) S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1985, p. 508.

rida a la acción precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad». Como se ve este autor remite, en el texto citado, la base de la imputabilidad al hecho que genera la situación de exención, utilizando la expresión de «acción precedente» si bien conecta tal acción anterior con el resultado ulterior típico y antijurídico producido en el momento de imputabilidad en la referencia que hace a la puesta en marcha del proceso causal, afirmando que «se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica» (30). De modo similar Quintero Olivares sitúa el momento de valoración de la existencia de una acción penalmente relevante y causalmente atribuible al sujeto no en el momento de la realización del hecho, sino en aquel en el que el sujeto voluntaria o imprudentemente dejó de tener la plena conciencia de sus actos» (31). También Gómez Benítez defiende que «el que busca la situación de inimputabilidad o semiimputabilidad para cometer el delito, está poniendo en marcha un curso causal de características delictivas... si bien el sujeto era inculpaible o tenía la culpabilidad disminuida en el momento de la comisión del hecho, puede exigirsele responsabilidad criminal por la «actio praecedens» es decir por su conducta anterior a la acción típica» (32).

Una mención singular puede hacerse a la posición de Silva Sánchez dada la especial intensidad con la que recientemente este autor ha tratado el tema que ahora exponemos. En primer lugar este autor destaca que el enunciado de «acción u omisión libre en la causa» más que un enunciado descriptivo de una situación problemática presenta «la caracterización de una estructura que ofrece alternativas concretas para su solución» (33), puntualización que viene oportunamente a plantear pluralidad de supuestos. En relación con la teoría de la acción libre en la causa, se muestra partidario también de establecer la imputación en la acción precedente porque con ello «se obliga a hallar en la acción provocadora todos los elementos determinantes de la imputación del resultado a la misma» operando así, «todas las reglas generales de la imputación, lo que determina que esta sea la regla más garantista» (34) esto es, que imputando el resultado final a la acción previa de la creación de la exención, se mantiene a la vez la efectividad de la eximente en el momento último. Por lo que se refiere concretamente al art. 8.1 del Código Penal expone en otro de sus trabajos que frente a la opinión que

---

(30) FR. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, pp. 144 y 145.

(31) G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, 1986, p. 422.

(32) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, 1984, p. 477.

(33) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit. p. 260.

(34) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas*, 1988, p. 915.

imputa el hecho producido a la acción previa, la consideración de que en los casos de provocación de propósito «ni siquiera concurre exención en la segunda fase y el hecho es directamente punible» tiene la ventaja de que permite «dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 8.1 del Código Penal «en todo caso», esto es, para supuestos como el de los delitos de propia mano o de delitos que exijan determinados medios para su comisión, acudiendo así a la solución ofrecida por Hruschka en la doctrina alemana, en la que no existe apoyatura legal, aunque planteando que de esta manera se sanciona a un sujeto por un hecho que realiza en situación de inimputabilidad (35). Aún así, admite, dada la expresa previsión legal del art. 8.1 del Código Penal, que la eximente provocada «de propósito» anula el efecto eximente. Sin embargo, en otro momento y de acuerdo con la preferencia de este autor sobre la «*actio libera in causa*», que ya se ha expuesto anteriormente, plantea que más allá del marco literal del art. 8.1 del Código Penal, caben otros supuestos de provocación de inimputabilidad distintos al «de propósito», una imprudencia inicial, por ejemplo, que permiten imputar a esa conducta imprudente el hecho finalmente realizado (36). Así, en relación con determinados supuestos omisivos de «*actio libera in causa*», plantea en el momento de la provocación la existencia de una situación de peligro «causada por la “no realización de la conducta indicada para la protección de bienes jurídicos”, omisión a la que cabe imputar el resultado lesivo en caso de que éste se produzca» (37). Debe destacarse la insistencia de Silvia Sánchez en que el hecho de la provocación «debe reunir en sí todos los elementos necesarios para constituir un riesgo en dirección al resultado y que éste último se le pueda imputar» (38) de manera que si esto no es posible se dará la impunidad.

Muy recientemente, como antes se ha apuntado, Alonso Alamo defiende un planteamiento distinto de la teoría de la «*actio libera in causa*» dentro de la que interpreta el contenido del artículo 8.1 del Código Penal. Destaca esta autora la existencia de dos momentos claramente diferenciados en relación con la ejecución típica. Uno, la acción realizada por la que el sujeto se coloca en situación de incapacidad y el segundo el representado por la realización de la acción típica cuando el sujeto es incapaz, e insiste en la necesidad de que entre ambos momentos medie un nexo causal tanto externo como psicológico (39).

---

(35) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.º* (a la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «*actio libera in causa*»), 1988, p. 174 (nota 30) y 175 (nota 38).

(36) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 915.

(37) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 268.

(38) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 272; *La estructura...*, ob. cit. p. 915.

(39) M. ALONSO ALAMO, *La acción...*, ob. cit., p. 81.

En la doctrina comparada también se participa de la referencia protagonista del momento y del hecho por el que el autor se coloca en situación de inimputabilidad como referencia para la imputación. «Si la relación causal y la culpabilidad se dan en relación al resultado, escribía Von Liszt, en el caso concreto, la apreciación jurídica no ofrece ninguna dificultad. En el momento decisivo (y éste no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad. El acto ha sido cometido en este momento, y, por tanto es imputable al autor» (40). También, tanto Mezger como Maurach establecen lo que ambos califican «causa decisiva» en el momento previo en que el sujeto es imputable aunque el resultado típico se realice en un momento de inimputabilidad (41). Esta solución responde, tal como expone Roxín al modelo de «la tipicidad que vincula el castigo del autor a su conducta causante de la exclusión de la culpabilidad» (42) y construye la relación de imputación conforme a la «actio praecedens» (imputación en la causa), a diferencia del modelo de excepción que vinculada al castigo al comportamiento inculpable del sujeto.

Jescheck, sin embargo, reconociendo que el problema de si el autor es capaz o incapaz debe situarse en el momento del hecho, y reconociendo que la «actio libera in causa» es una excepción a este principio, que si bien no está contemplada en la ley es admitida por el derecho consuetudinario, entiende que la razón de la acción libre en la causa se encuentra en el «comportamiento que el autor pone en marcha de forma responsable, pero no desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad». De esta manera, Jescheck platea, por una parte, en el momento de imputabilidad, el inicio de un «proceso de conducción que prepara el hecho» cuya ejecución se inicia no en ese momento, sino en uno posterior de inimputabilidad. Así puede entenderse que la imputación se refiera al hecho posterior realizado que es en el que se produce la ejecución, aunque defienda que «la acción típica se encuentra en una relación reprochable al autor con la actio praecedens plenamente responsable» (43). Cabe también citar a Hruscka, en relación con la imputación al hecho posterior al entender que la provocación de la eximente tiene la significación de negarla (44), razonamiento

---

(40) FR. VON LISZT, ob. cit., p. 400.

(41) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 1957, p. 70. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 113.

(42) CL. ROXÍN, *Observaciones...*, ob. cit., 1988, p. 22. También, T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Síndrome...*, ob. cit., 1989, p. 129.

(43) H. H. JESCHECK, ob. cit., p. 111.

(44) Cit. por J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 265 y *La estructura...*, ob. cit., p. 914.

que puede conectarse con la estructura de doble negación que más arriba se ha atribuido al art. 8.1 del Código Penal

En la doctrina italiana pueden encontrarse planteamientos similares a los expuestos que sitúan el comienzo de la ejecución delictiva en el momento de crear la situación de inimputabilidad. Bettiol y Mantovani indican que la ejecución del delito comienza «cuando el sujeto ha puesto libremente en acción un comportamiento que da lugar al estado de incapacidad de entender y de querer del que deriva el daño» (45) y de manera similar Antolisei establece como singularidad de la «actio libera in causa» el que «el sujeto comienza la ejecución del delito en estado de imputabilidad» (46) aunque lo continúe en estado de no imputabilidad.

Con una posición notablemente diferenciada, Leone considera que en el supuesto del art. 87 del Código Penal italiano, «quien se ha colocado en situación de incapacidad de entender o de querer a fin de cometer el delito o de prepararse una excusa», la conducta se concreta en el ponerse en estado de incapacidad de entender y de querer; el resultado se concreta en el peligro de que en tal estado se cometa un hecho que corresponde a una figura de delito; el dolo consiste en la conciencia y voluntad de tal peligro» (47), estableciendo así una especie de tipo doloso de peligro, especialmente abstracto, en la parte general y considerando el resultado final que se produzca a modo de condición de punibilidad, opinión, a mi entender, no compartible en tanto que parece confundir cuestiones de antijuridicidad con culpabilidad y llega a atribuir a un resultado típico, aunque sea realizado en situación de inimputabilidad, el carácter de condición de punibilidad porque, según este autor, la finalidad intencional, «a fin de cometer el delito» no alcanza al resultado producido, confundiendo así actos de ejecución con condiciones de punibilidad y ofreciendo, en todo caso, como ha expuesto Alonso Alamo, una construcción diferente a la de la «actio libera in causa» (48).

---

(45) G. BETTIOL, L. P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 1986, p. 477.

(46) FR. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale. Parte General*, 1982, p. 539.

(47) M. LEONE, ob. cit., p. 22. Art. 87 del Código Penal italiano: «La disposición de la primera parte del art. 85 no se aplica a quién se ha colocado en situación de incapacidad de entender o de querer a fin de cometer el delito o de prepararse una excusa». Art. 85 del Código Penal italiano: «Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si en el momento en que lo comete no era imputable. Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer.»

(48) M. ALONSO ALAMO, ob. cit. p. 63: «Se aparta (la «actio libera in causa»), por tanto, de la técnica consiste en tipificar la causación de la propia incapacidad que origina el peligro de cometer un delito y donde la efectiva realización del mismo puede funcionar, por ejemplo, como condición objetiva de punibilidad. En tal supuesto no se necesita enlace psicológico alguno entre la acción causante de la incapacidad y del peligro, por un lado, y la realización de la acción típica, por otro. Basta un enlace causal físico o externo. Por ello, de reconocerse legislativamente un figura delictiva de tales características ha de tener carácter subsidiario respecto a la «actio in causa».

### 3.2.2. *Recurso a la similitud con la teoría de la autoría mediata*

Como argumento estrechamente relacionado con la opinión ampliamente extendida de establecer la base de la imputación en el hecho de producir la situación de inimputabilidad, argumento también apoyado con notable amplitud, se plantea la similitud entre la teoría de la acción libre en la causa y la figura de la *autoría mediata*, similitud que, como se verá, recibe partidarios tanto de los defensores de la imputación en la acción previa, como de los defensores, no todos, de situar la base de la imputación en la acción posterior. Ya Von Liszt señalaba el paralelismo entre la utilización de los locos o los ebrios como instrumentos para nuestros fines, con la utilización de nosotros mismos en estado de perturbación mental o de embriaguez para la ejecución de planes preconcebidos (49) y Jescheck, partidario de la imputación a la acción posterior, califica la «*actio libera in causa*» dolosa como paralela a la autoría mediata estableciendo el símil de que «el autor se utiliza a sí mismo hasta cierto punto como instrumento que actúa inculpablemente y debe castigársele, por consiguiente, por la comisión dolosa del hecho» (50). También Roxín, siguiendo el modelo de la tipicidad, entiende que del mismo modo que en la autoría mediata, la tentativa de utilizar un instrumento no culpable comienza con la incidencia sobre el instrumento y termina cuando sale del propio ámbito de dominio, en la «*actio libera in causa*» la tentativa comienza al colocarse la propia persona en situación de incapacidad de culpabilidad: el autor se hace instrumento irresponsable de sí mismo y desde el momento en que se produce la incapacidad de culpabilidad pierde el curso causal posterior» (51).

En la doctrina española Cobo del Rosal y Vives Antón plantean el paralelismo en manifestaciones tanto de acción libre en la causa dolosa como imprudente. «Así como en la autoría mediata la ejecución del hecho comienza cuando el autor inicia la actuación sobre el instrumento, en los casos de *actio libera in causa* la ejecución se adelanta al momento en que el autor actúa sobre sí mismo con el fin de colocarse en situación de inimputabilidad» (52). También Gómez Benítez considera que «desde un punto de vista dogmático puede decirse que quien así actúa se comporta como un autor mediato que instrumentaliza su propia inimputabilidad o semiimputabilidad» (53) y Mir Puig piensa que puede acudir a la construcción de la autoría mediata para justi-

---

(49) FR. VON LISZT, ob. cit., p. 400.

(50) H. H. JESCHECK, ob. cit. p. 612. También en la doctrina itlaiana; ANTOLISEI, ob. cit. p. 539, y G. BETTIOL, L. P. MANTOVANI, ob. cit., p. 477.

(51) CL. ROXÍN, *Observaciones...*, ob. cit., p. 28.

(52) M. COBO DEL ROSAL; T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 406.

(53) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 477.

ficar la responsabilidad penal en los supuestos de actio libera por imprudencia o dolo eventual, supuestos no incluidos en la fórmula legal (54).

Por último indicar que en la elaboración teórica que se está mostrando y en la jurisprudencial se aceptan generalmente tanto formas dolosas como imprudentes de la acción libre en la causa. Será dolosa el sujeto, dolosamente, se coloca en situación de inimputabilidad o de semiimputabilidad para la comisión de un delito doloso y será imprudente cuando el sujeto, dolosa o imprudentemente, se coloca en la mencionada situación para la comisión de un delito imprudente (55) supuestos que Silvia Sánchez amplía con la hipótesis de provocación imprudente seguida de realización dolosa en la segunda fase (56).

### **3.3. Consecuencias de la elaboración doctrinal en la interpretación del art. 8.1 del Código Penal**

#### *3.3.1. Admisión o rechazo de su carácter de excepción*

Como se ha señalado anteriormente, las fundamentaciones doctrinales y los criterios políticos criminales de la acción libre en la causa producen diversas consecuencias de cara a la interpretación de la fórmula que el art. 8.1 del Código Penal contiene. Así, se discute si tal referencia del texto legal supone o no una excepción al principio de responsabilidad que debe regir en el momento de la comisión delictiva y, asimismo, se discute sobre el contenido y consiguiente extensión de dicha concreción parcial de la «actio libera in causa» cuando se entiende plasmada en nuestro Código Penal.

La línea doctrinal que defiende que hay inicio de ejecución en el momento de colocarse el sujeto en situación de inimputabilidad, coherentemente, no encuentra en la fórmula de negación de la existente excepción alguna a la exigencia del requisito de imputabilidad en el momento de comisión ya que tal momento se produce precisamente cuando se provocó la situación de inimputabilidad, no existiendo, por tanto, como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, «una disociación entre momento de la acción y momento de la imputabilidad» de manera que las acciones libres en la causa «no representan una excepción a la regla general que afirma que el momento de la imputabilidad es el momento de la acción» (57). Con la imputación a la acción precedente, como momento de ejecución, se salva así la

---

(54) S. MIR PUIG, ob. cit., p. 618.

(55) Ver supra p. 5. También J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pp. 113, 114 y 477.

(56) J. M. SILVIA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 914 (nota 40).

(57) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 408.

objeción de sancionar por un hecho que se realiza en situación de inimputabilidad, dado que, en este planteamiento el hecho se realiza, comienza la ejecución, siendo el sujeto imputable. Se ha visto también, anteriormente, cómo Silva Sánchez considera preferible la imputación a la acción precedente puesto que ello «obliga a hallar en la acción provocadora todos los elementos determinantes de la imputación del resultado a la misma» (58) obviando así el problema de la ausencia de imputabilidad.

Sin embargo, otros autores que aún insistiendo en el momento previo de la provocación de la situación de inimputabilidad no destacan expresamente ese momento como de inicio de ejecución aunque sí centran en él, y no en la acción posterior, la valoración de la imputabilidad, considera la presencia de la acción libre en la causa como una excepción a que la valoración de la culpabilidad deba estar referida al momento de la comisión del hecho. Así Muñoz Conde, admitiendo que la «imputabilidad va referida a la acción precedente» señala que constituye una «excepción a este principio», el de imputación al momento de comisión, ya que en estos casos se considera también imputable quien «en el momento de cometer sus actos no lo era pero si lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en una acción típica» (59). También Antón Oneca considera las acciones libres en la causa, una excepción a la regla general que plantea la exención de imputabilidad a quien en el momento de cometer la acción no es imputable (60), quebrándose con esta excepción, como expone Del Rosal, «el tiempo de la acción como objeto de referencia de la doctrina de los caracteres del delito» (61).

Se ha hecho alusión más arriba a la opinión de Gómez Benítez de considerar la acción libre en la causa no tanto como una excepción sino como una «ficción» al plantear que la conducta fue realizada «como si» (ficción) hubiese sido dominable por la voluntad y se trasladan a ella los anteriores momentos del dolo o la imprudencia» (62) entendiendo que en esta referencia, el autor hace mención a la acción libre en la causa en relación con la ausencia de acción provocada pero no en relación con la provocación de la ausencia de imputabilidad. En todo caso el «como si» que puede interpretarse presente en la salve-

---

(58) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 915.

(59) FR. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 154. También B. DEL ROSAL BLASCO, *Problemas de necesidad e imputabilidad en un sujeto con síndrome de abstinencia de drogas*, 1983, p. 123, considera los supuestos de acción libre en la causa excepcionales a la regla general de la imputabilidad en el momento de realización del hecho.

(60) J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 334.

(61) J. DEL ROSAL, ob. cit., p. 89.

(62) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 113.



dad contenida en el art. 8.1 del Código Penal puede considerarse similar a una regla de excepción. Desde una posición sistemática distinta Rodríguez Devesa, refiriéndose al art. 8.1. del Código Penal expone que «no es fácil imaginar los supuestos a que alude la ley, salvo en el caso de toxifenías, aún así resulta difícilmente pensable que el trastorno sea compatible con aquel propósito, es decir que el sujeto conserve durante él un margen de control de sus actos bastante para cometer el delito que se había propuesto, pues si lo ha perdido no debería ponerse en relación uno con otro, y si no lo ha perdido no hay trastorno mental» (63).

Si defienden claramente el carácter de excepción al principio de imputación, principio de legalidad, los autores que plantean la imputación en el hecho realizado en situación de inimputabilidad. Así Alonso Alamo afirma que la «actio libera in causa» contiene una «desviación del principio de culpabilidad» y precisamente por ello reclama «una intervención del legislador que establezca excepción» (64).

En la doctrina alemana Jescheck, siguiendo el razonamiento, ya visto, de atribuir a la acción precedente el inicio de un «proceso de conducción que prepara el hecho» pero atribuyendo el inicio de ese hecho al momento posterior de inimputabilidad, distingue que la admisión de la «actio libera in causa» dolosa «no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad puesto que el autor emplea en todo caso su propia incapacidad de culpabilidad como un medio para la ejecución típica. Se trata en cambio de una excepción a la regla de que la incapacidad de culpabilidad en la comisión del hecho conduce a la impunidad» (65) razonamiento que en base a la similitud con la teoría de la autoría mediata plantea la utilización de la ausencia de capacidad como medio de comisión. Por el contrario Hruschka se refiere a una «reducción del principio de la imputabilidad del autor incapaz de culpabilidad en el momento del hecho» (66). Roxín, sin embargo, critica a ambos autores en la medida en que establecen, desde fuera de la norma y en base a su aceptación por el derecho consuetudinario, por tanto, excepcionalmente, la responsabilidad por el hecho realizado en un momento de incapacidad. Indica Roxín que «tal interpretación no ya “difícilmente” sino en absoluto es compatible con el tenor literal y que una infracción del tenor literal inequívoco de la ley nunca puede justificarse materialmente al contravenir lo dispuesto en el art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La justifica-

---

(63) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte General*, 1988, p. 608.

(64) M. ALONSO ALAMO, *La acción...*, ob. cit., p. 67.

(65) H. H. JESCHECK, ob. cit., p. 612.

(66) Cit. por M. ALONSO ALAMO, *La acción...*, ob. cit., p. 67.

ción material puede todo lo más utilizarse como argumento de «legerenda» (67).

Desde el punto de vista de la presencia en el derecho positivo de concretas manifestaciones de la teoría de la acción libre en la causa tiene un especial interés las interpretaciones sobre su ámbito de aplicación. En relación con la literalidad del art. 8.1 del Código Penal, a no ser que este «haya sido buscado de propósito para delinquir» referido a la exigente de trastorno mental transitorio o a su fórmula de atenuante privilegiada del artículo 9.1, se discute doctrinalmente su alcance en base a dos cuestiones. La primera derivada de la exigencia legal de que el trastorno «haya sido buscado de propósito». La segunda procedente de la expresión «para delinquir».

### 3.3.2. Interpretación literal o ampliación de la fórmula «buscado de propósito»

En referencia con la exigencia legal de buscar el trastorno mental «de propósito», Octavio de Toledo y Huerta entienden que «quiere decir tanto como hacerlo intencionadamente, connotación volitiva que de entre las diversas clases de dolo sólo posee el dolo directo (no eventual) del que a nuestro juicio no puede desgajarse en razón a este aspecto el dolo directo de segundo grado en el que la intención (sí que más difusa) está tan presente como en el dolo directo de primer grado. En consecuencia, del tenor literal del art. 8.1 del Código Penal parece derivarse que no se niega la exención de responsabilidad criminal a quien se provoca el trastorno mental transitorio con dolo eventual o a quien se lo ocasiona imprudentemente» (68). Esta interpretación, ajustada al ámbito expreso de la ley, venía siendo defendida en nuestra doctrina por Córdoba para quién, en atención, precisamente, al texto legal «el sujeto que provoca su embriaguez aceptando —el “propósito” solamente cubre el dolo directo no el eventual— previendo o pudiendo prever un resultado delictivo gozará de la exención conforme al número 1 del art. 8, o de la atenuación según la circunstancia primera o segunda del art. 9» (69). Defensa, por tanto, de la expresión legal en sus propios términos y correspondiente exclusión de los supuestos de origen

(67) CL. ROXÍN, *Observaciones...*, ob. cit., p. 23.

(68) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 338. En el mismo sentido J. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 479. De distinta manera, restringiendo la referencia legal al dolo directo de primer grado, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 170.

(69) J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, 1872, pp. 422 y 423.

imprudente o con dolo eventual, por su carácter extranormativo, para negar la eximente.

Sin embargo, otros autores, sin negar la precisa literalidad del art. 8.1 del Código Penal, pero en base a la elaboración doctrinal de la acción libre en la causa según el modelo de la tipicidad con la atribución de la imputabilidad a la acción del autor que provoca la situación de inimputabilidad, acción que se conecta causalmente con el posterior resultado producido, y en base a la similitud que tal estructura guarda con la de la autoría mediata, consideran compatible el reconocimiento en nuestro sistema penal, según las reglas generales de imputación, de un origen imprudente o por dolo eventual de un resultado producido en un momento en que se carece de responsabilidad penal en la medida en que tal origen haya creado la carencia de responsabilidad. Así, Mir Puig, reconociendo que la ley excluye sólo la operatividad de la eximente cuando el trastorno se busca «de propósito», considera, sin embargo, que ello «no es incompatible con la prohibición de la imprudencia o dolo eventual anteriores: cuando el trastorno se debe a estas causas ciertamente resultará exento el acto delictivo, posiblemente doloso, que tiene lugar durante dicho trastorno, con lo que se respeta la letra de la ley, más no por ello cabrá negar la subsistencia de una imprudencia o dolo eventual que conectados casualmente con el resultado producido, realizarán hechos punibles según las reglas generales (70). Salva así este autor la previsión legal de la exención aplicable a los supuestos no contemplado, como salvedad, en el art. 8.1 del Código Penal pero no le resultan penalmente irrelevantes cuando la imprudencia o el dolo eventual son anteriores, en situación de imputabilidad, de manera que «cuando hubo provocación imprudente subsiste una imprudencia anterior a la que es imputable el resultado lesivo producido y que, por ser anterior al trastorno no tiene porqué quedar exenta de la responsabilidad que corresponda a los delitos imprudentes. Hay que castigar, pues, por la imprudencia anterior y ello no se opone a la exención respecto al hecho cometido durante el trastorno... esta misma fundamentación ha de conducir a castigar por dolo eventual si no se cree posible entender que en tales casos se ha buscado «de propósito» (71). De una manera similar respecto a la «*actio libera in causa*» imprudente en relación con la fórmula del art. 8.1 del Código Penal, Quintero Olivares expone que si bien no hay obstáculo para admitirla desde la perspectiva de la estructura del delito es precisamente por ello por lo que parece «un periplo conceptual innecesario ya que el supuesto de embriaguez imprudente seguido de causación de daños... puede «directamente» configurarse como supuestos de imprudencia punible

---

(70) S. MIR PUIG, *Adiciones de Derecho Penal*, a H. H. JESCHECK, ob. cit., p. 618.

(71) S. MIR PUIG, *Derecho*, ob. cit., p. 510.

al ser precisamente «ese» el acto imprudente» (72). Como se ve, no se plantea tanta una interpretación extensiva de la expresión legal contenida en el art. 8.1 del Código Penal cuanto una aplicación ordinaria de las reglas generales de la comisión culposa, razonamiento que también recoge Bustos para quien «en realidad no se ve razón por la que el hecho cometido en razón de un trastorno mental transitorio debido a la falta de cuidado exigido, haya de quedar impune y no seguir las reglas generales del delito culposo» (73), si bien este autor reconoce la existencia de un vacío legal en relación con estos posibles supuestos de comisión.

De una manera singular, desde la teoría general de la «actio libera in causa» en relación con los términos de la previsión legal contenida en el art. 8.1 y desde pretensiones político criminales Gómez Benítez considera que «sin no aludiese el art. 8.1 a ninguna clase de actio libera in causa (tampoco por tanto a la de dolo directo) podría aplicarse sin restricciones la doctrina de la actio libera in causa; pero la previsión legal de una clase de actio libera in causa como obstáculo para la aplicación de la eximente, parece, lógicamente, indicar que las restantes clases o formas no empecen para la aplicación de la misma. La solución —probablemente «contra legen»— tal vez sea entender que dicha norma sólo prevee un supuesto de actio libera in causa, pero no excluye o imposibilita los demás, esto es, los casos de actio libera in causa de dolo eventual o imprudente» (74). Este riesgo de una interpretación forzada y contraria a la ley, que es rechazado, como hemos visto, en la exposición de Mir Puig, también lo es por Silva Sánchez que advirtiendo como se ha dicho que la teoría de la «actio libera in causa» no es tanto una descripción de la situación de las eximentes provocadas cuanto una forma de resolver dicha situación, afirma por una parte la vigencia de la eximente en el resultado producido y por

---

(72) G. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 423. También CL. ROXIN, ob. cit., p. 26, resalta las pocas dificultades de interpretación de la «actio libera in causa» imprudente pero plantea que «porqué en lugar de un delito imprudente completamente normal, no se habla de una «actio libera in causa» imprudente. Pues de hecho, la «actio libera in causa» imprudente sigue las reglas normales de imputación en el tipo objetivo... La única diferencia entre la «actio libera in causa» imprudente y la imprudencia normal consiste en que en la «actio libera in causa» existen entre la acción imprudente y el resultado todavía toras acciones realizadas por el autor en estado de inculpabilidad, en las que falta la imprudencia «habitual».

(73) J. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 393. En el mismo sentido se había promunicado J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 334: «El Código sólo habla de trastorno «buscado de propósito». ¿Será responsable quién caiga en el culpablemente pero sin propósito de delinquir? La ley no ha proveído por medio de norma especial este supuesto. Sin embargo, entendemos serán aplicables los preceptos generales de la imprudencia; de otro modo no podría justificarse el beneficio de impunidad en comparación con otras conductas culposas».

(74) J. M. GÓMEZ BENITEZ, ob. cit., p. 479.

otra imputa tal resultado a la acción previa provocadora (75) de tal modo que para los supuestos no contemplados en el art. 8.1 podrá aplicarse pacíficamente dicha teoría. En contra de esta interpretación, aún admitiendo lo criticable del vacío legal que supone el art. 8.1 del Código Penal, desde perspectivas dogmáticas y político criminales se manifiestan Octavio de Toledo y Huerta en razón al marco de garantía que supone la aplicación rigurosa del principio de legalidad (76) como más tarde veremos.

### 3.3.3. Interpretación de la expresión «para delinquir»

También en relación con la extensión de la previsión legal de la *actio libera in causa* del artículo 8.1 del Código Penal se interpreta doctrinalmente el ámbito de la expresión «para delinquir». Esta expresión, cuya presencia se remonta al Código Penal de 1944, evita por una parte la duda anterior, de si era suficientemente para negar la exención la salvedad del trastorno aunque no fuera adquirido con fines delictivos, como ha destacado Antón Oneca (77), pero por otra ha llevado a que se interprete su literalidad «para delinquir» de una manera restrictiva, esto es, que no sea suficiente un preordenación genérica para cualquier delito sino que se exige una preordenación concreta en la que el trastorno mental se haya buscado para cometer el hecho concretamente realizado (78). Es compartida doctrinalmente esta opinión en base a que un interpretación ajustada a su tenor literal debe ser rechazada, en palabras de Córdoba, porque «trasluce un recusable criterio valorativo, vulneración de la concreción exigida por la culpabilidad» (79) o como dice Bustos porque vulneraría un «planeamiento garantista de la responsabilidad que es por un hecho concreto y no por una voluntad genérica de delinquir» (80). Asimismo, interpreta Mir Puig, en base a argumentos históricos y teológicos, que «delinquir» debe entenderse en un sentido comprensivo tanto de delitos como de faltas (81) así como que, también, el sujeto debe conocer

---

(75) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La estructura...*, ob. cit., p. 914.

(76) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 340 y 341.

(77) J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 334.

(78) S. MIR PUIG, *Der...*, ob. cit., p.

(79) J. CÓRDOBA RODA, ob. cit., p. 221.

(80) J. BUSTOS RÁMIREZ, ob. cit., p. 393. En el mismo sentido E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 339.

(81) S. MIR PUIG, *Der...*, ob. cit. p. 508: «Delinquir» debe entenderse en un sentido amplio comprensivo tanto de «delitos» como de «faltas». Abonan esta interpretación argumentos históricos y teológicos... Históricamente el encabezamiento del art. 8 rezaba en el del Código Penal de 1870: «No delinquen...» en referencia a los exentos de responsabilidad mencionados a continuación en el mismo precepto. Es evidente que

las circunstancias modificativas de la responsabilidad «en el momento de la acción o de su cooperación para el delito» según el artículo 60.2 (82), comprensión de la expresión «para delinquir» que también defiende Alonso Alamo (83).

Sin embargo, la introducción de la expresión «para delinquir» por el Código de 1944 no es confirmada como oportuna por Pérez Victoria que plantea que «la ampliación del ámbito de la eximente por el vigente Código, al excluir tan solo del mismo la situación buscada de propósito «para delinquir» merece meditar-se con miras a la conveniencia de ser o no mantenida en futuras reformas (84).

#### 4. COMENTARIO Y CONCLUSIONES QUE SE DERIVAN

Se iniciará, a continuación, el comentario de las posiciones doctrinales que se han ido exponiendo para intentar alcanzar una delimitación del contenido del art. 8.1 del Código Penal así como se comentarán los contenidos anunciados en la P.A.N.C.P

##### 4.1. Insuficiencia de la argumentación político-criminal como criterio de aplicación

Antes de tratar la propia estructura sistemática del art. 8.1, que se esbozó al comienzo de esta exposición, debe insistirse en el rechazo que merece la argumentación que desde fuera de la norma y en base a estrictas razones político criminales, aunque sean fundadas, pretenda establecer criterios de aplicación. Es cierto, y también se ha dicho, el problema que se presenta ante supuestos cuya impunidad trasforma la garantía en privilegio. Sin duda que el sentimiento jurídico se sentirá herido pero tampoco cabe la duda de que la sensibilidad jurídica no es un criterio suficiente precisamente por carecer de la debida positividad y más cuando supone una interpretación que desborda el texto legal.

Se ha reconocido ampliamente por la doctrina, ya así lo destaca Gómez Benítez, como «político-criminalmente indeseable» (85) la

---

hubiera resultado absurdo interpretar dicho «no delinquen» en el sentido de «no cometen delito» y sin que incluyera a las «faltas, pues sería inadmisibles que las eximentes del art. 8 no alcanzarán a éstas. Por otra parte, la interpretación teológica de la actual eximete de trastorno mental transitorio no podría admitir que quedase exento de pena quien buscase el trastorno para cometer una «falta».

(82) S. MIR PUIG, *Der...*, ob. cit., p. 508.

(83) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., pp. 86 y 87.

(84) O. PÉREZ VITORIA, *El «trastorno mental transitorio» como causa de imputabilidad en el Código Penal español*, 1952, p. 41.

(85) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 479.

fórmula restrictiva del art. 8.1 del Código Penal, pero podemos recordar y coincidir con Von Liszt en que la política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir (86), y también podemos recordar, en palabras de este autor, que el Derecho Penal es la barrera intransgredible de la Política criminal. Como señaló Saldaña —con, ciertamente, encendidas palabras, «la política criminal— flamante, punjante— tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias. La Política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El Derecho Penal —hijo de la Política— las consagra» (87).

## **4.2. Estructura contradictoria del artículo 8.1 del Código Penal**

### *4.2.1. El artículo 8.1 del Código Penal como norma especial*

Pienso que puede aceptarse que la singular problemática que caracteriza la supuesta concreción parcial que de la teoría de la acción libre en la causa se plasma en el artículo 8.1 del Código Penal, consiste en que un resultado producido, una acción o una omisión que coincide con una descripción típica dolosa o culposa, se realiza en un momento de ausencia de imputabilidad y que «pese a ello» se hace al sujeto que lo realiza responsable porque tal ausencia de imputabilidad ha sido previamente buscada de propósito por él con una intencionalidad de comisión delictiva.

Es este «a pesar» de la ausencia de imputabilidad lo que distorsiona, en principio, el juego pacífico de las reglas generales de imputación. Este «a pesar», en cuanto salvedad o supuesto condicionante, es el que, como hemos visto, puede entenderse como un eslabón contradictorio que une los dos elementos que inicialmente se niegan: la exigencia de imputabilidad en el momento de comisión para realizar un juicio de responsabilidad penal y la posibilidad legal de ese juicio de responsabilidad aún cuando se dé una situación de inimputabilidad en el momento de comisión, como es la situación de trastorno mental transitorio. El eslabón que viene a unir los contrarios, inimputabilidad e imputabilidad, viene descrito por la expresión «buscado de propósito para delinquir», referida al trastorno mental.

Entiendo que la propia estructura y la posición sistemática del art. 8.1 del Código Penal responden a este esquema. A la afirmación de

---

(86) FR. VON LISZT, ob. cit., tomo I, p. 7. También, L. JIMENEZ DE AUSA, *La nueva política criminal*, p. 9.

(87) Q. SALDAÑA, *Adiciones a Fr. Von Liszt, Tratado de Derecho Penal*, p. 71.

que están exentos de responsabilidad penal los que se encuentran en situación de trastorno mental al realizar el delito, se le añade una negación, esto es que no están exentos y sí hay responsabilidad penal cuando el trastorno ha sido buscado de propósito para delinquir. A la exigente, en cuanto negación de responsabilidad, se le enfrenta un supuesto contrario que, al negarla, reafirma de nuevo la responsabilidad.

Nos encontramos así, entiendo, ante una *norma especial* dentro del propio art. 8.1 del Código Penal que frente a la norma general, que es básicamente el mismo art. 8 del Código Penal en cuanto regulador de las causas de exención penal y en concreto su epígrafe primero en relación con el trastorno mental, excepcionaliza singularizadamente la norma general. Con esta excepción concreta lo que se niega es que el principio de exigencia de imputación en el momento de la comisión sea de aplicación en todo caso, o quizá, con mejor expresión, con esta excepción lo que se afirma es que el principio de exigencia de imputación en el momento de la comisión es de aplicación en todo caso salvo en aquel supuesto que por ley y excepcionalmente se establezca. De la misma manera, lo que se afirma con la excepción es que el trastorno mental siempre será exigente, salvo que, excepcionalmente, la ley establezca algún supuesto en que no lo sea.

Es por lo que acaba de decirse que se entienda no sólo especialmente destacable sino imprescindible la presencia en la norma del supuesto especial. Y esto es así porque su presencia en el art. 8. 1 del Código Penal, como manifestación de legalidad, lo que viene a decir es que sin ella, sin esta expresa referencia positiva como excepción o especialidad, el principio que excepcionaliza regiría en todo caso.

#### 4.2.2. *El art. 8.1 como excepción concreta al principio de responsabilidad. Su necesaria previsión legal*

Desde este razonamiento, puede pensarse que el contenido del art. 8.1 del Código Penal en relación con la teoría de las acciones libres en la causa, coincidiendo en el problema central, ausencia de imputabilidad en un momento de comisión y, sin embargo, valoración afirmativa de la responsabilidad penal, ofrece una solución que inicial y aparentemente podría coincidir con aquellas interpretaciones de la acción libre en la causa que establecen la base de imputación en el hecho realizado en situación de inimputabilidad, considerando, por tanto, esta imputación como especial o excepcional y excluyendo relevancia típica al hecho de colocarse en situación de inimputabilidad para en él delinquir aunque reconozca, en ese hecho, un elemento, un momento o un eslabón de un proceso que se dirige hacia la rea-



lización típica. Sin embargo, la presencia de una concreta regulación, como es la del artículo 8.1 del Código Penal que da respuesta legal a problemas que sin ella sólo podían tener respuesta doctrinal, conlleva notables consecuencias y entre ellas la defensa prioritaria de los términos de la legalidad por encima de sus defectos o insuficiencias. Ello no responde a un iuspositivismo acrítico, sino por el contrario al convencimiento de que la libertad y la seguridad jurídica son bases ineludibles y que es el legislador, como poder representativo, el que debe superar los defectos o insuficiencias que la ley contenga, y esto, obviamente, no impide, sino todo lo contrario, la renovada crítica e interpretación doctrinal.

A haberse considerado el art. 8.1 del Código Penal como norma especial, debe coincidirse con las posiciones doctrinales que ven en él una excepción al principio de imputabilidad en el momento de la realización del hecho. Quiere decirse que habiendo inimputabilidad en el momento de la realización del hecho, pero siendo la inimputabilidad buscada de propósito para delinquir, se entiende que esa inimputabilidad carece de eficacia eximente y se responsabiliza al sujeto por el hecho cometido en tal situación.

El hecho cometido, según el art. 8.1 del Código Penal será el realizado en esa situación de inimputabilidad a la que se le niega su carácter de exención y no otro, esto es, será la acción que el sujeto realiza en situación de trastorno mental transitorio y que produce un resultado típico doloso o culposo, si existe, en este último supuesto, el tipo imprudente.

En base a esta imputación excepcional al resultado producido en situación de trastorno mental transitorio, cabe entender que se rechaza, en el artículo 8.1 del Código Penal, la imputación a la acción precedente de preordenación de la situación de trastorno mental y, con más razón, se rechaza que esa preordenación suponga ya un inicio de ejecución típica del posterior resultado. Entendemos que en la estructura del art. 8.1 del Código Penal, la llamada acción precedente, esto es, el situarse intencionalmente en situación de trastorno mental para delinquir, parece acomodarse mejor a la descripción de un acto preparatorio impune que a la de un acto típico. Sin embargo, debe destacarse que la realización intencional del trastorno mental para la comisión delictiva, tiene la cualidad o la significación de ser la razón del contenido excepcional del artículo 8.1 del Código Penal.

### **4.3. Ausencia de ejecución típica en la acción precedente**

Así, en el art. 8.1 del Código Penal, lo que se entiende por acción precedente puede valorarse en dos sentidos. Por un lado viene a describir unos actos preparatorios, preejecutivos, irrelevantes, neutrales desde la perspectiva de la ejecución típica, en relación con un posterior resultado típico. Su irrelevancia puede detectarse, entre otros

motivos, por la ausencia de una pluralidad de personas, pluralidad que, sin embargo, está presente en los actos preparatorios punibles contenidos en el art. 4 del Código Penal. El resultado posterior tiene su propio proceso de ejecución que puede conectarse con la acción precedente de la misma manera que, en general, se conectan los actos ejecutivos con los actos preparatorios impunes que les preceden. Pero, junto a este sentido, su otro significado consiste en negar la exención que se daría si el trastorno mental no hubiera sido buscado de propósito para delinquir. Por lo tanto, en relación con el principio de exención, el trastorno mental transitorio buscado de propósito para delinquir establece la equivalencia con la no exención, establece así la excepción. En relación con la acción delictiva realizada en situación de trastorno mental, al haber sido buscado de propósito para, precisamente, realizarla, además de equivaler a que no hay eficacia eximente puede considerarse el inicio de un proceso hacia la comisión final cuya ejecución comenzará cuando, una vez producida la situación de trastorno mental, se produzca la lesión o puesta en peligro típico.

Siguiendo con la interpretación del art. 8.1 del Código Penal se coincide también con la doctrina que ve en el buscar «de propósito» una expresión intencional que no alcanza la mera aceptación ni las formas imprudentes. La expresión «para delinquir», en cuanto literal expresión de una finalidad intencional delictiva de carácter general, se interpreta concretamente como finalidad dirigida a la comisión del delito concreto, interpretación restrictiva que encuentra su razón de ser en la debida concreción que exige el principio de responsabilidad penal.

Entendida además, la presencia de la norma especial a la que nos estamos refiriendo, no como un mero recurso «ad abundantiam» sino como expresión legal necesaria de una excepción a la regla general de la inimputabilidad en el momento de la realización del hecho, se entiende que el marco legal del art. 8.1 del Código Penal impide otras formas de excepción distintas a las en él contempladas o lo que es lo mismo, que el legislador pudiendo haber contemplado formas de creación de la situación de trastorno mental para delinquir más amplias que las de dolo directo, no lo hizo.

Veremos lo que acabamos de exponer abreviadamente sobre el contenido del artículo 8.1 del Código Penal en relación con los planteamientos doctrinales que se han presentado en la primera parte.

#### **4.4. Conclusiones**

##### **4.4.1. *Contenido especial o de excepción en el art. 8.1 del Código Penal***

Se expuso al comienzo que con esta exposición se pretendía, no tanto un análisis teórico de las acciones libres en la causa, cuanto un

objetivo, más modesto, como es el de interpretar la estructura del art. 8.1 del Código Penal en la fórmula que contiene de exclusión de la eximente de trastorno mental transitorio. Se ha hecho referencia ya a lo que se ha entendido como una «doble negación» acogida en el citado artículo. Desde la afirmación de la responsabilidad penal por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, se niega tal responsabilidad por la ausencia de imputabilidad (de atribuibilidad o culpabilidad) negándose, a continuación, tal negación debido a que la causa de inimputabilidad ha sido provocada voluntariamente, de manera directa, para en ella realizar el hecho típico y antijurídico. La segunda negación recupera la afirmación de referencia pero, en todo caso, la estructura es calificada de excepcional y la norma que la contiene de especial, pues el sujeto del hecho típico y antijurídico sigue careciendo de imputabilidad en el momento de ejecución aunque se la haga responder por él al haber provocado, voluntariamente, tal carencia.

Esta estructura se comunica y conecta, pro razón del propio sistema del Código Penal, con la parte especial del Código. Esta conexión es patente en el propio art. 8 que para afirmar la exención de la responsabilidad penal tiene como obligada referencia la presunta responsabilidad penal deducible, inicialmente y previa valoración normativa completa de la realización antijurídica de los tipos delictivos y de su atribución al sujeto. También se puede comprobar esta comunicación e interdependencia en los supuestos que pueden calificarse de incompletos como son los casos de inicio de ejecución sin alcanzar la consumación.

Dada la estructura contradictoria que se ha atribuido al art. 8.1 del Código Penal y su consiguiente consideración como excepcional, cabe establecer una imputación que también puede calificarse de excepcional, por el hecho cometido en situación de trastorno mental cuando, insisto, tal situación ha sido provocada intencionalmente para delinquir y de ahí, también, que parezca no tener encaje, dentro del art. 8.1 la teoría que establece la imputación en la acción originaria o precedente de colocarse en situación de trastorno mental. Con esta imputación especial o excepcional el legislador ha hecho, entiendo, una importante elección político criminal. El legislador atiende al supuesto en que el trastorno mental ha sido buscado de propósito para delinquir porque ha considerado, decisión político criminal, que situarse dolosamente en tal situación de inimputabilidad para en ella delinquir tiene un contenido de riesgo suficiente como para excepcionalizar la exención de responsabilidad penal. Si consideramos, como es manifiesto, que el dolo supone un mayor peligro que la imprudencia, cabe interpretar que es precisamente esa mayor entidad de peligro la que ha llevado al legislador a establecer la excepción, así como el legislador no ha considerado suficiente para la excepción la posible

provocación imprudente del trastorno mental transitorio puesto que muestra una menor intensidad de peligro de cara a la comisión delictiva.

#### 4.4.2. *La acción posterior como referente, excepcional, de la imputabilidad*

El planteamiento de norma especial o de excepción del art. 8.1 del Código Penal que lleva a imputar al sujeto el hecho cometido en situación de trastorno mental, se presenta así contrario a la imputación a la acción precedente. Con ello se entiende que el hecho de buscar de propósito el trastorno mental para en él delinquir constituye un acto preejecutivo en el que todavía no hay afectación al bien jurídico, lesión o puesta en peligro relevante, aunque si suponga una inicial manifestación del plan del autor e incluso una posible situación de riesgo remoto e irrelevante, elementos estos que se dan también en los actos preparatorios, preejecutivos e impunes. Con un ejemplo podría decirse que quien voluntariamente se coloca en una situación de inimputabilidad para en ella lesionar, todavía no ha comenzado a realizar la acción típica de lesionar aunque haya podido iniciarse un proceso hacia ella, y ello sin tener en cuenta otro aspecto, relativo a la culpabilidad, como es que la influencia valorativa e imperativa del injusto para actuar o no de conformidad con la norma, problema relativo a la imputabilidad, se resuelve de distinta manera en el momento de provocar la inimputabilidad que cuando se está ya en situación de inimputabilidad en cuanto que entre los dos momentos se presenta una «notable fractura lógica» (88), admitiendo, como hace Roxín que la dirección de la acción, por ejemplo, por una persona sobria, sana física y psíquicamente, transcurre de manera diferente a la de una persona completamente embriagada.

Parece indudable que la teoría que defiende la imputabilidad a la acción precedente pretende garantizar, con ello, en todo caso, el principio de imputabilidad en el momento de la realización del hecho, pero entiendo que incurre en una contradicción que lleva a resultados no precisamente garantistas cuando para garantizar el principio de imputabilidad, atribuye un significado ejecutivo a un hecho que es preejecutivo, que a lo sumo puede contener un riesgo remoto no perceptible como peligro cierto y relevante desde el criterio de protección de bienes jurídicos, adelantando, injustificadamente, el inicio de la intervención o protección penal. La cuestión, por tanto, es que la pretensión de garantizar el principio de imputabilidad al establecer el

---

(88) NOUVOLONE, *Il sistema del diritto penales*, 1975, p. 254.

momento de realización en la acción precedente, no se realiza y se frustra, ya que tal acción no es un hecho ejecutivo. No se consigue así la garantía que busca y además adelanta, antigarantistamente, la barrera de protección penal. Cabe reiterar que, aún no siendo deseables las normas que excepcionalizan principios de garantía, esta excepción que se entiende presente en el art. 8.1 del Código Penal encuentra su necesidad no tanto en reducir el ámbito de garantía sino en responder a un abuso en el que principio de garantía es instrumentalizado. Por lo tanto, la excepción fortalece y delimita el principio de garantía frente a posibles usos abusivos y en la medida en que es legalmente expresa, no supone alteración alguna al principio de seguridad jurídica. Por ello que se considere rechazable una interpretación similar que carezca de apoyo legal tal como Octavio de Toledo y Huerta censuran cuando este planteamiento no tiene su origen en un previa regulación de derecho positivo, siendo como es desfavorable al reo (89).

De las fundamentaciones doctrinales, la que inicialmente se presenta en su formulación con más contundencia es aquella que ve ya en el momento de colocarse en situación de inimputabilidad, ya sea dolosa o culposamente, un inicio de ejecución del resultado que más tarde se producirá. Recordando, previamente, que en el ámbito del art. 8.1 del Código Penal nos encontramos expresamente en un supuesto de provocación intencional, puede reconocerse, como ya se ha hecho, que tal interpretación pretende garantizar así la exigencia de imputabilidad en el momento de realización al situar tal momento cuando, siendo imputable, el sujeto busca la inimputabilidad como ocasión para delinquir. Sin embargo, cabe pensar que esta garantía se quiebra a la hora de conectar dicho pretendido inicio doloso de ejecución con el resultado ulterior producido. Parece que la referencia a una causalidad típica, que debería darse si hay inicio de ejecución, tiene la virtud de ocultar otra posible conexión más cercana cual es la existente entre el resultado y la conducta que lo realiza de manera inmediata, esto es, la acción que según la interpretación que se defiende, realiza el sujeto en situación de trastorno mental aunque este haya sido provocado pro él para realizarla. Como dice Leone, «creando una conexión causal entre el resultado y la conducta precedente al surgimiento del estado de no imputabilidad, una conexión así a distancia, se elimina la más próxima conexión entre la conducta no asistida por la imputabilidad y el resultado» (90). De ahí, que

---

(89) E. OCTAVIO DE TOLEDO; S. HUERTA, ob. cit., p. 337. En sentido similar M. ALONSO ALAMO, considerando que la acción realizada en supuestos de «ausencia de libertad», aunque «libre en la causa» no puede quedar impune, exige «juna intervención del legislador que establezca una excepción» ob. cit., p. 67.

(90) M. LEONE, ob. cit., p. 20.

surja la impresión o al menos la duda de si nos encontramos ante fórmulas de causalismo naturalista. La teoría de la «conditio sine qua non», como ha indicado Gimbernat, al presentar dificultades casi insuperables de prueba, lleva al rechazable ámbito de las presunciones y a un espacio de ambigüedad y arbitrariedad provocando responsabilidades donde hay que absolver y absolución donde hay **que condenar** (91). **La causalidad, en todo caso**, debe completarse valorativamente desde la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Puede pensarse que colocarse en situación de trastorno mental voluntariamente para en tal situación delinquir, puede suponer una situación de riesgo remoto (92), pero no por ello debe concluirse que hay ya inicio de ejecución. Desde la realización típica el decidir cometer un delito y el instrumentalizarse a sí mismo el autor con la intención de cometerlo a través de colocarse en una situación de trastorno mental, supone el que se da un aspecto subjetivo, intencionalidad, y que el autor pone en marcha su plan, pero no supone iniciar la ejecución y menos, cuando ésta va dirigida a un momento posterior indicada por una diferente situación del sujeto. Entiendo que en este caso, no se trata de comprobar que un comportamiento causal no es sin más un comportamiento objetivamente típico y que tampoco se trata de una cuestión similar a la «consumación anticipada» (93) sino que se trata, en la interpretación que se entiende correcta del art. 8.1 del Código Penal, de que el sujeto realiza el hecho cuando ya está en situación de trastorno mental y no previamente cuando se coloca en tal situación en la que todavía no se manifiesta ninguna acción relevante desde el tipo y por lo tanto no hay motivo para adelantar el ámbito de lo punible, con la consecuencia que resultaría de hacer responsable, por tentativa, a quien se embriaga para cometer un delito. La pretensión garantista que esta interpretación defiende sería materialmente defraudada si tuviese que realizarse en base a sobrepasar los límites de protección del bien jurídico adelantando las barreras de punición a actos penalmente irrelevantes.

Por tanto, del art. 8.1 del Código Penal no consiste tanto en la intencionalidad del resultado y en su previsibilidad objetiva a partir de la acción dirigida a colocarse dolosamente en situación de trastorno mental, sino que, entiendo, el problema se encuentra en que siendo

---

(91) E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 143.

(92) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El Delito...*, obr. cit., p. 268, en relación a determinados supuestos omisivos de actio libera in causa hace referencia al hecho de la provocación como creación de una situación de peligro que, entiendo, merece distinta interpretación en las formas dolosas que en las imprudentes, como el autor hace, M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 82, contempla supuestos de inicio de procesos causales peligrosos pero que no pertenecen al grupo de acciones que el tipo pretende captar.

(93) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 175 (nota 48).

el comportamiento que se imputa el realizado cuando se está en situación de trastorno mental, es en esa acción en la que hay que contemplar si el sujeto en ese momento quiere, en la comisión dolosa, de manera inmediata o como consecuencia inseparablemente unida a su querer, el resultado, o si siendo previsible ese resultado, el sujeto crea la situación de peligro de su producción, pudiendo y debiendo evitarlo. Esto es, si la acción realizada en situación de trastorno mental, que ha sido previamente buscado de propósito para delinquir, es dolosa o culposa y en el segundo de los supuestos si cabe tal forma de comisión. El problema de su imputabilidad, que es otro y distinto, se resolverá, consecuentemente, por algo distinto como es precisamente la excepción que el propio art. 8.1 del Código Penal contiene. En todo caso, tal como ha observado Alonso Alamo, la interpretación de la acción libre en la causa que atribuye la imputación por el hecho previo realizado en situación de imputabilidad, distorsiona «el sentido históricos de la figura mediante una construcción que en el fondo es la negación de la «actio libera in causa»: en efecto, entendida en los términos expuestos la denominada «actio libera in causa» no es «libera in causa» sino «in se» (94).

En este sentido se plantea que la fase de «buscar de propósito para delinquir» el trastorno mental, no contiene actos ejecutivos del resultado producido en la situación de trastorno. El colocarse en tal situación para delinquir puede manifestar una voluntad no deseable que si bien, asiladamente y sólo en relación al ámbito íntimo de la voluntad, puede entenderse como el aspecto subjetivo de la tentativa, lo que es insuficiente. También puede ser entendido, y más cuando no se deduce de un hecho que afecte al bien jurídico, como algo que responde sólo, precisamente, al ámbito de la voluntad y, por tanto, insuficiente para fundamentar el inicio de ejecución. El hecho, que para que sea fundamento objetivo de la tentativa debe haberse manifestado como peligroso para el bien jurídico no parece que puede encontrarse en la situación de trastorno mental cuando todavía no se conoce el hecho realizado en tal situación que será al que se refiera la imputación. De nuevo la cuestión vuelve a plantearse en que, si consideramos que el art. 8.1 del Código Penal contiene una excepción al principio de imputabilidad en el momento de comisión, excepción que niega la eficacia, de modo concreto y especial, a la eximente por ser ésta «buscada de propósito para delinquir», y si consideramos que la imputación del delito se hace por el hecho realizado en la situación de inimputabilidad, el hecho de colocarse voluntariamente en situación de trastorno mental para delinquir tiene como significado, como función, no tanto iniciar la

---

(94) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 58.

ejecución (95) que se dará más tarde, sino tal como se está entendiendo que dice el art. 8.1 del Código Penal, negar la eficacia de la eximente y constituir, en todo caso, una fase de preparación (96) que no corresponde con los actos preparatorios punibles de nuestro Código, carente de peligro (97), por tanto, y que supone la impunidad del mero hecho de ponerse en situación de trastorno mental para delinquir.

Insistiendo en lo que acaba de decirse, no parece que el hecho de colocarse en situación de trastorno mental para en él delinquir muestre una mayor «proximidad objetiva» (98), en relación con la realización típica, que los actos preparatorios impunes. En el curso que se va sucediendo desde la fase puramente interna hasta la fase de ejecución en dirección a la consumación pueden darse una serie de actos que en sí mismos y en relación con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se han venido metódica, indicada por Siniscalco, una precisa justificación y una concreta delimitación en relación con la tentativa sólo puede realizarse a través de la investigación rigurosa del dato normativo (99), cuesta pensar que el colocarse dolosamente en situación de trastorno mental para delinquir pueda indentificarse con la expresión normativa del art. 3 del Código Penal que exige «dar inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores». ¿Cabe entender la expresión «para delinquir» en cuanto manifestación inten-

(95) J. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez...*, ob. cit., p. 171. Este autor en relación con ya con el contenido del art. 8.1 del Código Penal sino con la teoría de la acción libre en la causa que entiende que la imputación al hecho delictivo se da en la acción precedente y que, por tanto, en ella comienza la tentativa defiende que en todo caso se da una «tentativa inacabada» dado que los actos ejecutivos continúan en la acción posterior pudiendo darse en esta segunda fase un mero desistimiento pasivo y no activo para que el resultado no se produzca. Utilizando el paralelismo con la autoría mediata C. L. ROXÍN, ob. cit., p. 30, defiende que «existe tentativa acabada cuando un responsable pone en marcha un curso causal y pierde su dirección al traspasarlo a otra persona que actúa sin culpabilidad o sin dolo y que es la que en definitiva tiene que llegar al resultado».

(96) Puede recordarse el planteamiento de H. JESCHECK de atribuir a la acción precedente, dolosamente provocada, el inicio de «un proceso de conducción que prepara el hecho», ver *supra*, p. 28.

(97) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 82: «La “actio praecedens” no es aún comienzo de ejecución del tipo... no genera todavía un peligro (concreto, inmediato) ni una conmoción a la seguridad del bien jurídico... no es una acción apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico.»

(98) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal I*, 1972, p. 81; S. MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 279, y E. FARRE TREPAT, *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, 1990, considera que «si bien en este momento puede considerarse que concurre un peligro para el bien jurídico que origina la tentativa no se tratará en algunos casos de peligro inminente», p. 85.

(99) M. SINISCALCO, *La struttura de delitto tentato*, 1959, p. 59.



cional del situarse en trastorno mental como identificable con la expresión «inicio de ejecución del delito directamente por hechos exteriores» del art. 3? Parece que no. La fórmula de nuestro código excluye, como expone Farre «la posibilidad de establecer una delimitación estrictamente subjetiva» además de determinar el comienzo del delito intentado por la realización de las acciones típicas o de las estrechamente, directamente, unidas a ellas (100). Entiendo que la expresión contenida en el art. 8.1 que sólo hace referencia al situarse voluntariamente en situación de trastorno mental para en ella delinquir, está muy lejos de un directa conexión con los hechos típicos que puedan luego realizarse. Más bien parece plantear un peligro remoto, difícilmente percible desde la pluralidad de bienes jurídicos que pueden ser afectados por la posterior realización delictiva y difícilmente percible también desde la perspectiva «ex ante», precisamente por la situación de trastorno mental creada en que la capacidad de control del sujeto está notablemente trastornada. Su punición como tentativa llevaría a una notable inseguridad jurídica en perjuicio del principio de protección bienes jurídicos.

Por otra parte, tampoco parece que la fórmula del art. 8.1 permita equiparar la situación que contempla con los supuestos de actos preparatorios punibles considerados con carácter general en el art. 4. del Código Penal. Como más arriba se indicó, en el actual ordenamiento penal español la conspiración, la proposición y la provocación se consideran actos preparatorios especialmente punibles y en los tres existe una pluralidad de sujetos, pluralidad a la que se acude para mostrar la mayor peligrosidad de esas conductas. Como es obvio, tal pluralidad no existe en el supuesto del art. 8.1 que tratamos, pero, además de esto, la actual fórmula del art. 4, en cuanto que contiene un criterio de punición general que sanciona con la misma pena que la tentativa, ha sido criticada optando unánimemente la doctrina por proponer un criterio de punición especial por el que sólo en razón de la protección de bienes jurídicos de especial importancia cabría la punición de determinados actos preparatorios considerados especialmente peligrosos para el bien jurídico dada la cercanía de su lesión o puesta en peligro y dada la presencia en ellos de dos o más personas. Tampoco desde esta perspectiva parece que se pueda equiparar el supuesto contemplado en la excepción del art. 8.1, con unos actos preparatorios excepcionalmente relevantes, argumento éste que se añade a la ausencia en el art. 8.1 de los rasgos de la tentativa.

Similares comentarios pueden hacerse a las otras fundamentaciones anteriormente expuestas que sin plantear expresamente que el colocarse en situación de inimputabilidad suponga comienzo de eje-

---

(100) E. FARRE TREPAT, *La tentavia del delito*, 1986, pp. 229 y ss.

cución, defienden que es a la acción precedente, en cuanto que está unida casualmente al resultado producido, a la que se imputa el delito, planteamiento que, en todo caso, lleva a las mismas consecuencias que el anterior. Pienso, como se ha comentado, que no se consigue satisfacer debidamente el problema de la interpretación del art. 8.1 del Código Penal, porque confunde dos tiempos o mejor, dos procesos que en el art. 8.1, en cuanto a la preordenación dolosa, están diferenciados. El primero como constitutivo de una fase de preparación impune y el segundo como constitutivo de realización típica.

Tal comprensión del art. 8.1 del Código Penal pienso que permite entender que el legislador español ha utilizado un criterio distinto al que muestra la teoría de la acción libre en la causa y también permite comprender que tal construcción no es banal ni gratuita sino que, como hemos visto, responde a fundados y exigibles criterios políticos criminales y está dirigida, de manera oportuna aunque pueda ser calificada de deficiente, a evitar supuestos excepcionales en los que la garantía de la imputabilidad pueda ser instrumentalizada abusivamente. Su presencia legal responde así a la perspectiva histórica de la propia formación del Derecho Penal moderno, que enraizado en su origen de garantía, de interdicción de la arbitrariedad, se proyecta como norma de intervención social y como tal debe garantizar cuál es y cómo se aplica la ley, porque por medio de la ley debe permitir el comportamiento de los ciudadanos, es decir, el ejercicio de las libertades. En este sentido se manifiesta la especial importancia de la exigencia de la legalidad y más en supuestos como este en el que, como se ha entendido, se contiene una concreta excepción a un principio de garantía.

Cabe centrar también en este razonamiento, el fundamento de la punición del supuesto que tratamos. De entre las posiciones expuestas, hay aspectos coincidentes con la que se está manteniendo en la presentada por Alonso Alamo. Esta autora, rechazando el criterio de la causalidad por considerar que la acción de provocación no constituye aún principio de ejecución, rechazando también la equiparación con la autoría mediata y rechazando la solución de la impunidad, entiende que es el enlace causal, «la conexión externa y psíquica con una hacer precedente» lo que «hace surgir la necesidad de la pena» que a su vez exige del legislador una intervención para que excepcionalice el principio de legalidad (101). Compartiendo el rechazo del criterio de la causalidad, cuesta participar de una fundamentación en base a una mera «conexión» tanto externa como psíquica con el hacer precedente, conexión que, en todo caso es irrelevante para la realización típica y antijurídica del segundo momento que es la que se pena-

---

(101) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., pp. 66 y 67.

liza. Lo que en todo caso puede estar anticipado en el momento previo sería la culpabilidad, que no se da en el segundo momento aunque se establezca la responsabilidad penal «como si se diera» y ya se ha mostrado el rechazo a «desunir» los presupuestos de la responsabilidad en momentos diversos. No podría tenerse en cuenta una posible culpabilidad «adelantada» que careciese del sustrato necesario del hecho típico y antijurídico al que va referida. Por otra parte, esa conexión, ese nexa psicológico doloso o culposo respecto al hecho típico cometido en estado de incapacidad presente ya en la acción precedente, decisivo, como expone, «respecto a la acción típica y no respecto a la producción de la incapacidad» (102), entiendo que no se ajusta bien con la estructura del art. 8.1 del Código Penal porque si el dolo o la culpa se dan, en relación con la acción que los sustenta en el momento de inimputabilidad, no llega a entenderse la relevancia de esa conexión con una acción directamente voluntaria, como la que encierra el art. 8.1 del Código Penal dirigida solamente a crear la situación de inimputabilidad, si bien con una repercusión sustancial para la valoración normativa de la acción posterior. Se comprende la conexión o la relación en cuanto que la primera acción es la razón de la excepción, pero no que esa relación o conexión se realice a través de las formas típicas de comisión de dos acciones diferenciadas siendo la primera típicamente irrelevante. De ahí que Roxín haya planteado que un modelo consecuente de la excepción tendría incluso, además, que prescindir de la causación del resultado típico por el comportamiento previo, pues no se anticipa la acusación del resultado típico y con él, el injusto (103).

Se ha dicho anteriormente que en el artículo 8.1 del Código Penal la acción de colocarse en situación de inimputabilidad para en ella delinquir podía manifestar un comportamiento preejecutivo irrelevante, una cierta exteriorización, también irrelevante, del plan del autor, pero que en todo caso consistía en la razón que negaba la eficacia existente a la inimputabilidad posterior. Entiendo que lo que viene a decir el art. 8.1 del Código Penal es que quien con dolo directo se coloca en situación e inimputabilidad para delinquir, es decir quien utiliza su voluntad directamente para colocarse en situación de inimputabilidad, voluntad que no tiene por qué conectarse con la posterior comisión típica dolosa porque, en principio nada impide que sea culposa, la acción que realice en tal situación le será atribuida. El «buscado de propósito» se refiere en el artículo 8.1 del Código Penal al trastorno mental y el «para delinquir» va referido a la instrumentalización de ese trastorno para en él realizar una comisión delictiva que

---

(102) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 94.

(103) CL. ROXÍN, ob. cit., p. 24.

puede ser, en ese segundo momento, querida o aceptada o representada y no deseada o no representada pero previsible por el sujeto. Esto es, que el carácter doloso del hecho de colocarse en situación de trastorno mental no se vincula o no vincula con la forma dolosa o culposa de la comisión típica que en él se haga. De ahí que ha podido plantearse que, como ya apuntó Córdoba Roda (104), el Código Penal se inspire en características distintas de la «actio libera in causa» porque el art. 8.1 del Código Penal no se refiere tanto a la «actio» dolosa que fue imputable en su origen, sino a la forma dolosa de provocar la inimputabilidad, lo que anula la eficacia eximente para la acción dolosa o culposa que se haga.

#### 4.4.3. *Rechazo de la similitud con la teoría de la «autoría mediata»*

El recurso a la teoría de la autoría mediata como figura similar, a efectos de interpretación, a la teoría de la «actio libera in causa», en cuanto supuesto de utilización de uno mismo para la realización delictiva, entiendo que no añade ningún argumento a los ya vistos para comprender el contenido de la excepción expresada en el art. 8.1 del Código Penal y que, por otra parte, pueden establecerse algunas distancias entre la interpretación que se está haciendo y la teoría de la autoría mediata. En primer lugar cabe destacar dos diferencias que no por evidentes deben ser desdeñadas. La primera consiste en que mientras no existe previsión legal alguna sobre la autoría mediata y sí una aplicación de su elaboración doctrinal (105), la concreción legal del art. 8.1 del Código Penal supone exigencias interpretativas desde la norma. La no previsión legal expresa de la autoría mediata en el art. 14 del Código Penal, si bien se discute su inclusión en alguno de los epígrafes de ese artículo y las dificultades que desde el tipo se plantean en determinados supuestos para admitir la posibilidad de la autoría mediata (106), no impide su admisión dado que el autor mediato, imputable, realiza el tipo aunque sea a través de otro que puede actuar sin antijuridicidad o sin culpabilidad. Pero en la fórmula del art. 8.1 del Código Penal, que sería la análoga a cuando alguien se sirve de un imputable a quien ha provocado intencionalmente la inimputabilidad

---

(104) J. CÓRDOBA RODA, *comentarios*, ob. cit., p. 278.

(105) LA P.A.N.C.P. en su art. 27 propone la figura de la autoría mediata al anteponer al «se consideran autores» la fórmula: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro». E. OCTAVIO DE TOLEDO y S. HUERTA, ob. cit., p. 488, se muestran partidarios de la referencia expresa en el Código Penal de la autoría mediata lo que evitaría dudas sobre la legalidad del autor mediato, confirmaría que el autor puede realizar el tipo sin practicar materialmente actos de ejecución y singularizaría legalmente la autoría mediata de las otras formas de intervención en el delito.

(106) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966, pp. 222 y ss.

para delinquir, la cuestión, excepcional, es otra. No se trata tanto de encontrar en el «hombre de atrás» un imputable que realiza la conducta antijurídica a través de otro, sino que es al sujeto inimputable, al que se le sanciona como imputable. Si en la autoría mediata el sujeto realiza el tipo y es imputable, y otro, el ejecutor, es instrumento suyo, en la fórmula del art. 8.1 del Código Penal, y ésta sería la segunda diferencia, al haber un único sujeto, él mismo realiza el tipo, practica los actos de ejecución, y excepcionalmente se le considera como imputable aunque realiza el hecho en situación de inimputabilidad, lo que no sucede en la autoría mediata. La identidad del sujeto evita las dificultades que hay en la autoría mediata para admitir la responsabilidad por los delitos especiales y los de propia mano (107) mostrándose en contra de esta opinión Roxín que considera «que también en el hurto calificado, en las lesiones peligrosas, en la violación... es posible sin más considerar el comienzo del delito en el momento en que se produce la situación de incapacidad. Pues el comportamiento en el estadio de la tentativa no tiene todavía porqué mostrar el mismo tipo de acción que en el delito consumado (108), opinión que entiendo ser matizada. La tentativa supone acción típica y muestra el tipo aunque no tenga que mostrar el resultado final, la consumación, si no, cabe el peligro de entender por tentativa actos preejecutivos impunes o desvirtuar tipos penales desnaturalizando sus propios elementos. Por otra parte, el autor mediato, es tal en la medida que es imputable en el momento de la realización y aprovecha la inimputabilidad de otro mientras que en el supuesto del art. 8.1 del Código Penal es el propio sujeto el que provoca, él mismo, su propia inimputabilidad. Por último recurrir a la teoría de la autoría mediata para establecer responsabilidad penal por supuestos no contemplados en el art. 8.1 del Código Penal, desbordando su previsión legal, pues suponer un recusable criterio analógico (109).

Una vez planteado como se entiende la estructura del art. 8.1 del Código Penal en cuanto excepción expresa y concreta del principio de

---

(107) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 65.

(108) CL. ROXÍN, ob. cit., p. 32.

(109) S. T. C. 75/1984 de 27 de junio: «Tal derecho (el de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente consagrado en el art. 25.1 C. E.), que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera la aplicación analógica «in peius» de las normas penales o dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa de manera que sólo pueda anular la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia sería soslayada no obstante, si a través de la figura del fraude de la ley se extendiera a supuesto no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, un aplicación analógica.»

imputabilidad en el momento de realización, excepción expresa que no supone que el principio de culpabilidad deba abrirse a una elasticidad diferente y mayor (110) sino que, al contrario, prefiere garantizarlo frente a instrumentalizaciones abusivas, y una vez que, a partir del criterio de excepción se han mostrado los dos momentos, de diferente relevancia, que el art. 8.1 del Código Penal contiene, paralelamente a cómo se ha hecho en la parte expositiva, se continuará con el comentario sobre las consecuencias que se derivan de las teorías expuestas acerca del ámbito del art. 8.1 del Código Penal en base a sus expresiones «para delinquir» y «buscado de propósito».

#### 4.4.4. *Interpretación restrictiva de la expresión «para delinquir»*

En relación con la expresión «para delinquir» se ha indicado anteriormente que si se considera que el resultado ulterior producido en situación de trastorno mental debe ser reprochado el autor por haberse colocado voluntariamente en esa situación de inimputabilidad, debe valorarse positivamente su interpretación singularizada en la medida en que frente a una finalidad intencional abierta y genérica traducible en cualquier resultado delictivo, la interpretación singularizada a un concreto hecho delictivo permite una delimitación de la responsabilidad concreta, más adecuada a la garantía que debe existir en la valoración de la culpabilidad. Este esfuerzo delimitador, por garantista, elimina así un espacio de ambigüedad difícilmente, de otro modo, aprehensible e identificable. Al tener como referencia para la determinación de la pena la conducta a la que se dirige esa voluntad, realizada en un momento posterior, hace necesariamente identificable la singularidad de ese delito, identificación que no se daría en la intencionalidad genérica.

Sin embargo, como se ha venido diciendo, esta voluntad delictiva, aún siendo concreta, no forma aún, junto con el colocarse en situación de trastorno mental transitorio, base suficiente para justificar la punición. Esto es, como aspecto subjetivo, no acompaña a una situación objetiva de peligro para el bien jurídico, porque tal como se viene entendiendo la estructura del artículo 8.1 del Código Penal, tal afectación al bien jurídico se produce con la conducta que el autor realiza en la situación de trastorno mental. Dada la interpretación que se ha hecho debe coincidir en valorar como positiva la previsión conteni-

---

(110) Así B. SOUSA SANTOS, *Crímenes cometidos en estado de embriaguez*, vol. I, 1968, p. 68, ante deficiencias en las previsiones legales que no contemplan supuestos abracables por la teoría de la acción libre en la causa se cuestiona «si no deberá el principio de culpabilidad, al menos en esta materia, abrirse a una elasticidad diferente y mayor».

da en la P.A.N.C.P En este texto prelegislativo, la referencia al «propósito para cometer el delito» confirma la interpretación de concretar la intencionalidad delictiva al hecho singular. Se coincide, así mismo, en la interpretación, manifestada anteriormente, de Mir Puig y de Alonso Alamo acerca de que el conocimiento del sujeto debe abarcar los elementos del tipo delictivo concreto así como las circunstancias generales (111).

#### 4.4.5. *Interpretación restrictiva de la fórmula «de propósito»*

Respecto a la exigencia legal de que el trastorno mental hay sido buscado «de propósito», como se ha visto, hay coincidencia doctrinal en ver en dicha exigencia una fórmula de dolo directo que impide que se acoja en ella tanto la mera aceptación que el dolo eventual supone como el origen imprudente. Ante estas exclusiones derivadas de la literalidad del art. 8.1 del Código Penal, dos posiciones diversas parecen manifestarse doctrinalmente. Una responde a la defensa estricta del marco legal expresado en el art. 8.1 del Código Penal y que se manifiesta a través de la exposición que de ella hacen Octavio de Toledo y Huerta. Para estos autores toda interpretación del art. 8.1 del Código Penal que amplíe las causas de no apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio a otras que no sean las que expresamente indica tal disposición legal, «es una interpretación contraria al reo... Y debe tenerse en cuenta que el principio de interpretación favorable al reo... se encuentra enraizado en los fundamentos del principio de legalidad». Este argumento se refuerza al interpretar que la inclusión en el Proyecto de del Código Penal de 1980 y en la P.A.N.C.P de 1983 de los supuestos de imprudencia excluidos en la actual redacción, es una muestra de que la actual regulación es insuficiente y de que en todo caso corresponde a la ley y no al intérprete «colmar las lagunas de punibilidad por más que tales vacíos puedan resultar dogmáticos y/o político criminalmente rechazables» (112). La otra posición doctrinal deriva, como hemos visto, de la aplicación de la teoría de la acción libre en la causa que ve también en la posible imprudencia o en el dolo eventual al colocarse en situación de trastorno mental, hechos punibles según las reglas generales de imputación, manteniendo, en todo caso, la exención por el hecho realizado en situación de inimputabilidad. Para los autores que defienden esta postura, la regulación anunciada por el Proyecto de Código Penal de 1980 y por la

---

(111) Ver supra, pp. 27 y 28.

(112) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, ob. cit., p. 340.

P.A.N.C.P de 1983 confirma parcialmente la elaboración doctrinal y resuelve el actual vacío legal aunque también es motivo de críticas. Se le objeta su falta de previsión por contener una «desmesurada extensión» de la acción libre en la causa culposa, como critican Cobo del Rosal y Vives Antón (113) y porque no determina el tratamiento que merece la provocación imprudente, como hace Mir Puig quien admitiendo que la fórmula propuesta anula la exención, observa que no se precisa qué responsabilidad penal debe establecerse en el supuesto de origen imprudente y comisión dolosa (114). Alonso Alamo, partidaria como hemos visto del modelo de excepción, indicando que el reconocimiento prelegislativo de la «actio libera in causa culposa» supone una mejora respecto a la regulación actual, destaca que no se contempla en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 la provocación de la inimputabilidad con dolo eventual respecto al hecho típico (115).

Cabe recordar, también, la opinión que considera intrascendente la ausencia en el art. 8.1 del Código Penal del origen imprudente en cuanto puede ser cubierta por la estructura de los delitos imprudentes y la propuesta de Silva Sánchez de mantener la imputación a la acción precedente en los casos de imprudencia y en los casos de dolo proceder a la tipificación expresa (116). Rodríguez Montañés, participando en principio del modelo de excepción considera que, en la medida en que nuestro Código no establece expresamente que la capacidad de culpabilidad haya de apreciarse en el momento de la ejecución del delito, porque ni siquiera la culpabilidad se entiende como un elemento del delito sino como una característica del sujeto, requisito adicional para la imposición de la pena, cabría admitir excepcionalmente la apreciación de la capacidad de culpabilidad «en un momento anterior:

---

(113) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 408 (nota 14) «la fórmula es desacertada por su desmesurada extensión. Pues para el castigo de la actio libera in causa culposa, no basta con que se hubiera previsto la comisión del delito, ni mucho menos con que hubiera podido preverse, sino que es preciso que se hubiera previsto o podido prever y además, en cualquier caso, que se hubiera podido y debido evitar». En sentido similar Mir Puig, *Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983*, p. 477, «debería exigirse no sólo la posibilidad de previsión sino también la capacidad de evitación, pues no puede imputarse a imprudencia (lo que) aún siendo previsible resulta inevitable».

(114) S. MIR PUIG, *Sobre la regulación...*, ob. cit., p. 477. «Se plantea la duda de si procede castigar por imprudencia o si subsiste la responsabilidad por delito doloso. La lógica de la actio libera in causa conducirá a la imprudencia pero la propuesta se limita a excluir la eximente.

(115) M. ALONSO ALAMO, ob. cit., p. 87.

(116) J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La embriaguez*, ob. cit., pp. 172 y 175 (nota 51). Esta propuesta es calificada como «absolutamente minoritaria y discutible», por T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 142.



razones de política criminal así lo exigen y no se opone a ello el tenor literal de la ley» (117).

#### 4.4.6. *Defensa de los principios de garantía*

Parece necesario insistir en que las diversas posiciones doctrinales mantienen, en todo caso, como criterio de referencia la defensa de los principios de garantía. Por una parte planteando la defensa del principio de legalidad en sentido estricto frente a posibles interpretaciones que desbordando la propia legalidad lleguen a conclusiones contra el reo. Por otra, planteando la garantía de imputabilidad en el momento de comisión, también en sentido estricto, de modo que con el mantenimiento de la exención en el resultado y a través de las reglas generales de imputación pueda establecerse en la acción por la que el sujeto se coloca en situación de inimputabilidad la base de la imputación. Sin embargo, como ya se ha dicho, parece discutible pretender mantener la garantía de la imputabilidad en el momento de la comisión en base a adelantarla desbordando el ámbito de protección, de la misma manera que parece discutible que la capacidad de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, «personal», pro el hecho se desplace en el tiempo y se sitúe en un momento anterior distinto al del hecho, hecho que en todo caso realiza «ese» sujeto, en «ese» momento. Aunque la estructura del art. 8.1 del Código Penal parezca permitir una interpretación en ese sentido, supondría romper la regla de la necesaria interconexión o intercomunicación simultánea de todos los elementos que sirven de presupuesto a la responsabilidad penal. Se es responsable penalmente de la acción típica y antijurídica realizada, de la misma manera que ella se atribuye a quien de ella, y no de otra, se considera responsable. El legislador, como se ha expuesto, ha realizado una elección y atendiendo a que situarse de propósito supone un mayor peligro que si lo hiciese imprudentemente, ha excepcionalizado el dolo y no la imprudencia en el supuesto del art. 8.1 del Código Penal.

Esta singularidad de la estructura del art. 8.1 del Código Penal entiendo que responde al esquema ya reiterado y que la razón última se encuentra en la finalidad de evitar a través de la regulación penal la instrumentalización abusiva, arbitraria y antigarantista de un principio de garantía como es el de «nulla poena sine culpa». Para ello, el legislador excepcionaliza en el art. 8.1 del Código Penal el principio de imputabilidad, por la razón, repito, de que dicho principio puede contener su propio contrario y que una aplicación impecablemente universal de tal principio puede suponer un vacío de legalidad difícil-

---

(117) T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 143.

mente justificable. Puede entenderse así la razón de lo que se ha venido describiendo como excepción, y la razón de la penalidad desde la misma naturaleza del principio excepcionalizado, desde su naturaleza real que como estructura valorativa es, a su vez, inseparable de la realidad práctica de los comportamientos. Si como expone Poulantzas, «todo valor, norma o regla jurídica se totaliza estructural y dialécticamente con el hecho» en la medida que toda norma, valor, regla, tiene efectivamente su fundamento dialéctico en los hechos y se totaliza con el hecho en el interior de la naturaleza de las cosas, en la práctica humana (118), si, por otra parte, el principio de legalidad como realidad positiva y como valor procede de la exigencia de garantizar la libertad y si la libertad es inseparable de la libertad de otro, en el sentido de su relación práctica con los otros, como libertad práctica, puede entenderse que sea la propia práctica de la libertad como fuente y contenido de la garantía lo que explique, contradictoriamente, por un lado la impunidad de los comportamientos realizados en situación de inimputabilidad y por otro la penalización cuando la inimputabilidad es instrumentalizada para atacar la libertad de otro creando para ello una situación de peligro, según ha entendido el legislador.

Este razonamiento que corresponde a un plano axiológico puede censurarse porque sobrepasa el marco positivo, de ahí que se exija la expresa intervención del legislador que debe excepcionalizar el principio de culpabilidad y prever legalmente la singularidad o excepción que estudiamos estableciendo así el vínculo de la mutua relación existente entre la libertad, contenido del principio de legalidad, y la seguridad jurídica. Se concilia así la ineludible exigencia, en razón del progreso histórico, de la vigencia legal de los principios de garantía pero sin obviar el desentrañar la naturaleza, valorativa y práctica, también histórica, de los mismos principios.

Este planteamiento pienso que permite alejarse de una cierta latencia, de una cierta presencia aunque sea crepuscular que a veces parece manifestarse al tratar de las acciones libres en la causa y que sugiere el plantear la responsabilidad moral de quien voluntaria o imprudentemente se sitúa en situación de incapacidad para delinquir. Manifestaciones clásicas de la escolástica y de los prácticos italianos enuncian la teoría de la «*actio libera in causa*» planteando la responsabilidad por ponerse en situación de pérdida de control como voluntaria o negligente pérdida de la libertad que además es peligrosa. Recuerda también a planteamientos del iusnaturalismo racionalista de principios del siglo XIX en el que el orden racional y libre es abandonado para precipitarse en la irracionalidad y la ausencia de libertad.

---

(118) N. A. POULANTZAS, *Nature de choses et droit. Essai sur la dialectique de fait et de la valeur*, 1965, p. 345.

Entiendo que las fundamentaciones doctrinales que se han expuesto discurren por lenguajes totalmente diferentes a estos e intentan plantear las hipótesis problemáticas de comisiones delictivas realizadas con ausencia de imputabilidad cuando tal ausencia ha sido creada por el autor, desde el marco civil de la moderna teoría del delito. Por ello que se trate no de una idealización de la responsabilidad o de la libertad sino de las contradicciones prácticas que pueden darse en el ejercicio histórico, material, de la libertad como realidad práctica garantizada por los principios jurídicos penales en cuanto límites de la intervención penal. Por otra parte, este planteamiento evita recurrir a fórmulas que pueden encerrar el peligro de situar la responsabilidad penal allí donde no hay un hecho típico que la contenga evitando así adelantar las barreras de punición y evitando relativizar o flexibilizar el bien jurídico como límite de la intervención penal.

#### **4.5. Breve comentario al art. 22.1 de la P.A.N.C.P**

Por último, un breve comentario al art. 22.1 de la P.A.N.C.P Parece indudable que dicho artículo padece de notables defectos, incluso de redacción, aunque singulariza, como hemos visto, la intencionalidad delictiva al delito concreto e introduce una referencia a la posible comisión culposa aunque omite una referencia al dolo eventual. Sin embargo puede destacarse también otra diferencia de construcción en relación con el actual art. 8.1 del Código Penal. En éste, la expresión dolosa va referida a la creación de la situación de trastorno mental, referencia pues al origen voluntario del trastorno para en él delinquir, origen voluntario de la incapacidad y también originaria intención delictiva que son la razón de la negación de la eximente o de la excepción. En la construcción del art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se dan dos fórmulas, pasivas, en relación con el trastorno mental transitorio y con la posterior comisión. La primera, que el trastorno mental «hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito» fórmula que corresponde tanto a la comisión dolosa del delito («propósito de cometer») como al origen del trastorno (trastorno mental «provocado»). Como se ve, el propósito, la referencia dolosa, que en la expresión del actual art. 8.1 del Código Penal va referido a la creación del trastorno, en el art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto va expresamente referido a la comisión delictiva para la que se provoca el trastorno. La segunda viene descrita por la expresión «hubiera previsto o podido prever, su comisión» que a pesar del defecto de redacción, pues sitúa al trastorno mental como sujeto del prever o de la posibilidad de prever, como ha observado Mir Puig (119), va

---

(119) S. MIR PUIG, *Sobre la regulación...*, ob. cit., p. 477.

referido a la forma de comisión delictiva en el segundo momento pero no, expresamente, al origen imprudente del trastorno. Por ello puede pensarse que la fórmula ofrecida por el art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, a diferencia del actual art. 8.1 del Código Penal se refiere a la posible comisión dolosa o culposa, contemplada desde el hecho anterior de provocar la situación de trastorno mental mientras que el art. 8.1 del Código Penal se refiere a la provocación voluntaria del trastorno mental. Parece pues que la Propuesta de Anteproyecto en su art. 22.1 se acomoda más a la estructura de la acción libre en la causa que establece una comunicación (hace referencia a los dos momentos) entre lo realizado en momento de imputabilidad y lo realizado en momento de inimputabilidad, aunque se interprete de distinta manera esa comunicación o relación. Es por ello que pueda plantearse que la construcción del art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se separa de la estructura del art.8.1 del Código Penal que se ha venido defendiendo. Por otra parte, lo que no resuelve el art. 22.1 de la Propuesta de Anteproyecto es el problema de dónde situar la responsabilidad penal, si en la acción que provoca el trastorno o, excepcionalmente, en la acción realizada en situación de trastorno. Entiendo, por lo que se ha venido exponiendo y en base al expreso apoyo legal (120) que hay que continuar resolviéndolo como una solución de excepción al principio de imputabilidad.

---

(120) Desde el planteamiento expuesto y desde una consideración de lógica jurídica, los postulados o exigencias teóricas, ya sean dogmáticos o político criminal, para que puedan tener vigencia depende de que no estén en oposición a la ley y en el caso de que exista contradicción «los referidos postulados no podrán alcanzar más significación que la de constituir puntos de vista para una evaluación crítica de la ley» J. CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, p. 84.

## BIBIOGRAFIA

- M. ALONSO ALAMO, *La acción «libera in causa»*, en A. D. P. del Código Penal, 1989, 1.
- FR. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte General*, 9.<sup>a</sup> ed., Milán, 1982.
- J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., anotada y corregida por J. J. HERNÁNDEZ GUIJARRO y L. BENEITEZ MERINO, Madrid, 1986.
- E. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.
- G. BETTIOL, L. P. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 12.<sup>a</sup> ed., Padua, 1986.
- J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1984.
- *Imputabilidad y edad penal*, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Profesor A. Beristain*, San Sebastián, 1989.
- J. C. CARBONELL, J. L. COLOMER, y J. B. MENGUAL Y LLUL, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Madrid, 1987.
- M. COBO DEL ROSAL, *La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho Penal español*, en «Estudios Penales y crimilógicos VI», Santiago de Compostela, 1982.
- M. COBO DEL ROSAL, y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed. Valencia, 1987.
- J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.
- *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977.
- F. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965.
- E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986.
- *Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Santiago de Compostela, 1990.
- E. GIMBERNAT, *Delitos culatificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.
- *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.
- *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Madrid, 1979.
- *Prólogo a la sexta edición del Código Penal*, Madrid, 1989.
- J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984.
- H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1981.
- L. JIMÉNEZ DE ASUA, *La nueva política criminal*, Madrid, 1918.
- H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960.
- M. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle «actiones liberae in causa»*, en «L'Indice Penale», 1972.
- FR. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I y II, Madrid, 1914.
- R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962.
- E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1957.
- S. MIR PUIG, *Adiciones de Derecho español a H. H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981.
- *Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1985.

- *Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983* en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», monográfico, n.º 6.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984.
- *La imputabilidad del enfermo mental en Psicopatología*, vol. 2, 1982, n.º 2.
- G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello stato e sistema penale*, Turín, 1978.
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padua, 1975.
- O. PÉREZ VITORIA, *El «trastorno mental transitorio» como causa de inimputabilidad en el Código Penal español*, en A. D. P. del Código Penal, 1952.
- N. A. POULANTZAS, *Nature de choses et droit. Essai sur la dialectique du fait de la valeur*, París, 1965.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1986.
- J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte general*, 11.ª ed., Madrid, 1988.
- T. RÓDRIGUEZ MONTAÑES, *Síndrome de abstinencia y actio libera in causa* (Comentario a la STC, 3 enero 1988), «Poder Judicial», n.º 13, 1989.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.
- J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Adiciones a E. Mezger. Tratado de Derecho Penal*, Madrid 1935.
- J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. I y II, Madrid, 1976, 1977.
- B. DEL ROSAL BLASCO, *Problemas del estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia*, «La Ley», 1983, I.
- CL. ROXÍN, *Observaciones sobre la «actio libera in causa»* en A. D. P. del Código Penal, 1988.
- Q. SALDAÑA, *Adiciones a FR. Von Liszt, Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1914.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.º* (a la vez algunas observaciones sobre la doctrina de la «actio libera in causa»), en «Revista de Derecho de la Circulación», 1988.
- *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo síndrome de abstinencia de drogas*, en «La Ley», 1988, n.º 1.
- M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1959.
- B. DE SOUSA SANTOS, *Crimes cometidos em estado de embriaguez*, vol. I, Coimbra, 1968.
- A. TORÍO, *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación*, en «Estudios jurídicos en honor del profesor O. Pérez Vitoria», Barcelona, 1983.

# Enajenación mental y medidas aplicables a su tratamiento

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Profesora Titular de Derecho Penal.

Universidad de Alcalá de Henares

**SUMARIO:** 1. La imputabilidad en Derecho Penal. 1.1. Consideraciones de carácter general. El concepto de imputabilidad. 1.2. La imputabilidad en relación con la alteración psíquica: soluciones que se plantean en Derecho comparado. Breve referencia.—2. La enajenación mental: su tratamiento jurídico penal. 2.1. Evolución histórica del concepto. 2.2. Consideración de la enajenación mental en la actualidad. 2.3. Aspectos médico-legales de los grandes síndromes psicopatológicos.—3. Las medidas aplicables a la enajenación mental. 3.1. Planteamiento general. 3.2. Las medidas en particular.

## 1. LA IMPUTABILIDAD EN DERECHO PENAL

### 1.1. Consideraciones de carácter general. El concepto de imputabilidad

Para centrar en sus justos términos un análisis jurídico de las consecuencias, que desde el punto de vista del Derecho penal pueda plantear la declaración de exención de responsabilidad criminal por razón de enajenación mental, hemos de partir de un cuanto menos somero análisis de dos conceptos sobre los que versa tal declaración, a saber, imputabilidad y culpabilidad, al que se refiere (1).

---

(1) *Sobre imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad*, vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho Penal», V, Buenos Aires, 1956, pp. 74; SOLER, «Derecho Penal argentino», Buenos Aires, 1956, pp. 17 y ss.; ANTOLISEI, «Manuale di Diritto Penale», 3.ª ed., Milano, 1955, pp. 231 y ss.; MAGGIORE, «Derecho Penal», I, 5.ª ed.,

Se entiende en la concepción clásica la imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, luego el imputable ha de tener al tiempo de la realización de la acción, las propiedades exigibles para su imputación como culpable (2).

Por ello existen algunos eximentes que excluyen la responsabilidad penal porque su autor realiza el hecho prohibido por la Ley Penal, en unas circunstancias personales que impiden afirmar su culpabilidad. Con ello no se puede culpar al autor por su hecho antijurídico, y tampoco se puede imponer al sujeto inimputable la pena señalada por la ley al hecho antijurídico que realiza.

Para Gimbernat, la culpabilidad es el reproche personal que se hace el autor «libre» por el hecho antijurídico cometido (3). Por ello, afirma este autor, no responde el inimputable, ya que la pena no tiene sentido alguno respecto a él, ni desde un punto de vista de prevención especial, ni tampoco de prevención general. Esto sucede así, según este autor, por la escasa o nula motivabilidad del inimputable, por lo que la pena no supone ni «ex ante» un inhibidor serio, ni «ex post» y una vez cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social.

Además, y desde el punto de vista de prevención general, la pena no resta carácter inhibitorio general a las prohibiciones penales, afirmando por qué el «sujeto normal» sabe que es distinto, que pertenece a otro grupo y que a él sí se le castigará si realiza el tipo penal. Por tanto, la impunidad de aquéllos, no afecta a la suya (4). Por todo ello, la pena frente a los enfermos mentales es intolerable y abusiva, precisamente por innecesaria.

Según Mir (5), la falta de culpabilidad en el autor, se puede deber a factores individuales o situacionales, encontrándose entre aquéllos la enfermedad mental, aunque se mantiene que tal distinción no puede

---

Bogotá, 1954, p. 479; BATTAGLINI, «Diritto penale», 3.ª ed., Padova, 1949, pp. 165, 191 y 192; MANZINI, «Tratado de Derecho Penal», II, Buenos Aires, 1948, pp. 125 y ss.; FERRER SAMA, «Comentarios al Código Penal», I, Murcia, 1946, pp. 107 y ss.; RANIERI, «Diritto Penale», Milano, 1945, pp. 406 y 407, y LEONE, «L'imputabilità nella Teoria del Reato», en *Rivista italiana di Diritto Penale* (Padova), XV, 1937, pp. 364 y ss. *Sobre imputabilidad como capacidad de querer y entender*, vid., ANTOLISEI, ob. cit., p. 441; MAGGIORE, ob. cit., p. 500; BATTAGLINI, ob. cit., p. 194; RANIERI, ob. cit., p. 402; BETTIOL, «Diritto Penale», Palermo, 1945, pp. 274 y ss., y PANNAIN, «Manuale di Diritto Penale», Roma, 1942, p. 513.

(2) Vid. MEZGER, «Tratado de Derecho Penal», trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1955, p. 68.

(3) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 161.

(4) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit. y loc. cit., p. 163. Vid. del mismo autor, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», en *Estudios*, ob. cit., p. 115.

(5) Vid. MIR PUIG, «La imputabilidad en Derecho Penal», en el libro colectivo *Psiquiatría forense*, Cursos del C.E.J. (3), Madrid, 1990, p. 37.



realizarse de forma tajante, pues frecuentemente intervienen ambos factores a la vez, a pesar de que alguno de ellos resulte predominante. Por ello la aparición de la enfermedad mental no es completamente independiente de factores situacionales, aunque dependa de factores predominantemente individuales, que determinan la ausencia de imputabilidad. Según este mismo autor, la culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal (6).

Se pregunta también este autor si es que el inimputable no elige según una determinada racionalidad, aunque sea distinta a la de los imputables. Y razona de la siguiente manera: en el enfermo mental, es posible que falte toda responsabilidad de elección en el momento de un ataque agudo. Entonces faltaría incluso un comportamiento voluntario, por lo que ya no se planteará la cuestión de la imposibilidad de imputarle un comportamiento antijurídico. Pero, cuando el enfermo mental actúa con voluntad, no es posible negar que lo hace eligiendo, aunque sea de acuerdo a su particular racionalidad. Como ha subrayado la psiquiatría alternativa, el enfermo mental también tiene su racionalidad, concluyendo que la razón de que el inimputable no deba responder penalmente, no debe buscarse en la inexistencia en aquél del libre albedrío, sino en que tal sujeto es «no motivable mediante normas» (7).

Siguiendo con la teoría de la motivación, y considerando ésta como fundamento de la pena, Luzón afirma que los límites de la pena quedan perfilados por la intimidación y el necesario respeto a la proporción en el castigo, sin el que no existiría tal motivación (8).

Cobo del Rosal y Vives Antón, definen la imputabilidad como el conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que ponen de manifiesto cómo una persona tenía la capacidad suficiente como para comprender y valorar la ilicitud del hecho realizado y, en consecuencia, actuar de acuerdo con lo exigido por el ordenamiento jurídico (9).

Muñoz Conde, plantea la necesidad de abandonar el concepto tradicional de culpabilidad, entendida como fenómeno individual. Afirma este autor que «realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás», proponiendo una correlación

---

(6) Vid. MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», 2.ª ed., Bosch, pp. 91 y ss.

(7) Vid. MIR PUIG, «La imputabilidad...», cit., pp. 44 y 45.

(8) Vid. LUZÓN PEÑA, «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, 1982, p. 243.

(9) Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, «Derecho Penal. Parte general», Valencia, 1984, p. 461.

entre culpabilidad y prevención general, que tendrá consecuencias en la interpretación de las causas de inimputabilidad, especialmente en la enajenación, al entender la imputabilidad como la capacidad de respeto a las normas jurídicas, expresión de la protección a los valores fundamentales de la sociedad. Según este mismo autor, la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, sólo es inteligible cuando se la analiza dentro del contexto sociocultural en que se da, por lo que el concepto de imputabilidad no puede entenderse en sí mismo, sino enmarcado en una historia, en una biografía y referido a una estructura social determinada (10).

Especialmente sugestiva resulta la nueva concepción de la imputabilidad que realiza Bustos.

Parte este autor de una revisión crítica de tal concepto, partiendo del momento en que la imputabilidad se entendía como un concepto existencial de negación de libertad, lo que suponía una idea de estigma o desigualdad entre los seres racionales o irracionales. La Escuela positivista, niega la idea de libertad, que sustituye por la de peligrosidad social y por la de defensa social, que identifica al inimputable con el prototipo de criminal, distinguiendo entre criminales normales y anormales. Su postura alternativa parte y contempla dos perspectivas: la sociológica de la teoría de las subculturas y la psicopsiquiátrica-social de la psiquiatría alternativa, estudiando aquélla al hombre integrado en grupos, señalando las interacciones que se producen y destacando el ser social del sujeto y refiriéndose la segunda perspectiva, el mundo propio del individuo, el proceso de acción del sistema sobre él y su reacción, cuestionando, por fin, ambas perspectivas la existencia de un solo mundo social-cultural. Para este autor, el juicio de imputabilidad ha de implicar el reconocimiento de distintos órdenes racionales en la sociedad y la asignación del individuo a uno de ellos, pero también se refiere al reconocimiento de un orden racional hegemónico dentro del Estado, que es la base orgánica del mismo, y cuya destrucción amenaza al Estado mismo. Tal juicio de imputabilidad, ha de ir siempre referido a los hechos o injustos cometidos y no al grupo u orden en sí, puesto que no es un juicio sobre la capacidad de comprensión, de racionalidad, de valoración, sino solamente la constatación de la desviación del orden hegemónico (11).

Con todo ello, se deberá comprobar la compatibilidad entre el orden racional al que pertenece el sujeto y el hegemónico, del que el

---

(10) Vid. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y prevención general», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982, p. 168, y «Teoría general del delito», Valencia, 1989, p. 134.

(11) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, «Bases críticas de un nuevo Derecho Penal», Temis, 1982, p. 108.

ordenamiento es expresión y cuya máxima negación constituye la conducta antijurídica, afirmando Bustos que «la imputabilidad es siempre un juicio de atribución subjetiva negativa, mientras que la inimputabilidad es un juicio positivo» (12). Por ello, no es inimputable quien piensa de manera diferente, sino quien es incapaz de adaptar su conducta al ordenamiento jurídico.

## **1.2. La imputabilidad en relación con la alteración psíquica: soluciones que se plantean en Derecho comparado. Breve referencia**

En este apartado, se van a estudiar las soluciones adoptadas por otros países de nuestro cercano entorno, en orden al tratamiento jurídico-penal de los problemas de inimputabilidad como consecuencia de las alteraciones psíquicas sufridas por el sujeto.

En Alemania, la inimputabilidad a que da lugar la alteración psíquica, tiene su base en dos criterios: la concurrencia de una serie de factores biológicos, enumerados en el parágrafo 20 del StGB (perturbación psíquica morbosa, trastorno profundo de la conciencia, oligofrenia u otra anomalía psíquica grave), y, en segundo lugar, que la presencia de dichos factores biológicos, tengan un efecto psicológico que se manifieste en una doble dirección, ya sea anulando la capacidad de comprensión del hecho injusto, ya sea incapacitando al sujeto para comportarse de acuerdo a esa comprensión.

Adopta, en consecuencia, el StGB un criterio mixto psicológico-biológico (13), entendiendo la imputabilidad como la capacidad de valorar la realidad, ya que en la mayoría de los casos a los inimputables no podrá negárseles capacidad de conocer, puesto que si ésta no existiera, deberíamos hablar, no ya de imputabilidad, sino de falta de acción (14).

Como hemos visto, el parágrafo 20 del StGB enumera pormenorizadamente los supuestos de perturbación psíquica, a partir de los cuales se puede establecer el juicio de imputabilidad del sujeto, introduciendo, con esta modalidad, criterios de seguridad jurídica que la

---

(12) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, «Bases críticas...», ob. cit., p. 110.

(13) Vid. STRATENWERTH, «Derecho Penal-Parte General, I», traducción de Gladys Romero, Edersa, 1982, p. 169.

(14) En este sentido, CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios al Código Penal», Barcelona, 1976, p. 209, y MIR PUIG, ob. cit. «La imputabilidad en Derecho Penal», p. 39.

hacen preferible. Tal enumeración, como hemos visto antes, se refiere a las siguientes modalidades:

- a) **Perturbación psíquica morbosa.** Se refiere a las llamadas psicosis, que reúnen, por un lado, la imposibilidad de comprensión de la reacción psíquica del imputado y, por otro lado, la existencia de una base patológica corporal. Algún autor ha criticado que el concepto patológico, sólo puede ser puesto de manifiesto en las llamadas psicosis exógenas, mientras que en las endógenas, aquélla tan sólo puede ser presumida, por lo que existen casos frontera de difícil conceptualización (15). Independientemente de ello, las enfermedades comprendidas en este apartado son: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y las enfermedades orgánicas del cerebro.
- b) **Perturbación profunda de la conciencia.** En este segundo apartado se recogen las alteraciones psíquicas que carecen de base morbosa, que tienen bien una naturaleza fisiológica, como consecuencia de la presencia de algún factor concurrente (agotamiento total, estados oníricos o producto del alcohol, drogas u otras sustancias psicotrópicas), o bien de naturaleza psicológica (estados crepusculares hipnóticos o emociones profundas).
- c) **Oligofrenias.** Se dan en aquellos supuestos en los que el sujeto tiene un escaso desarrollo intelectual, fruto de un determinado proceso patológico, que le impide una normal socialización. Entre las oligofrenias, se encuentran la idiocia, la imbecilidad y la debilidad mental.
- d) **Otras anomalías psíquicas graves.** Este apartado, suele considerarse la frontera entre imputabilidad e inimputabilidad, como consecuencia de alteración psíquica. Los supuestos de enfermedades que cabe englobar son variados, y van desde las psicopatías hasta las neurosis, pasando por supuestos de perturbaciones sexuales.

En cuanto a las medidas de seguridad aplicables a los supuestos de inimputabilidad, el StGB prevé las siguientes:

---

(15) Vid JESCHECK, «Tratado de Derecho Penal», traducido por MIR PUIG-MUÑOZ CONDE, Tomo I, Barcelona, 1981, pp. 601 y 602.

- a) Internamiento en hospital psiquiátrico (parágrafo 63 StGB), para aquellos sujetos que hayan sido declarados inimputables, siempre que se den los siguientes requisitos: que el delito no sea de escasa gravedad y que pueda establecerse un juicio de peligrosidad criminal y no meramente social. Dicho internamiento es indeterminado en cuanto a su duración, que se rige por criterios estrictamente médicos.
- b) Centros de deshabitación (parágrafo 64 StGB), medida prevista para alcohólicos o toxicómanos declarados inimputables, de acuerdo con los siguientes requisitos: adicción del sujeto al alcohol o a las drogas, relación entre dicha adicción y el delito cometido y juicio de criminalidad futura del sujeto. En cuanto a la duración del internamiento, en este caso sí existe una duración máxima cifrada en los dos años (16).

El art. 85 Código Penal italiano (17) propone una definición de imputabilidad basado en dos criterios: capacidad de conocer y de querer. Con la primera se hace referencia a la capacidad del sujeto para conocer la realidad exterior que le rodea, con los valores que rigen dicha realidad. La adecuada selección de bienes jurídicos merecedores de tutela penal, respetando el principio de proporcionalidad, se ha de llevar a cabo profundizando en los valores propios del Estado social y democrático de Derecho. La capacidad de querer se refiere a la capacidad de autodeterminación en base a la comprensión de los valores dominantes. Esta distinción responde más bien a una función didáctica, ya que los más modernos estudios de psiquiatría defienden la unidad de la psique.

El Código Penal italiano, en sus arts. 88 y 89, considera *il vizio di mente*, como un estado psíquico deficiente, derivado de una situación de enfermedad, que excluye la capacidad de conocer o de querer. En Italia, suele seguirse la siguiente clasificación, que distingue entre anomalías psíquicas y enfermedades mentales o psicosis:

- a) Anomalías psíquicas, como la deficiencia mental, las perturbaciones psíquicas morbosas y de la conciencia.
- b) Enfermedades mentales, como las psicosis orgánicas y las endógenas.

---

(16) Vid. PRATS CANUT, «Imputabilidad y alteración psíquica. Soluciones de Derecho Comparado: Francia, Italia y R. F. Alemana», en *Psiquiatría forense*, cursos del C.E.J. (3), Madrid, 1990, pp. 137 y ss.

(17) Sobre antecedentes históricos, vid. FLORIAN, «Parte General del Derecho Penal», II, Habana, 1929, pp. 208 y ss., y PESSINA, «Elementos de Derecho Penal», 3.ª ed. anotada y adicionada por Cuello Cañón, Madrid, 1919, pp. 402 y ss.

En definitiva, el Código Penal italiano defiende un concepto mixto de enfermedad mental, que tiene como fundamento una situación de enfermedad (criterio biológico), que genera una determinada situación mental (criterio psicológico).

La alteración psíquica, en relación a la delincuencia, recibe por parte del Código Penal italiano un tratamiento diferenciado, en función de que el mismo sea total o parcial, operando en el primer caso como causa de exclusión de la responsabilidad penal y en el segundo, como causa de atenuación.

En cuanto a las medidas de seguridad aplicables a los sujetos declarados inimputables, el Código Penal italiano exige la comprobación previa de su peligrosidad social. Una vez declarada dicha peligrosidad, las medidas aplicables dependerán de que el sujeto haya sido declarado inimputable, ya sea por enfermedad psíquica, intoxicación crónica de alcohol o estupefacientes o por sordomudez, o semiimputable.

Por lo que se refiere a los inimputables, el art. 222 prescribe para estos casos el internamiento en un centro psiquiátrico judicial, estableciéndose un tiempo mínimo de permanencia en el centro, en función de la gravedad del delito cometido. Tal medida merece ser criticada por su fuerte componente retribucionista, al no contemplar las necesidades asistenciales del sometido a la medida, sino tan sólo la gravedad del delito cometido.

En relación con los semiimputables, los arts. 219 y 221 del Código Penal italiano prevén en estos casos el internamiento en las llamadas *casa di cura e di custodia*, estableciéndose, igual que en el caso anterior, una serie de topes mínimos de duración de la medida de seguridad, en función de la gravedad del delito cometido.

De cualquier manera, la cuestión más controvertida en relación con las medidas de seguridad, viene determinado por el sistema acumulativo de imposición de las mismas, toda vez que el reo debe cumplir primero la pena privativa de libertad y posteriormente la medida de seguridad.

El Código Penal francés (18), regula conjuntamente en su art. 64, los supuestos de demencia y fuerza irresistible, siendo estos dos los únicos supuestos que se admiten en lo que la doctrina ha llamado causas subjetivas de no responsabilidad (19).

Tal art. 64, parece optar por un criterio estrictamente biológico, entendiendo por demencia toda forma de alienación mental que no

---

(18) Vid., con carácter general, BOUZAT, «Traité de Droit Penal», París, 1951, pp. 187 y ss., y DONNEDIEU DE VABRES, «Traité de Droit Penal», 3.ª ed., París, 1947, pp. 194 y ss.

(19) Vid. STEFANI-LEVASSEUR, «Droit Penal General», 10.ª ed., París, 1978, p. 302.

permita al individuo un control suficiente de sus actos, y cuya existencia y gravedad deberá ser determinada por el informe médico correspondiente. Sin embargo, y a pesar del estrecho cauce legal ofrecido por el art. 64, la aplicación jurisprudencial y doctrinal ha sido amplia. Esta interpretación extensiva tiene su máximo exponente en el llamado *Etude Michaux*, que ha renunciado a establecer una clasificación en base a criterios etiológicos, toda vez que la moderna psicopatología, ha puesto de relieve la unidad global de la personalidad y la imposibilidad de establecer clasificaciones de las enfermedades mentales, optándose por una clasificación puramente descriptiva (20).

Las formas de demencia incluidas en dicha clasificación contemplan las siguientes enfermedades:

- a) Demencias *strictu sensu*, que incluyen aquellos casos en los que los individuos, en principio de desarrollo normal, han visto sus facultades mentales alteradas, como consecuencia de infecciones, traumatismos o arteriorclerosis, o en los supuestos de alcoholismo agudo en la fase de *delirium tremens*.
- b) Delirios crónicos son aquellos de base alucinógena o imaginativa.
- c) Estados de excitación en relación con los ciclotónicos, que presentan fases de excitación o de depresión.
- d) Estados maníaco-depresivos, como pueden ser situaciones de profunda melancolía o crisis de ansiedad, que pueden generar tendencias particularmente agresivas.
- e) Insuficiente desarrollo intelectual son los supuestos de oligofrenias en los distintos grados en que ésta pueda presentarse.
- f) Epilepsia.
- g) Manifestaciones psiquiátricas de encefalopatía epidémica, fundamentalmente excitación hipomaniaca y perversiones instintivas.
- h) Alteraciones del carácter y del estado de ánimo, según los siguientes tipos: emotivos, ciclotónicos, obsesivos, mitómanos, paranoicos, esquizoides, epileptoides e inestables.

---

(20) Vid. ETUDE MICHAUX, «Introduction psychiatrique au problème de L'Etat dangereux», 2.º Curso Internacional de Criminología, París, 1954.

La caracterización de la demencia, sin embargo, viene matizada por las dos notas que impone el tenor literal del citado art. 64, a saber: la existencia de alteración psíquica en el momento de la comisión del hecho y también que dicha alteración sea grave. De cualquier manera, la falta de contemporaneidad de la demencia, en relación con la ejecución del injusto penal, no implica la irrelevancia de la misma, sino el hecho de que el Derecho francés le otorgue distinta trascendencia, en función de que se dé antes o después de la comisión del hecho. Por lo que se refiere a la determinación de la gravedad de la demencia, se plantea la cuestión de si es mesurable cuantitativamente la enfermedad mental, y en caso de serlo, dónde se establecería la frontera entre inimputabilidad y semiimputabilidad.

En cuanto a las medidas aplicables al no imputable, la autoridad judicial queda completamente al margen de la posibilidad de adoptar cualquier medida de tratamiento o de internamiento. No obstante la autoridad administrativa puede ordenar el internamiento del demente en base a criterios de peligrosidad social del mismo. Es criticable esta posibilidad de internamiento decretado por la autoridad gubernativa al margen del control jurisdiccional, por cuanto suscita el tema de las garantías del sometido a medida de seguridad por una decisión administrativa, sin que se sepa ni la causa del internamiento, ni qué tipo de tratamiento se va a recibir, ni cuánto tiempo va a durar el mismo.

Lo que se llama *états voisins de la demence*, se trata por el Derecho penal francés junto a los problemas de demencia. Entre ellos se incluye al loco moral, al sonámbulo y al embriagado. Por lo que se refiere a este último supuesto (los dos anteriores ni siquiera se contemplan, puesto que la discusión acerca del loco moral está superada y el problema de sonambulismo ha de contemplarse fuera del problema de la culpabilidad), el art. 64 incluye los supuestos de intoxicación alcohólica o estupefaciente aguda.

## 2. LA ENAJENACION MENTAL: SU TRATAMIENTO JURIDICO PENAL

### 2.1. Evolución histórica del concepto

No es que sea objeto de esta lección un análisis pormenorizado sobre la evolución histórica del actual concepto de enajenación mental, pero resulta ineludible una referencia al Código Penal de 1848, porque en este aspecto concreto, el Código vigente, es heredero de aquél.



Con anterioridad, el Código Penal de 1822, en su art. 26, eximía de responsabilidad al autor «dormido o en estado de demencia o delirio, o privado del uso de su razón...», pero no le imponía medidas especiales (21).

El Código de 1870 exigía la constancia del estado de locura o imbecilidad, estableciendo como requisitos propios de la eximente su origen morbos, que no se actuara bajo la influencia de la enfermedad y la anulación total de las facultades intelectivas y volitivas (22). Referido al origen morbos, el Tribunal Supremo exigía de manera unánime el origen patológico e interno, no pudiéndose aplicar cuando la causa era externa. La fundamentación surgía de que si la causa era externa, el agente la podía dominar, mientras que el loco o el imbécil no podían hacerlo, por fallo endógeno. Se hablaba en esa época del loco y del demente como sinónimos y se incluían en la eximente, la epilepsia y la imbecilidad. Tal Código admitía que el Tribunal optara, en los casos de delito menos grave, por el internamiento o la entrega a los familiares, previa constitución de fianza. Pero esto, en opinión de Terradillos, no debe interpretarse como un avance significativo de criterios preventivo-especiales, pues lo que prevalece sigue siendo la afirmación sancionadora del Derecho y el efecto intimidante-asegurativo (23).

La inimputabilidad por afecciones o trastornos mentales en el Código Penal de 1928, se recogía en el art. 55, que supuso, en opinión de Lafora un enorme progreso con relación al art. 8 del Código de 1870, que se refería a conceptos psiquiátricos tan imperfectos como «el imbécil y el loco» (24). Tal artículo recogía una fórmula mixta psiquiátrica-jurídica-pragmática, integrada por la referencia a la «perturbación o debilidad mental» (criterio psiquiátrico), a la «aptitud para percibir la injusticia de sus actos» (criterio jurídico) y a la «voluntad de obrar de acuerdo con la conciencia» (criterio pragmático). El Código Penal de 1928, ensancha las posibilidades de la prevención especial, al afrontar de manera global la problemática peligrosidad-medidas de seguridad.

El Código Penal de 1932 introduce, en sustitución de anteriores fórmulas, otra de contenido psiquiátrico puro: el enajenado, con la que se pretende cancelar toda controversia sobre el alcance de la eximente. Con respecto al internamiento, se adopta la regla que había de

---

(21) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento jurídico-penal de la enajenación», en Comentarios a la legislación penal (tomoV), Edersa, 1985, p. 125.

(22) Vid. CASTEJÓN, «Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870», Madrid, 1926, pp. 234 y ss.

(23) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento...», cit., p. 126.

(24) Vid. LAFORA, «La psiquiatría en el nuevo Código Penal español de 1928», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1929, p. 7.

pasar al Código de 1944, considerándose como medida única, unánime y obligatoria.

La Ley de Vagos y Maleantes de 1933, no contenía en su catálogo de supuestos de estado peligroso (arts. 2 y 3), referencia ninguna al demente, por lo que el tratamiento jurídico-penal del mismo se limitaba a lo dispuesto en el Código, confiándose a los Decretos de 3 de julio de 1931 y 27 de mayo de 1932 la regulación del internamiento del enajenado no delincuente.

Esta situación se prolongó hasta la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, cuyo art. 3 establecía: «Serán aplicados los preceptos de esta ley a los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad.» Ello implicaba un nuevo sistema caracterizado por la creación de un supuesto de peligrosidad predelictual. Además, las medidas de la LPRS no sólo se aplicaban al enajenado, sino a todo enfermo o deficiente mental. El internamiento en establecimiento de preservación, no era medida única, sino que se complementaba con la sumisión a vigilancia de delegados, reemplazable por caución de conducta, siendo ambas medidas de aplicación conjunta y cumplimiento sucesivo. Por último, se requería expresamente, que los sujetos significaran un riesgo para la comunidad por su abandono o por carecer de tratamiento adecuado. Tras la reforma del art. 3 de la LPRS, por Ley de 26 de diciembre de 1978, la peligrosidad sin delito del demente se confía a las disposiciones sanitarias y la posdelictual al Derecho penal, que acude a ella para justificar la reacción frente al imputable al que, por serlo, no puede castigar (25).

Respecto a los contenidos que cubre el término enajenación, sigue existiendo la inercia de épocas anteriores. La sentencia de 26 de noviembre de 1984 (26), afirma que la enfermedad mental, para que suponga enajenación, ha de reunir los siguientes requisitos: en cuanto a su origen, ha de ser patológico o morboso; en cuanto a su duración, ha de ser permanente y subsistente, es decir, concurrir al momento de comisión del hecho delictivo, y en cuanto a su identidad, ha de ser absoluta y completa, de tal modo que el sujeto que las sufra tenga abolidas totalmente sus facultades intelectivas o volitivas, de tal modo que coloque al paciente en un estado de verdadera y manifiesta inconsciencia para sus determinaciones, que le prive de la inteligencia y voluntad para comprender y abarcar la trascendencia, antijuridicidad o injusticia de sus actos. En opinión de Mengual, la jurisprudencia sigue utilizando nomenclaturas psiquiátricas que son discordantes con los avances de la psicología y psiquiatría (27).

---

(25) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento...», cit., p. 129.

(26) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1984.

(27) Vid. MENGUAL I LULL, «Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos», ob. cit., p. 207.

El párrafo tercero del art. 8.1.º del Código Penal, adicionado por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, es plasmación de la idea de que los establecimientos psiquiátricos no son el instrumento más eficaz para neutralizar la peligrosidad del enajenado, puesto que la privación de libertad, esencialmente asegurativa, aunque se le dote de contenido terapéutico, choca hoy con obstáculos de carácter médico y jurídico. Médico, porque la psiquiatría ha emprendido en las últimas décadas, una continua cruzada contra la reclusión manicomial, y jurídico, porque nuestra Constitución, al establecer en su art. 25, 2.º que «... las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...», declara anticonstitucional un internamiento que se oponga al logro de tales objetivos. De cualquier manera, la valoración en términos generales, ha de ser positiva, puesto que era necesario introducir medidas alternativas al internamiento del enajenado que permitieran adoptar decisiones acordes con las características de su especial patología y de la consiguiente peligrosidad, así como hacer viable el imperativo respecto a la orientación de las medidas de seguridad que establece el art. 25.2.º de la Constitución. Además, solamente ampliando la gama de opciones se permite al juzgador adaptar su decisión a los principios de proporcionalidad y de intervención mínima.

## 2.2. Consideración de la enajenación mental en la actualidad

El art. 8.1.º del Código Penal, declara exento de responsabilidad criminal al enajenado. Tal término, no resulta esclarecedor en absoluto, habiendo sido criticado su empleo por la doctrina (28), por entender que no se ajusta a ningún baremo psiquiátrico, sino que se trata de un término valorativo.

No cabe duda de que el legislador ha preferido la utilización de un término psiquiátricamente nada expresivo, ni de que lo ha hecho por entender que puede dar más juego. Otra cosa es que la jurisprudencia haya querido acercar la noción jurídica a la psiquiátrica y haya intentado establecer un catálogo de enfermedades, a las que resulta aplicable la exención.

Una de las características fundamentales de la enajenación, aquella que la diferencia del trastorno mental transitorio, es la permanencia o duración, aunque, según Carbonell, si el concepto de enajena-

---

(28) En este sentido, TORIO LÓPEZ, «Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación», en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983, tomo II, p. 970, y CARBONELL MATEU, «Enfermedad mental y delito. Aspectos penales», Civitas, monografías, Madrid, 1987, p. 41.

ción se está construyendo sobre la base de la inimputabilidad, y por ello se prefiere un término vulgar a uno técnico, será necesario y suficiente poner en relación el estado del sujeto con el hecho injusto llevado a cabo, estando de más cualquier otra referencia a la eternidad (29).

Hay otra cuestión digna de mencionar, a saber, el de si debe concebirse la enajenación de forma biológica, psicológica o mixta. Afirman Rodríguez Devesa (30) y Romero Sirvent y Gómez Pavón (31), que debe atenderse a la constatación de la concurrencia de la enfermedad mental, mientras que Torio (32) mantiene que debe combinarse el origen patológico con la capacidad de culpabilidad del sujeto respecto de la acción, sugiriendo la adopción de fórmulas biológico-normativas o mixtas. Por fin Carbonell (33), se pronuncia por una concepción meramente psicológica, que prescinda del requisito de orden patológico, concluyendo que si de lo que se trata es de analizar la normal capacidad de motivación del sujeto, y puede establecerse que ésta se encuentra alterada, sin que dicha alteración tenga un origen estrictamente patológico, no existen razones suficientes para no calificar en estos casos de enajenación, puesto que el enajenado podrá ser un enfermo en sentido estricto o no, lo importante es que no sea capaz de motivarse normalmente por el imperativo de la norma ni, por tanto, de adaptar su conducta al ordenamiento y ello por razones psicológicas.

### 2.3. Aspectos médico-legales de los grandes síndromes psicopatológicos

Si el término enajenación mental presenta los graves problemas que se han expuesto anteriormente, su concreción en las distintas enfermedades o trastornos mentales —criterio psicológico—, no nos conducirá tampoco a resultados demasiado clarificadores.

Vamos a clasificar las enfermedades mentales de la siguiente manera (34):

1. *Oligofrenias o retraso mental*. Según criterios actuales su definición viene dada por dos variables, el coeficiente intelectual y el deterioro o déficit de la conducta adaptativa, resultando obsoletas las clasi-

---

(29) Vid. CARBONELL MATEU, «Enfermedad mental...», cit., p. 42.

(30) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal español. Parte general», 9.ª ed., Madrid, 1985, pp. 591 y ss.

(31) Vid. ROMERO SIRVENT y GÓMEZ PAVÓN, «Enajenación y trastorno mental transitorio (Evolución legal y análisis jurisprudencial)», en la *Ley*, núm. 1.108, de 11 de enero de 1985, p. 5.

(32) Vid. TORIO LÓPEZ, «Las fórmulas legislativas...», ob. cit., p. 975.

(33) Vid. CARBONELL MATEU, «Enfermedad mental...», ob. cit., p. 43.

(34) Vid. MENGUAL I LULL, «Aspectos psiquiátricos», ob. cit., pp. 225 y ss.

ficaciones clásicas de idiocia, imbecilidad, debilidad mental y torpeza. Efectivamente un coeficiente intelectual de 70 no cubre criterios diagnósticos de retraso mental si no va acompañado de la segunda variable.

Sin embargo el Tribunal Supremo, no parece que refleje con mucha exactitud los avances de la psiquiatría y los cambios de criterio operados (35). El cambio de códigos, podría ser como sigue:

### RETRASO MENTAL

| <i>D.S.M.-III (36)</i> | <i>C.I.</i> | <i>I.C.D.-9<br/>de la O.M.S. (1975)</i> |
|------------------------|-------------|---|
| Leve                   | 50-70       | Discreto                                |
| Moderado               | 35-49       | Moderado                                |
| Grave                  | 20-34       | Grave                                   |
| Profundo               | menos de 20 | Profundo                                |

Por último, añadir que el Tribunal Supremo habla de las oligofrenias como enfermedades mentales, teniendo en cuenta como criterio rigidor el del coeficiente mental individual, sin referirse a la conducta adaptativa (37). Tal criterio no resulta acorde ni con el punto de vista de la Psiquiatría, ni tampoco con el de la Psicología Social o Clínica. La curación del retrasado debería evaluarse, teniendo en cuenta la evolución de los niveles de maduración y desarrollo en la edad escolar, adiestramiento y educación en la edad escolar y adaptación socio-laboral en el adulto retrasado mental (38). Si esto es así, el problema deja de ser individual, para pasar a ser educacional, social y político.

Además, en el supuesto de retraso mental profundo, es difícil hablar de comisión de delito. En el retraso mental grave, moderado o

(35) Vid., entre otras, STS de 8 de abril de 1976; 25 de marzo de 1980; 19 de diciembre de 1983; 10 de marzo de 1984; 29 de junio de 1984, 22 de enero, 27 de abril y 3 de octubre de 1987; 29 de febrero y 27 de julio de 1988; 4 de diciembre de 1989 y 19 de abril de 1990.

(36) Vid. D.S.M.-III, de la Asociación Americana de Psiquiatría (1978).

(37) Vid., S.T.S. de 22 de enero, 27 de abril y 3 de octubre de 1987 y 4 de diciembre de 1989. En esta última, se mantiene todavía la clasificación de idiocia (edad mental fijada en cuatro años con un coeficiente del 25 por 100 de normalidad); imbecilidad (edad mental fijada entre los cuatro y los ocho años y con un coeficiente del 25 al 50 por 100 de normalidad); debilidad o retraso mental (edad mental fijada entre los ocho y los once años y con un coeficiente del 50 al 70 por 100 de normalidad) y torpeza mental. Sólo en los dos primeros supuestos opera la eximente completa, siendo incompleta en el tercero e inoperante en el cuarto, añadiendo la sentencia, «aunque pudiera entenderse que esa graduación tan tajante hecha hasta ahora por la jurisprudencia, ha quedado un tanto desfasada en relación con las clasificaciones de la O.M.S.».

(38) Vid. VALLEJO RUILOBA, «Introducción a la psicopatología y la psiquiatría», Barcelona, 1985, p. 369.

leve, si hay delito, surgirá el problema. Si se acepta como único criterio el coeficiente mental de un individuo, sin tener en cuenta la conducta adaptativa, en base al historial experiencial, educacional y motivacional, el error será más que probable.

2. *Psicopatías*. El conocimiento de una personalidad psicopática, no sigue generalmente el camino del diagnóstico de cualquier enfermedad humana, pues para establecerlo ha de conocerse un buen período de la vida de la persona en cuestión.

Para convencerse de la existencia de un psicópata es, ante todo, necesario verle vivir. Esto es así, porque la psicopatía es una anomalía psíquica, que recae especialmente en el estilo de llevar a cabo el despliegue personal. Por ello es además difícil establecer el diagnóstico en la niñez, en la pubertad y aun en la juventud, etapas de la vida, en las que con frecuencia, no podemos más que sospechar su existencia.

Puesto que la psicopatía no es una enfermedad sino una anomalía, el trastorno psicopático lo es de carácter cuantitativo, frente a la condición cualitativa de la psicosis. De hecho, esta anomalía afecta a la totalidad de las personas humanas, distribuyéndose tanto en el terreno psicótico como en el somático, y en distintas proporciones, según el caso individual.

Las manifestaciones psíquicas que constituyen el cuadro de toda psicopatía, tienen un doble origen: la constitución permanente de la persona, por un lado, y los movimientos de reacción vivencial y de desarrollo de la misma, por otro.

Se insiste en el carácter de permanencia que tienen los trastornos psicopáticos, pero con mucha frecuencia esto se interpreta como condición invariable de los mismos, lo que es motivo de error, pues la psicopatía no es cosa hecha, sino que como el hombre, es algo que siempre se está haciendo, aunque toda manifestación psicopática, está condicionada por un primario trastorno de la vida afectiva.

La constitución antinómica del hombre tiene también su manifestación en el terreno social, en donde se mueve entre dos polos contrapuestos: compañía y soledad. Esta contraposición no parece que tenga dificultad en ser entendida, ya que junto a la condición de ser transferente, existe también la necesidad de soledad, que es tanto como compañía con uno mismo, y en cuyo seno encuentra el hombre sus propias posibilidades. Es precisamente la capacidad de encuentro y conjunción la que aparece trastornada en el psicópata, propiciando una permanente situación desafectiva (39).

---

(39) Vid. ROJAS BALLESTEROS, «El psicópata como sujeto delictivo», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Madrid, 1961-62, pp. 539 y ss., y ALONSO ALAMO, «Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías», en Homenaje a Beristain, San Sebastián, 1989, p. 447.

El síndrome psicopático engloba alteraciones que se manifiestan por la conflictividad de las relaciones interpersonales y también por la disminución de la capacidad adaptativa del sujeto. La personalidad psicopática se caracteriza por la conflictividad en las relaciones interpersonales y por el signo antisocial de tal conflictividad, que suele manifestarse en conductas directamente agresivas o parasitarias, además de la falta de corregibilidad o escasa capacidad de modificación a través de la experiencia (en lenguaje conductista se da una escasa «susceptibilidad al castigo») (40).

La alteración fundamental en las psicopatías, parece ser la predisposición a una comunicación interhumana deficiente, a pesar de que la necesidad de comunicación es una aspiración originariamente humana. Sin embargo, el psicópata comprende al otro y a su alrededor según el momento, no busca el contacto con el otro, sino que le sitúa donde él no está y hace del otro un objeto. En cuanto al tiempo, está presidido por lo que se llama la «soberanía del presente», dado que no tiene en cuenta ni el pasado ni el porvenir, y el yo mismo no es vivido nunca como «poder ser» (41).

El psicópata tiene una clara propensión a conductas antisociales. Mientras que el psiconeurótico sufre por excesivo conflicto interno, el psicópata hace sufrir a otros por falta de conflicto interno. Las tres notas que pueden caracterizar la personalidad psicopática son: asocialidad, falta de fijación afectiva y actitud de satisfacción de necesidades egoístas incapaces de controlar.

En la conducta del psicópata, se pueden considerar dos aspectos: Uno de ellos, el de la propia inmadurez somática y sus efectos inmediatos. Y el otro, el de la conducta reactiva, desde la propia inmadurez, frente a las exigencias y deberes sociales, ante los cuales el psicópata puede adoptar diversas actitudes: de defensa o de adaptación, que varían desde la compensación normal de su incapacidad a través del esfuerzo superador hasta la postura perversa contra la sociedad a la que vivencia como obstáculo para el logro de sus intereses primarios (42).

Parece una opinión comúnmente aceptada entre los psiquiatras que ejercen la terapia, el referir la falta de eficacia del tratamiento terapéutico de los psicopatas, ya que en estos tipos de personalidad

---

(40) Vid. ORTEGA MONASTERIO, «Semiología y aspectos médico-legales de los grandes síndromes psicopatológicos», en el libro colectivo *Psiquiatría forense*, Cursos del C.E.J. (3), Madrid, 1990, pp. 22 y 23.

(41) Vid. ALBERCA LORENTE, «Psicopatías y delincuencia», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Madrid, 1961-62, p. 59.

(42) Vid. SUÁREZ MONTES, «Psicopatía y responsabilidad», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Madrid, 1961-62, p. 648.

falta la cooperación del paciente, indispensable en toda terapia eficaz (43).

Los psicópatas no tienen por qué comportar conductas delictivas, y si las conllevan hay que determinar la situación individual de cada agente delictivo en base a sus circunstancias, no en base al genérico psicopatía.

En general, se puede establecer que las psicopatías no afectan a los presupuestos de la imputabilidad, aunque si van acompañadas de otras enfermedades mentales, como la psicosis o la oligofrenia, sí podrán tenerse en cuenta, no en base a ellas mismas, sino a las otras enfermedades. El criterio biológico-psiquiátrico debe formularse como la afectación o no de las facultades psíquicas superiores, además de establecerse la causalidad del delito y la psicopatía como directamente relacionadas (44).

Resumiendo, podríamos considerar que los trastornos de la personalidad o psicopatías, no son un grupo homogéneo bien definido, sino un auténtico «cajón de sastre» en el que se agrupan diversas tipologías de personalidad caracterizadas por la conflictividad social. En las personalidades psicopáticas subyace, por lo general, una inmadurez afectiva y una base constitucional ligada al temperamento.

3. *Neurosis*. El síndrome neurótico se refiere a las alteraciones cuantitativas de la dinámica de la personalidad, que se manifiestan en forma de angustia, depresión, o mecanismos patológicos de defensa contra ambos. La neurosis tiene un origen que clásicamente se ha considerado como fundamentalmente psicógeno. Se trata de la expresión clínica de conflictos intrapsíquicos ligados a la biografía del sujeto y en cuyo núcleo patogénico están la inseguridad, la angustia y los síntomas corporales derivados de tal angustia, así como los mecanismos de defensa contra dicha angustia y la depresión. Dado que en

---

(43) Vid. FREY, «El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de la responsabilidad penal», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Madrid, 1961-62, pp. 340 y 341, y GARRIDO GUZMÁN, «El tratamiento de psicopatas y los establecimientos de terapia social», en *Libro Homenaje a Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 157.

(44) Vid. S.T.S. de 30 de diciembre de 1989 («las psicopatías no asociadas a otros trastornos mentales, no afectan a la capacidad de culpabilidad»); 19 de abril de 1990 («la debilidad mental unida a una psicopatía con reacciones autolíticas e impulsivas o psicopatía adjetivada, rebasa con mucho la simple personalidad *border line* y lleva a incluirla en el concepto de enfermedad mental»). También S.T.S. de 5 de diciembre de 1986 y 29 de febrero y 27 de julio de 1988. Esta reciente jurisprudencia contrasta con la anterior, que definía las psicopatías como enfermedades endógenas que no son enfermedades mentales o que son semienfermedades mentales. Vid., entre otras, S.T.S. de 20 de enero de 1976, 3 de octubre de 1979 y 22 de abril de 1982.



mayor o menor medida la vida psíquica supone conflicto y mecanismos de defensa contra tal conflictividad, se puede afirmar que la neurosis es un trastorno cuantitativo, ya que todas las personas lo padecen en mayor o menor medida, y el *quantum* de angustia, depresión o inadecuación de las defensas determinaría que la neurosis alcanzara o no nivel clínico (45).

La neurosis supone un trastorno psíquico condicionado espiritualmente, siendo el resultado de un conflicto interno del individuo y en el origen y desencadenamiento de una neurosis corresponde un papel preponderante a la elaboración de las vivencias y la vivencia es también un elemento fundamental para la elaboración de los complejos.

Se entiende por vivencia la experiencia interna, la penetración espontánea de un grupo psíquico con tonalidad afectiva en el seno de la conciencia. El paso de «vivencia» a «complejo», se puede explicar de la siguiente manera: las experiencias internas, cuando son muy afectivas o muy desagradables, tienden a convertirse en cuerpos extraños incorpóreos, tendiendo a aislarse, de modo que no pueden ser eliminados aunque intervenga la voluntad, resultando entonces inútil pretender absorberlos, ni olvidarlos, ni aprovecharlos para la vida psíquica actual, pues forman centros energéticos secundarios independientes, que acarrearán serias perturbaciones en el caudal de los hechos psíquicos. Tales centros energéticos secundarios reciben el nombre de complejos y desempeñan un papel considerable en la producción de trastornos neuróticos y psicosis reactivas (46).

La neurosis siempre es el resultado de un conflicto entre el «yo» y el «perimundo», conflicto que deja sentir su influencia sobre el área yoica. Teniendo en cuenta que la base y fundamento para el desenvolvimiento de una vida sin conflicto, es la capacidad del individuo para participar en y de los valores supraindividuales egoístas, mientras mayor sea la capacidad del individuo para dejarse motivar por estos valores supraindividuales, menor será la superficie de fricción originadora de conflictos. Por eso, allí donde o bien resulte sensiblemente disminuida esta capacidad de motivación por valores supraindividuales o éstos sean impuestos de una manera coactiva, serán situaciones favorables para el desencadenamiento de una neurosis (47).

Parece ser que los actos delictivos de los neuróticos son muy raros, manifestándose la jurisprudencia en el sentido de que la mera existencia de una neurosis, no debe conducir a la declaración de inimputabilidad, ya que lo importante en estos casos es la intensidad, es

---

(45) Vid. ORTEGA MONASTERIO, «Semiología y aspectos...», ob. cit., pp. 14 y 15.

(46) Vid. KRETSCHMER, «Psicología médica», Barcelona, 1957, p. 221.

(47) Vid. NAVARRETE URIETA, «El problema penal y criminológico de las neurosis», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Madrid, 1961-62, p. 470.

decir, que la neurosis deje sentir su influencia sobre alguno a algunos de los factores integrantes de la imputabilidad, que la neurosis sea capaz de romper la relación de sentido que debe presidir el desarrollo de la vida anímica (48).

Todo síntoma neurótico tiene cuatro raíces, cada una de las cuales brota de cada uno de los estratos o capas del ser humano. Así, la neurosis se presenta al mismo tiempo como el resultado de algo físico, como la expresión de algo psíquico, como un medio dentro del campo de fuerzas sociales y, finalmente, como un modo de existencia. Esto pone de manifiesto, por un lado, los cuatro flancos que la personalidad tiene abiertos al ataque de las neurosis y, por otro, la gran facilidad que el hombre moderno tiene para caer en ellas, además de su proximidad a las personalidades psicopáticas.

4. *Psicosis*. El síndrome psicótico, se caracteriza por la pérdida de contacto objetivo con la realidad, y viene a corresponderse con el paradigma del clásico concepto de alienación o enajenación. Su etiología es fundamentalmente somatogena, aunque en las denominadas psicosis endógenas todavía no está claramente dilucidada. Esta etiología parece tener una base constitucional-hereditaria, de donde procede el concepto de «endogeneidad», y el sustrato radicaría en alteraciones bioquímicas que no producirían en principio alteraciones lesionales que permitan su observación macroscópica o microscópica. La semiología prevalente de las psicosis, se manifiesta en forma de delirio, autismo o alucinaciones, así como la tendencia a la desorganización de la personalidad (pérdida de la coherencia interna de las funciones psíquicas, especialmente típica en las psicosis esquizofrénicas). Con frecuencia se dan simultáneamente varios de estos síntomas, así como otros de carácter accesorio, pero que pueden configurar un cuadro clínico con agitación, síntomas catatónicos diversos, alteraciones del lenguaje formal, etc.

La psicosis es un trastorno típicamente cualitativo o categorial (se es o no psicótico), en contraposición con los trastornos cuantitativos o dimensionales (como las neurosis, que suponen una exageración de rasgos o conductas comunes en todos los sujetos, como por ejemplo la angustia, las tendencias depresivas, reacciones hostiles, etc.). La psicosis supone la aparición de un proceso biográfico, es decir, la apa-

---

(48) Vid., entre otras, S.T.S. de 14 de abril de 1978; 2 de junio de 1980; 19 de diciembre de 1983; 9 de mayo de 1986; 29 de febrero y 15 de marzo de 1988; 24 de mayo y 4 de noviembre de 1989 («el trastorno ha de haber incidido profunda o al menos sensiblemente en las estructuras mentales del sujeto»), y 21 de diciembre de 1989 («en general la doctrina conceptúa a esta especie de personalidad inafectante a la imputabilidad, si no está asociada a otras dolencias mentales ni a dependencias influyentes o alteradoras de la psique, como el consumo de alcohol o droga»), y 27 de enero de 1990.

rición de algo nuevo, la irrupción de contenidos psíquicos que fragmentan la continuidad histórico-vital del sujeto, emerge como algo incomprensible, dado que se pierde la continuidad biográfica o la relación de sentido entre la biografía previa y los contenidos psicopatológicos de la enfermedad. De ahí procede la idea de que el acto del enajenado es «ahistórico», dado que queda desconectado del sistema motivacional previo a la irrupción del trastorno (49).

La temática persecutoria es una de las modalidades más frecuentes en los delirios, y puede dar lugar a conductas agresivas comprensibles desde el análisis fenomenológico-estructural de la nueva forma de estar en el mundo que supone la vivencia psicótica. Estos trastornos, que quedan englobados dentro de las esquizofrenias, psicosis maníaco-depresivas y trastornos afines, tienen gran importancia en medicina legal, dado que en los períodos agudos suponen una merma grave de la capacidad de contacto con la realidad (por ejemplo, un delirio persecutorio, unas alucinaciones auditivas o del esquema corporal). Esta merma grave, suele implicar un estado de inimputabilidad o de incapacidad, si no definitivas, al menos durante los períodos agudos de la enfermedad. Cabe añadir, que a pesar de la gravedad de los síntomas, el psicótico habitualmente no realiza actos tipificados como delictivos, dado que suele elaborar su enfermedad dentro de un mundo autista y desconectado de su entorno. A pesar de su escasa peligrosidad, aquellos limitados casos que realizan actos delictivos, suelen tener gran repercusión pública, debido a la aparatosidad de su conducta.

La O.M.S., en la novena edición de la clasificación internacional de enfermedades (50), define las psicosis como «trastorno mental en el cual el deterioro de la función mental ha alcanzado un grado tal, que interfiere marcadamente con la introspección y la capacidad para afrontar algunas demandas ordinarias de la vida o mantener un adecuado contacto con la realidad», aunque la misma O.M.S. señala que no es un término exacto ni bien definido. El D.S.M.-III (51), no contempla en su clasificación el término psicosis, y sí tiene en cuenta el de psicótico. La problemática, desde la psiquiatría, radicará en los criterios diagnósticos que puedan utilizarse al diagnosticar los distintos trastornos psicóticos. En este campo, el Tribunal Supremo debería exigir la explicitación del criterio usado en cada peritaje, con el fin de paliar el confusionismo que el término comporta. A continuación, pasamos a clasificar las psicosis, de acuerdo con la descripción usada por los penalistas (52):

---

(49) Vid. ORTEGA MONASTERIO, «Semiología y aspectos médico-legales de los grandes síndromes psicopatológicos», ob. cit., p. 16.

(50) Vid. I.C.D.-9 de la O.M.S., 1975.

(51) Vid., D.S.M.-III de la Asociación Americana de Psiquiatría, 1978.

(52) Vid. MIR PUIG, «Manual de Derecho Penal. Parte general», P.P.U., Barcelona, 1986, pp. 489 y 490.

- a) *Esquizofrenia*. El Tribunal Supremo viene estableciendo que la esquizofrenia «constituye una enfermedad mental o psicosis endógena de carácter crónico, productora en efecto de la enajenación mental y, por tanto, suficiente para privar al afectado por ella de toda responsabilidad» (53).

El Tribunal Supremo exige seguridad plena en el dictamen pericial a la hora de eximir de responsabilidad al agente esquizofrénico, cuestión que desborda lo que un científico pueda afirmar, puesto que en la medición, cuando ésta se establece, hay siempre error. El problema radica, científicamente, en conocer dicho error, no en establecer la certeza.

- b) *Paranoia*. En nomenclatura actual, la psiquiatría distingue entre trastornos esquizofrénicos y trastornos paranoides y, dentro de estos últimos, establece categorías diagnósticas para la paranoia, trastorno paranoide compartido, trastorno paranoide agudo y trastorno paranoide atípico (54). Establece criterios diagnósticos para el trastorno paranoide y admite que los límites entre este trastorno y el trastorno paranoide de la personalidad y la esquizofrenia, son poco claros (55).

La psiquiatría tradicional considera la paranoia como cuadro psiquiátrico en que, fuera del delirio, el agente manifiesta normalidad en las demás funciones, esto es, en el pensar, en el querer y en el obrar (56). De todas formas, el criterio psiquiátrico-biológico, no va a tener repercusiones en la Jurisprudencia (57).

- c) *Psicosis maníaco-depresiva*. El D.S.M.-III, refunde lo que en la I.C.D.-9 de la O.M.S. se hallaba clasificado bajo distintos epígrafes —psicosis afectivas, trastornos neuróticos y trastornos de la personalidad referidos al afecto— en el grupo de trastornos afectivos (58). La psicosis maníaco-depresiva, queda codificada en trastorno afectivo mayor, bipolar, mixto, maníaco o depresivo. Si se acepta la nomenclatura tradicional de psicosis maníaco-depresiva, puede que el cuadro relacionado con el hecho delictivo resulte

(53) Vid., S.T.S. de 8 de febrero de 1990 («el enfermo esquizofrénico nunca recupera totalmente el dominio de su personalidad»), y de 22 de diciembre de 1984.

(54) D.S.M.-III, p. 21.

(55) D.S.M.-III, pp. 205 y ss.

(56) Vid. RUIZ OGARA, y otros, «Psiquiatría», Torán, Barcelona, 1962, p. 898.

(57) Vid., entre otras, S.T.S. de 30 de enero de 1976; 27 de enero y 4 de noviembre de 1978; 20 de octubre de 1982 y 15 de octubre de 1984.

(58) D.S.M.-III, p. 22.

difícil de diagnosticar, al presentarse en el momento de los actos y del juicio una sola fase, por ejemplo la maníaca, y mucho después, la fase depresiva. La variable tiempo en el diagnóstico de la psicosis maníaco-depresiva, y la variable fase, se eliminan notablemente utilizando criterios operativos y centrando el trastorno mental, en base a la presencia de síntomas en el momento determinado en los hechos delictivos (59).

- d) *Epilepsia*. A pesar de constituir un tema propio de las ciencias neurológicas y corresponder a la psiquiatría los trastornos mentales que puedan añadirse a la epilepsia se incluyen dentro de las psicosis.

Las epilepsias son trastornos neurológicos que conllevarán o no trastornos mentales. Según D.S.M.-III, se trata de creencias personales erróneas, que se basan en inferencias incorrectas a partir de la realidad externa, sostenida con firmeza a

---

(59) Vid., S.T.S. de 15 de marzo de 1990, que establece: «Esta entidad nosológica se caracteriza por un amplio grupo de síndromes, cuyo factor común son las oscilaciones patológicas de la vitalidad; es el círculo timopático en el que se incluyen las alteraciones endógenas, no motivada, de los sentimientos vitales de tristeza, alegría y angustia. En la depresión endógena los síntomas más frecuentes son la tristeza profunda, el sentimiento de desesperanza, preocupaciones hipocondríacas, ideas de autoacusación y autodesprecio que puedan ser delirantes, la ansiedad y el sentimiento de inferioridad. En la manía, que es el síndrome opuesto, se señalan el humor y la alegría expansivos e inmotivados, la exaltación del ánimo de optimismo, y la hiperactividad física. Estos estados se presentan corrientemente, de forma alternativa, con fases o tiempo de remisión espontánea libre de síntomas, y sin deterioro de las funciones intelectuales. Las timopatías como factor criminógeno son de escasa relevancia; en la forma depresiva son excepcionales las trasgresiones legales, todo lo más las culposas, y es significativa la tendencia al suicidio; a la fase maníaca se refieren las contravenciones más frecuentes por la propensión del sujeto a la violencia, y en la forma larvada, no se han observado ni un aumento en las transgresiones, ni una particularidad en las mismas. La capacidad de culpabilidad de estos enfermos está supeditada a la clase e intensidad de los síntomas fundamentales: en los grados extremos tanto de la manía como de la melancolía, maníacos furiosos y melancólicos delirantes, es criterio común negar la imputabilidad de manera absoluta, porque aunque puedan comprender fugazmente el valor real de sus actos, son incapaces de inhibirlos; en las formas de menor intensidad, sobre todo en los accesos maníacos, puede admitirse una imputabilidad disminuida; finalmente los casos más leves y en los intervalos o fases intercalares, aunque el enfermo se percate de la trascendencia de sus actos y esté en condiciones de ejercer la acción de su voluntad en medida suficiente, no deja de estar afectada en cierto grado la voluntad y ello obliga a un examen cuidadoso de las circunstancias del caso. La fórmula legal de exención penal del art. 8.1 del Código Penal sería de aplicación incondicional en el primer caso, y la atenuación en los restantes, bien la privilegiada del art. 9.1 o la ordinaria 9.10 del Código Penal, valorando especialmente la relación o conexión de la enfermedad y el delito cometido, y la concurrencia o asociación de otros factores (debilidad mental, psicopatías, drogadicción, alcoholismo).»

pesar de lo que los demás crean y en abierta oposición a pruebas obvias o evidencias incontrovertibles (60).

Los criterios actuales, tienden a considerar que los epilépticos pueden presentar una gran variedad de trastornos psiquiátricos, sin que pueda hablarse de una psicopatología específica. La epilepsia, no se caracteriza por una determinada personalidad o carácter, puesto que en los epilépticos se pueden observar toda clase de personalidades (61).

### 3. LAS MEDIDAS APLICABLES A LA ENAJENACION MENTAL

#### 3.1. Planteamiento general

La estimación de la concurrencia de la circunstancia eximente, bajo cualquiera de los síndromes descritos con anterioridad, da lugar a la aplicación de alguna o algunas de las medidas previstas en el Código Penal: internamiento en un establecimiento psiquiátrico; sumisión a tratamiento ambulatorio; privación del permiso de conducción o de la facultad para obtenerlo; privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de la facultad de obtenerla, con intervención de las mismas, y presentación mensual o quincenal del enajenado o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia, ante el juzgado o tribunal sentenciador.

Si se prueban las condiciones de irresponsabilidad del agente del hecho antijurídico, las medidas resultan ser unas consecuencias independientes de la culpabilidad, ya que el Código no se propone con estas previsiones retribuir las acciones ejecutadas por el sujeto enajenado porque éste no experimente la aflicción del castigo por el daño causado.

Las medidas de seguridad, no encuentran tampoco su razón de ser sobre la base de la prevención general, ya que si el enajenado es incapaz de actuar culpablemente, tampoco le intimidará la amenaza del ingreso en un establecimiento o la aplicación de otra medida. Por otro lado, tampoco se producirá la intimidación de los sujetos «normales», con la aplicación de una medida a los sujetos «anormales». No se puede mantener que las medidas se justifiquen de acuerdo con los fines de la prevención especial curativa, ya que de ser así sólo se

---

(60) D.S.M.-III, p. 374.

(61) Vid. MENGUAL I LULL, «Aspectos psiquiátricos», ob. cit., p. 281.

deberían imponer y mantener en cuanto absolutamente necesarias para prevenir la peligrosidad del sujeto (62).

Parece entonces, que las medidas aludidas poseen una función de prevención especial, que se vincula a la peligrosidad del sujeto manifestada por el hecho cometido, para prevenir, mediante el aislamiento o cualquier otra medida, la ejecución de nuevos delitos. Es en este punto donde coinciden, al menos parcialmente, los fines de las medidas de seguridad con los de las penas. Ambas consecuencias jurídicas tienden a lograr el común objetivo de la no comisión de nuevos delitos (63).

La peligrosidad, entendida como la probabilidad de que un individuo vuelva a cometer una acción típicamente antijurídica, atañe a lo subjetivo y no se puede presumir, en contra de lo que hace la ley punitiva, al ordenar la ineludible imposición de, al menos, una medida de seguridad de las previstas en el art. 8.1.º del Código Penal. Se ha dicho por algún autor (64), que es imposible un pronóstico científico de delincuencia futura, y que el juez aplica las medidas de seguridad sobre la base de una determinación intuitiva —entendida como una capacidad intelectual supradiscursiva— de la peligrosidad, irracional e inadmisibles desde cualquier punto de vista (65).

La actual aplicación de las medidas de seguridad se basa entonces en la aseguración de sujetos, de los que se presume suponen un peligro para los bienes jurídico-penalmente custodiados, con todo lo que de injerencia en la esfera de los derechos fundamentales de la persona tiene la mencionada idea.

---

(62) Vid. CÓRDOBA RODA, «La enajenación y sus consecuencias jurídicas», en *Psiquiatría forense*, Cursos del C.E.J. (3), Madrid, 1990, pp. 61 y 62. Este autor realiza una interpretación restrictiva del párrafo segundo de la eximente primera, para tratar de evitar los graves defectos a los que conduce la imposición de la medida de internamiento, «ésta se convierte en un castigo para el sujeto por tiempo absolutamente indeterminado, sin los beneficios —verbigracia, remisión condicional— aplicables a las penas». Con anterioridad, y en el mismo sentido, CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios al Código Penal», ob. cit., p. 226.

(63) Vid. MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal y control social», Jerez, 1985, pp. 58 y ss. Este autor mantiene que, si bien penas y medidas son dos conceptos diferenciables desde un punto de vista teórico, en la práctica cumplen el mismo papel y tienen la misma finalidad y contenido, fundando dicha opinión en los arts. 25.2 de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

(64) Vid. VIVES ANTÓN, «Métodos de determinación de la peligrosidad», en *Peligrosidad y medidas de seguridad*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología de Valencia, 1974, p. 413.

(65) Sobre la cuestión de la prognosis criminal y su método, en general, vid. LANGELÜDDEKE, «Psiquiatría forense», Espasa Calpe, 1972, pp. 176 y ss.; LÓPEZ-REY y ARROJO, «Criminología, I», Aguilar, Madrid, 1981, pp. 427 y ss., y VIVES ANTÓN, «Métodos de determinación de la peligrosidad», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974, pp. 389 y ss.

El sujeto de la medida puede verse convertido en puro objeto, en un simple instrumento de la tranquilidad del mayor número, incluso en instrumento de la tranquilidad del grupo políticamente dominante (66).

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las conocidas sentencias de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp); 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y 23 de febrero de 1984 (caso Luberti), ha establecido sobre esta cuestión que para que un enajenado pueda ser privado de libertad conforme a derecho y de acuerdo con lo previsto en el art. 5.1.e) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, la adopción de tal medida de internamiento ha de reunir tres condiciones: ha de probarse de manera conveniente y con un dictamen médico que ponga de manifiesto el estado de perturbación del individuo en cuestión; la enajenación ha de ser de tal carácter o magnitud que legitime el internamiento, que ha de acordarse por la autoridad judicial competente, para que resulte legítimo, y además nunca debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario (67).

El art. 25.2 de la Constitución establece que las medidas de seguridad «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Tal fin, por lo que a los individuos enajenados se refiere, apuntará a la eliminación de la peligrosidad criminal o, al menos, a su reducción. Teniendo en cuenta que el juicio sobre la peligrosidad se realizaba a partir del estado de enajenación del agente, parece que el cauce adecuado para la reducción o supresión de la peligrosidad, debería ser la atención terapéutica de cada caso concreto.

La sustitución de la medida de internamiento, según el art. 8.1, párrafo 3.º, puede llevarse a cabo desde un principio o durante el tratamiento. Como la fase de tratamiento pertenece al momento ejecutivo de la medida de seguridad, el cambio del internamiento por otra medida, habrá de estar orientado hacia la reeducación y la reinserción del sometido a ella. Es por ello que resultaría absurdo sostener que en el momento inicial de imposición de una de las medidas contempladas, no habrían de regir tales criterios indicadores.

---

(66) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, ob. cit., p. 353.

(67) Vid. BALAGUER SANTAMARÍA, «Régimen jurídico de los enfermos mentales en el sistema penitenciario español. Centros psiquiátricos penitenciarios», en *Psiquiatría forense*, Cursos del C.E.J. (3), Madrid, 1990, p. 213. También FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, «Aspectos médico legales del delincuente enfermo mental: estado de la cuestión sobre criterio de imputabilidad e internamiento», *Actualidad penal*, núm. 18, 1990, p. 179, y ALONSO DE ESCAMILLA, «El Derecho Penal español y el ordenamiento europeo: la doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ADPCP, I, 1990, pp. 183 y ss.



De estas pautas orientadoras así entendidas, derivaría también la cuestión acerca de la indeterminación temporal de todas las medidas previstas en el art. 8.1.º. Aunque la razón aducida para la indeterminación de estas medidas, se basa en la imposibilidad de formular un pronóstico de curación, el escaso papel que desempeñan los expertos médicos en la determinación de la medida y el modo en que operan todas las previsiones parecen apuntar a la existencia de motivos asegurativos en tal indefinición temporal.

El internamiento se configura, después de la Reforma de 1983, como una más de las posibles medidas a adoptar, pero cabe preguntarse si tal internamiento puede ser una medida substitutiva de otra u otras inicialmente impuestas. Este tema se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1988, en la que el recurrente planteaba la infracción del art. 8.1.º, párrafos segundo y tercero del Código Penal, combatiendo la aplicación de éstos, por entender que la substitución del tratamiento ambulatorio del recurrente por el internamiento en un Hospital psiquiátrico, suponía una medida de innecesaria dureza y determinaba una doble punición. El Tribunal concluyó con la desestimación del recurso, afirmando la discrecionalidad que rige en la aplicación de la medida de internamiento, tras la Reforma de 1983, pero sin pronunciarse sobre el fondo de la materia, por entender que era competencia exclusiva del tribunal de instancia. En opinión de algún autor (68), la ulterior imposición de la medida de internamiento supondría una suerte de *reformatio in peius*, establecida al margen de los límites trazados por la sentencia, al pronunciarse sobre la peligrosidad concurrente en el sujeto en el momento del juicio, además de que el art. 8.1 no autoriza al órgano sentenciador a realizar esta inversión de la substitución prevista, por lo que de acuerdo con los dictados del principio de legalidad, ello no sería posible, porque supondría además, una intolerable agravación de las consecuencias inicialmente aplicadas al agente, que habría visto así burlado su derecho de defensa.

### 3.2. Las medidas en particular

- a) *El internamiento*. La medida de internamiento, si se basa en la peligrosidad del sujeto, ha de tender a neutralizarla, teniendo en cuenta las características propias de cada sujeto. Cuando se trata de un enfermo, la forma más idónea de

---

(68) Vid. DOVAL PAÍS, «Las consecuencias jurídico-penales de la enajenación mental y el trastorno mental transitorio: regulación actual», C.P.C., núm. 40, 1990, p. 33.

combatirlas, es combatiendo su origen, es decir, curando, en la escasa medida en que una ejecución coactiva lo propicie. Si, por el contrario, la peligrosidad va ligada a formas de deficiencia mental, como las oligofrenias o psicopatías, el contenido del internamiento, será fundamentalmente asegurativo (69), y se limitará a lo indispensable para prevenir las conductas más graves. La consecuencia que debe extraerse de la consideración del internamiento como medida de seguridad dirigida a neutralizar la peligrosidad del enajenado, es que su duración está condicionada por la evolución de ésta. Parece claro que si el tratamiento alcanza éxito antes del tiempo de pena, el sujeto quedará en libertad, que le concederá el Tribunal a la vista de los informes correspondientes. Pero si el tratamiento ha de durar más tiempo, que el que duraría la pena, de haber sido impuesta, volverá a ser peor la inimputabilidad que la imputabilidad o, que incluso la semiimputabilidad. Quintero Olivares y Muñoz Conde, han entendido que la solución a este problema se puede extraer del propio Código Penal y de lo que dispone para los semiimputables sometidos a medidas, a saber: que la duración de éstas, no podrá exceder del tiempo máximo de pena impuesta. Cuando se trata de inimputables —continúan estos autores—, no contamos con el límite temporal de la pena impuesta, pues no se impone pena alguna, pero sí disponemos del marco de la pena imponible, que sería la correspondiente al delito cometido. Concluyen estos autores, que el respeto al principio de igualdad deberá llevarnos a concluir que el tiempo máximo de tratamiento como medida de seguridad posdelictual no puede exceder del tiempo máximo de pena señalado al delito, ya que todas las

---

(69) Según BERISTAIN IPIÑA, «Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica», Reus, 1974, p. 176, el internamiento es una medida posdelictual de corrección y/o seguridad, y no sólo de corrección, pues en algunos casos cumple únicamente una función asegurativa, como, por ejemplo cuando se aplica a enajenados mentales incurables. Para ROMEO CASABONA, Voz «Peligrosidad», en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, 1989, p. 324, para los enfermos mentales incurables, como los oligofrénicos, la medida tiene un carácter casi exclusivamente asegurativo, con tintes defensistas evidentes, lo que conduce a un trato penal discriminatorio y perjudicial de estos sujetos respecto de los delinquentes imputables no peligrosos, sometidos a la imposición de una pena. En el mismo sentido, DOVAL PAÍS, «Las consecuencias jurídico-penales de la enajenación mental...», ob. cit., p. 34. Para JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el Derecho español», Civitas, monografías, Madrid, 1976, el art. 8.1.º del Código Penal, contempla una conducta derivada del delito (peligrosidad posdelictual), mientras que el art. 3 de la LPRS, se fundamenta en el mero riesgo social derivado de la situación particular del enfermo y deficiente mental (peligrosidad predelictual).

medidas de seguridad han de respetar por igual el principio de legalidad (70).

En cuanto a los presupuestos que han de concurrir, para que la medida de internamiento se adopte, solamente lo será sobre la base de la existencia de la previa comisión de un hecho delictivo y de la peligrosidad del agente. Teniendo en cuenta la finalidad asegurativa de las medidas, y partiendo de que para el Código Penal la peligrosidad concurre en el sujeto que sufre una determinada perturbación mental, que precisamente fue lo que aconsejó la adopción de esta medida, la curación de tal enfermedad llevaría aparejada la erradicación de tal peligrosidad o su atenuación. Por ello, los informes médicos de los que se sirva el tribunal para conocer la evolución del caso en tratamiento, deberían de vincular al órgano y obligarle, en caso de que se refirieran a la recuperación del internado, a sustituir el internamiento o a su cese incondicional. Esta es además la tesis que se mantiene desde el Tribunal Constitucional con su sentencia de 8 de junio de 1988, que tuvo en cuenta a su vez la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) (71)

Por lo que respecta al lugar del internamiento, éste ha de llevarse a cabo, según el propio Código Penal, «en uno de los establecimientos destinados a enfermos de aquella clase». Parecería que la ley se está refiriendo a uno de los establecimientos psiquiátricos penitenciarios dependientes de la Dirección General de Instituciones penitenciarias del Ministerio de Justicia (Establecimiento Psiquiátrico Penitenciario de Alicante; desde 1944 y hasta muy recientemente el Sanatorio Psiquiátrico de Carabanchel en Madrid, sustituido por el nuevo establecimiento de Sevilla y recientemente la nueva unidad del servicio de psiquiatría del Hospital General Penitenciario de Madrid).

- b) *Tratamiento ambulatorio.* El tratamiento ambulatorio es una medida típicamente terapéutica, que en el plano psiquiátrico responde a la crisis del manicomio como institución cerrada

---

(70) Vid. QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, «La reforma penal de 1983», 2.ª ed., Barcelona, 1984, p. 82. Con anterioridad, MUÑOZ CONDE, «Monismo y dualismo en el Derecho Penal español», en *Estudios penales y criminológicos*, tomo VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 236 y ss., se había manifestado en este mismo sentido y en general, respecto del establecimiento de estrictas garantías para la imposición de las medidas de seguridad, así como de establecer unos límites máximos de duración de las mismas.

(71) Vid. supra.

y, en el político-criminal, a la evidencia de que mal se puede aprender entre muros a vivir en libertad sin delinquir (72).

Su fin parece ser facilitar el control por parte del tribunal sentenciador de la evolución del individuo hasta el término del tratamiento, aunque la imposición de esta medida por el órgano sentenciador no impide compatibilizar su carácter terapéutico con los fines últimos asegurativos que le son propios. Parece lo más adecuado que sean los facultativos los encargados de indicar el concreto destino del enajenado en un centro apto para su tratamiento, quedando en manos del juzgador la imposición de la medida solamente.

- c) *Privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo.* Respecto de estas medidas, la doctrina mayoritaria se cuestiona tal carácter, cuando el propio Código Penal las prevé como auténtica pena para determinados delitos (73).

Se entiende, además, que tales supuestas medidas revisten un evidente carácter sancionador, careciendo de cualquier finalidad curativa o resocializadora, sin que, por otro lado, quepa justificar su finalidad asegurativa porque ésta se encuentra suficientemente protegida a través de los arts. 340 bis-a) del Código Penal y 60.2, 63.3 y 4 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad vial (aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo), y en el Decreto 1467/1982 de 28 de mayo sobre enfermedades y defectos físicos y psicofísicos que pueden impedir la obtención de los permisos de conducción (74). Según otra opinión (75), el ámbito de aplicación del artículo 8.1 no tiene por qué identificarse con el de las normas citadas, ya que el precitado art. 340 bis-a) se refiere a los delitos contra la seguridad del tráfico cometidos por autores imputables, mientras que los contenidos en el Código de la circulación contemplan la inidoneidad, por deficiencias psíquicas, para la conduc-

---

(72) Vid. para lo anterior, TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento jurídico-penal de la enajenación», ob. cit., p. 151.

(73) JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el Derecho español», ob. cit., p. 100. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J., «Tratamiento jurídico-penal de la enajenación», ob. cit., p. 152, y DOVAL PAÍS, «Las consecuencias jurídico-penales de la enajenación mental y el trastorno mental transitorio: regulación actual», ob. cit. p. 48.

(74) La disposición transitoria del mencionado Real Decreto Legislativo establece: «Hasta que entren en vigor las disposiciones necesarias para el desarrollo de esta Ley, se aplicarán como Reglamentos de la misma, el Código de la Circulación aprobado por Decreto de 25 de septiembre de 1934 y disposiciones complementarias, en la medida en que no se opongan a lo que en ella se establece.»

(75) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento jurídico-penal de la enajenación», ob. cit., p. 153.

ción de vehículos de motor, mientras que el art. 8.1 del Código Penal lo que pretende es neutralizar la comisión de cualquier delito que pueda ser potenciada por la utilización del permiso.

- d) *Privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de la facultad de obtenerla e intervención de las mismas.* Como ocurre con la medida anterior, la limitación del derecho a la tenencia y uso de armas, está ya prevista en otras disposiciones legales, como es el Reglamento de Armas y Explosivos aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1981 (arts. 82 y 83 a 139). Lo que sucede, es que la autoridad administrativa puede negar, con un margen de actuación muy superior al del Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.1 Código Penal, la misma licencia (76). Por lo que se refiere a la retirada de autorizaciones y licencias (que la autoridad administrativa puede imponer según el Reglamento), se debe acordar por el Tribunal, cuando se revele que falta la aptitud psíquica exigida para su manejo, lo que potenciaría la peligrosidad inherente a las armas.
- e) *Presentación mensual o quincenal ante el juzgado del enajenado o de persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia.* Se trata de la última medida que enumera el art. 8.1 del Código Penal, y presenta la doble modalidad de poder llevarse a cabo por el propio condenado como por persona o personas que asuman frente a él determinadas obligaciones. En opinión de Terradillos Basoco, es una medida de escasa utilidad, porque en ninguno de los dos casos puede imponer el Juez, cualquiera de las medidas del art. 8.1, a tenor de los datos que tal comparecencia pueda suministrar, con lo que su margen de actuación queda reducido a mero control formal, que debiera llevarse a cabo por la autoridad policial y no por la judicial (77). La utilidad de esta medida queda reducida al contacto que puede establecerse entre el inimputable y la autoridad judicial, de modo que aquél pueda acordar el cese de toda medida cuando la peligrosidad haya desaparecido. El mismo efecto podía conseguirse con la sumisión a vigilancia, que con la efectiva participación del juez de vigilancia, ofrecería evidentes ventajas sobre la obligación de comparecencia, de duración absolutamente indeterminada (78).

---

(76) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento jurídico-penal de la enajenación mental», cit., p. 154.

(77) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Tratamiento jurídico-penal de la enajenación mental», ob. cit., p. 155.

(78) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Peligrosidad social y Estado de derecho», Madrid, 1981, pp. 157 y 158.



### Representación del autor e imputación objetiva (\*)

GÜNTHER JAKOBS

Bonn

A primera vista se trata de *dos* cuestiones. La primera cuestión reza: ¿cuándo supera una tentativa el nivel de riesgo permitido? En la segunda cuestión se trata de si en la valoración de un comportamiento como no permitido deben, en todo caso, ser tomados en consideración todos los conocimientos del autor, o de si existen conocimientos especiales penalmente irrelevantes. Pero ambos problemas, tanto (A) el de la tentativa e imputación objetiva como (B) el de los conocimientos especiales e imputación objetiva, tienen una raíz común: ¿quién es el autor que actúa o que omite, cuyo comportamiento debe pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que la imputación sea subjetivada? ¿Se trata simplemente de una persona, sujeto psico-físico, con todas las peculiaridades individuales, o de un ciudadano, o de alguien que se desempeña otro tipo de rol, o es un garante —¿determinado cómo?—, u otra cosa? A quien la pregunta la parezca demasiado especulativa, que la formule en el ámbito de la cuestión referente a la concreción naturalista personal o social del injusto.

En primer término se perfilará, con mayor exactitud, la problemática (I); sigue, a continuación, la exposición crítica de las propuestas de solución de ARMIN KAUFMANN (II). Mi propio planteamiento de solución de los aspectos del problema, relativos tanto a la tentativa (III) como a los conocimientos especiales (IV), lo concibo como continuación de una discusión que ya fue altamente controvertida cuando ARMIN KAUFMANN todavía participaba de ella: el afán de armonización no es el interés primordial. La conclusión (V) hace referencia, de nuevo, a la raíz común de ambos aspectos.

---

(\*) Traducción del artículo *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* (Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271-288), realizada por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ (Prof. Titular de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid).

## I

¿Se prohíbe en la norma contra el delito de homicidio echar demasiada sal a la comida?. La respuesta parece evidente. Ya que con un poco de sal en la comida no es posible —en todo caso, en una situación normal (1)— hacer pasar de la vida a la muerte a las personas, la norma contra el delito de homicidio no se refiere al comportamiento consistente en salar, en demasía, la comida. Dicho en otros términos: echar demasiada sal no crea ningún riesgo no permitido de producción de la muerte. De acuerdo con la opinión común, esta situación normativa cambia, radicalmente, cuando el autor yerra, es decir, cuando, por los motivos que sea (2), coge un poco de sal pero cree que se trata de arsénico. En ese caso se dice que no sólo concurre la tentativa de una situación antijurídica, sino una tentativa antijurídica.

Bien es cierto que se argumenta que en la tentativa el acto salar en demasía no se halla vinculado a la norma contra el delito de homicidio, sino con el imaginario acto de envenenamiento. Formulándolo de nuevo: se sostiene que no es el acto, realmente acaecido, de haber echado demasiada sal el que constituye un riesgo no permitido, sino el acto de envenenar, representado como real. Aunque esté fuera de toda duda que el envenenamiento real constituye, de hecho, un riesgo no permitido, ¿por qué está *realmente* prohibido el acto de envenenar *imaginario*? La respuesta es palmaria en aquellos supuestos en los que, sólo de manera fortuita, el autor no atina la realidad, por ejemplo, confundiendo la sal y el arsénico guardados una al lado del otro en recipientes de igual apariencia. Un comportamiento tal puede considerarse realmente peligroso, queriendo así decirse que no es del todo improbable una configuración del mundo en la cual ese modo de proceder conduzca al resultado. Más difícil será, sin embargo, dar una respuesta si el autor con su representación sólo de un modo fortuito, puede atinar la realidad, es decir, cuando la puesta en práctica de su representación no sea más peligrosa que la realización de representaciones de contenido no lesivo. Piénsese en casos en los que el autor, siguiendo su intuición, cree que la sal de la comida, calentada en seco, se convertirá en arsénico, o que el salitre remanente en el agua de mar sometida a un proceso de evaporación contiene cantidades relevantes de arsénico. Si el derecho positivo se interpreta en el senti-

---

(1) No se hace referencia aquí a los supuestos en los que la sal es realmente lesiva como por ejemplo cuando se trata de enfermos de riñón, etc.

(2) En el caso de motivos supersticiosos se niega, mayoritariamente, un dolo de tentativa; de otra opinión (en la aplicación del § 23, párrafo 3 del StGB), sin embargo, BAUMANN-WEBER AT, 9. Auflage, 1985, § 33 IV 3 b; OTTO AT, 3. Auflage, 1988, p. 280; STRATENWERTH AT, 3. Auflage, 1981, núm. marg. 694 y s. Sobre la postura de ARMIN KAUFMANN, *vid. infra* II A.



do de que valora dichos casos como tentativas antijurídicas, ello se basa, ciertamente, en una larga tradición según la cual «en la tentativa, la voluntad delictiva conforma el fenómeno contra el que se dirige la ley penal» (3); pero si se parte de este punto de vista, ni siquiera cabe preguntarse, de manera razonable, por aquello que conforma lo realmente no permitido y arriesgado de una tentativa.

El riesgo no permitido constituye en la tentativa *uno* de los problemas de la relación existente entre la representación del autor y riesgo no permitido: no todo riesgo que el autor se representa como tal se lo representan también de esa forma las personas juiciosas. Invirtiendo la cuestión se suscita un ulterior problema. Se trata de saber si el autor debe evitar todo riesgo que se represente racionalmente, o de si en la interpretación del comportamiento del autor pueden excluirse algunas representaciones, por constituir éstas conocimientos especiales.

También el tratamiento de los conocimientos especiales se muestra, a primera vista, evidente. Quien conoce lo que no tiene por qué conocer no puede —más allá del § 323 c del StGB— verse obligado a hacer uso de dichos conocimientos. Pero también en este contexto pronto surgen dudas. Expresado en términos ejemplificativos: quién, por medio de un niño que ha ido a recoger la pelota que rodó debajo del coche, tiene noticia de que el líquido de frenos del vehículo gotea, no debe, sin embargo, conducir dicho automóvil aún cuando su uso, desconociendo dicha circunstancia, le hubiera situado en el ámbito del riesgo permitido. El problema puede formularse del modo siguiente: ¿debe toda persona conjuntar permanentemente todos los conocimientos de todos los roles que desempeña con el fin de proteger bienes jurídicos, o le está permitido ignorar en el marco de *un* rol lo que conoce en *otro*? Quien defienda el deber de conjunción debe admitir un delito doloso de lesión si un estudiante de biología trabajando de camarero descubre en una ensalada exótica, gracias a los conocimientos obtenidos en la carrera, una fruta venenosa, y a pesar de ello sirve la ensalada. ¿Qué le importa al estudiante de biología el cliente?; formulado en otros términos, ¿por qué en la interacción entre camarero y cliente, debe corresponder al camarero un conocimiento derivado de su rol como estudiante de biología?

## II A

La solución de ARMIN KAUFMANN al problema de cuando un comportamiento, supuestamente relevante desde el punto de vista del

---

(3) RG 1, pp. 439 y ss. y 441. En la versión moderna se dice que en la tentativa inidonea «la antijuricidad, esto es, el desvalor de acción (...) viene fundamentado *exclusivamente* por el elemento subjetivo del *desvalor de la intención*»; RUDOLPHI en : SCHÜNEMANN (a cargo de la ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 69 y ss., y 82.

resultado, realmente no está permitido, es clara. La norma está conformada de tal manera que, prácticamente, comprende *todos* los comportamientos, los reales y los supuestamente relevantes para el resultado. De este modo, cuánto se haya distanciado el autor de la realidad debe resultar indiferente no sólo en lo concerniente a la cualidad del «injusto» sino también en lo referente a su cantidad; «la medida de la idoneidad (objetiva) de la tentativa no ofrece criterio de graduación alguno para la medida del injusto de la acción. Aplicando, consecuentemente, el concepto de injusto personal, el sentido que el autor da a su hecho, en el dolo de hecho, determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad. Por tanto, incluso la tentativa supersticiosa *constituye* injusto» (4). «Si el autor, de acuerdo con su plan de hecho, ha realizado todo lo necesario, concurre ya, de forma plena y completa, el desvalor de acción» (5). Según él, en la medición de la pena puede, también, atenderse a consideraciones preventivas que son independientes del injusto y de la culpabilidad del hecho conectada con el injusto.

Tomemos a ARMIN KAUFMANN al pie de la letra: si tan sólo se trata del sentido «que el autor da a su hecho, en el dolo de hecho», entonces, el sentido que la víctima, o los otros ciudadanos, den o pudieran dar al hecho del autor queda, evidentemente, fuera del ámbito en el que tiene incidencia el injusto penal. Esto a su vez significa que el injusto ya no es así ningún acontecer necesariamente relevante desde el punto de vista social, sino algo que sólo puede tener lugar entre norma e individuo y que con sus elementos determinantes solamente allí tiene lugar. Por supuesto que se podría contraargumentar sosteniendo que el injusto siempre, y sólo, tiene lugar entre norma e individuo, y que la norma que se halla dirigida a posibilitar la vida social ya mantiene la conexión con la sociedad. Esta conexión le falta, sin embargo, a las normas cuya meta es un sentido *individual*.

Este entendimiento literal no es, sin embargo, el único posible. Cabría también sostener que no se produce una desatención de la relevancia social del injusto si el sentido social hubiera de regirse siempre

---

(4) Welzel-Festschrift, ed. a cargo de STRATENWERTH y otros, 1974, pp. 393 y ss. y 403; también ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 34 y n. 14, y 161 y n. 33. En la tentativa omisiva supersticiosa esto no puede tener validez dado que en la omisión del intento de evitar un mal, generado por fuerzas sobrenaturales, no puede darse un posición de garantía real (sobre la tentativa omisiva como omisión del intento de salvamento cfr. ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 221 y ss.). Vid. *infra* lo dicho en n. 25.

(5) Welzel-Festschrift (n. 4), p. 403; *el mismo*, ZStW 80, pp. 51 y s.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, ed. a cargo de VOGLER y otros, Tomo I, 1985, pp. 251 y ss. y 263; ZIELINSKI (n. 4), pp. 79 y ss., 128 y ss. y 200 y ss. SCHILLING, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, extrae las consecuencias respecto de la coautoría y de la autoría mediata.

por el sentido individual del autor. En el planteamiento de ARMIN KAUFMANN el injusto también tendría, así, una dimensión social, si bien sólo como derivado de los presupuestos individuales. Sin embargo, tal solución solamente es imaginable en una sociedad cuyos miembros idealmente trasbasan entre sí relaciones sin cortapisas; que aceptasen, no sólo que cada cual tiene, por medio de la experiencia, una idea distinta de los acontecimientos que conforman el mundo, sino que también aceptasen que a algunos no les importa el mundo cognoscible por medio de la experiencia sino, por ejemplo, las intuiciones sueños o revelaciones... Algo así puede ser válido en pequeños grupos, muy íntimos, o en comunidades religiosas; como hipótesis para explicar el injusto en la sociedad actual no sirve (6). A grandes rasgos: así cabe explicar el pecado, no el injusto (sobre el particular véase infra III A).

Con esta crítica no pretende ponerse en duda que las normas pueden ser interpretadas de manera que abarquen tanto aquellos comportamientos realmente aptos para producir el resultado como los supuestamente aptos, aunque no necesariamente deba procederse de esta manera. Cuando una norma establece que «no debes dar comienzo a la producción del resultado X», ello puede significar que «no debes dar comienzo a algo que a tu juicio constituya la causación del resultado X» (así la interpretación de ARMIN KAUFMANN). Sin embargo, también puede significar, —a la par que otras cosas como «tu no debes producir, de hecho, el resultado X», con lo cual el injusto es entonces toda causación del resultado y sólo esta— que «tu no debes dar comienzo a algo quede acuerdo con un juicio racional y objetivo produce el resultado X». Ciertamente el juicio objetivo cabría, de nuevo, imaginarlo sustituido en el plano subjetivo: cuando alguien ejecuta algo objetivamente inidóneo pero considera su comportamiento idóneo, esto podría interpretarse en el sentido de que ha dado comienzo a la ejecución de algo que, al menos, de manera *imaginaria* es objetivamente idóneo, y con ello antijurídico; pero de nuevo ésto no tiene por qué ser así. Mas bien, el elemento «dar comienzo a la producción del resultado X» puede también interpretarse, como ya es sabido, como si se tratara de los así llamados elementos normativos del tipo: así como en estos sólo la suposición (verdadera o falsa) de una situación de hecho realmente adecuada da base a la valoración paralela, en la tentativa también sólo la creencia (verdadera o falsa) de un comportamiento idóneo para producir el resultado, conforme a un juicio objetivo, puede fundamentar el dolo. Ejemplo de elemento normativo del tipo: si un sujeto declara ante Hacienda una falsa transacción comercial en la creencia errónea de

---

(6) JAKOBS ZStW 97, pp. 751 y ss. y 754 y s.

que la transacción real conlleva una deuda tributaria, no comete tentativa alguna de defraudación fiscal, sino un delito putativo, pues hace extensivo el elemento «hechos relevantes desde el punto de vista tributario», del § 370 párrafo 1 de la AO, a situaciones de hecho que no son relevantes desde dicho punto de vista (7). Con otras palabras, con esta interpretación, el término «supuestos de hecho relevantes desde el punto de vista tributario» se considera como un concepto que engloba todos los supuestos de hecho que realmente son relevantes desde el punto de vista tributario. Estos supuestos de hecho deben ser mentalmente representados tal y como si se enumerasen de manera detallada en la expresión. Quién considera tributariamente relevantes supuestos de hecho en realidad no relevantes (también) ha malinterpretado el concepto jurídico, ya que tales supuestos de hecho no se hallan en la enumeración. Si aplicamos ésto al elemento de la norma «dar comienzo a la producción del resultado X», entonces este elemento debe interpretarse en el sentido que engloba las prohibiciones individuales de todos los comportamientos de hecho idóneos —en un modo aún por determinar—, y nada más. Las «tentativas» de producción mediante la invocación del infierno, o mediante el recurso a un medio que de acuerdo con un juicio racional y objetivo solamente puede ser inidóneo, no están abarcadas y constituyen, por tanto, delitos putativos (8). Aquí no se trata de considerar este punto de vista como vinculante; tan sólo se pretende poner de relieve que la consideración de la idoneidad de la tentativa no contradice la lógica normativa (9).

## B

En lo concerniente a los conocimientos especiales la posición ARMIN KAUFMANN no es menos clara. En los delitos dolosos no debe haber, al margen de la causalidad, imputación objetiva alguna con independencia del dolo. En contra de la teoría de la imputación

---

(7) Muy polémico, en el mismo sentido que en el texto, SAMSON en: KOHLMANN (a cargo de la ed.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1983, pp. 97 y ss. y 11 y s.; MAIWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, 1984, pp. 99 y ss. y passim., con referencias; JAKOBS AT, 1983, 25/42; de otra opinión BGH 16, pp. 283 y ss. y 285. En los delitos de expresión ARMIN KAUFMANN, *Klug-Festschrift*, ed. a cargo de KOHLMANN, 1983, Tomo II, pp. 277 y ss. y 289, llega al mismo resultado con una fundamentación distinta: sin el deber de veracidad no existe respecto a la declaración falsa en cuestión, no existirá entonces delito consumado o intentado de expresión.

(8) De la misma manera puede construirse la norma «no debes producir realmente el resultado X» a la que ya se hizo referencia anteriormente. Esto es, la producción real del resultado X debe interpretarse como un elemento que abarca aquellos comportamientos que realmente producirán X, y nada más.

(9) Alcanzando el mismo resultado, pero con una fundamentación sólo en parte equiparable, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 148 y ss., quien considera que los elementos del autor no son sustituibles subjetivamente; vid., también n. 7 in fine.

objetiva señala: lo que el autor conoce «(esto) (...) debería ser decisivo para la pregunta de si (...) se puede hablar de la producción de un peligro desaprobado y de la realización de ese peligro» (10). Si el autor conoce la producción del resultado, la desaprobación jurídica de su causación se da «por sí misma», porque con el dolo de causar el tipo objetivo ya concurre la totalidad de la *tipicidad* (...) (11). Según ARMIN KAUFMANN este resultado también lo alcanza la teoría de la imputación objetiva para sólo mediante una quiebra en la estructura del delito, esto es, introduciendo el conocimiento del autor en la imputación objetiva (12). A este respecto cabe pensar, precisamente, en los casos que aquí se discuten, en los cuales, de acuerdo con la opinión general, dada la existencia de unos conocimientos especiales por parte del autor (13), se revoca la permisión de riesgo que en principio había sido concedida. El resultado al que llega es que —al margen de ciertas peculiaridades en la interpretación de algunos tipos— no se exime de responsabilidad en caso de causación dolosa de la muerte por causas objetivas. La tentadora frase «no todo incumbe a todos» no es, en verdad, un principio general. Ya en el ámbito de las omisiones habría que contraargumentar señalando que todo accidente a todos atañe, y en el ámbito de la prohibición de matar tiene validez lo siguiente: «a todos los que dolosamente causan la muerte, algo les importa su víctima» (14).

El deber de prestación de auxilio en supuestos de accidente puede ser aquí considerado como un deber equivalente al de no comisión (15). Por cierto: hasta ahora no se ha precisado si para realizar el tipo del § 323 c basta cualquier conocimiento del accidente, adquirido «de cualquier manera», y si debe ser tomada en consideración toda capacidad de evitación del daño. En lo que concierne a la frase «a todos los que dolosamente causan la muerte, algo les importa su víctima», no se discute si bajo la expresión «matar» se entiende la relación *típica* entre el autor y el resultado. Pero el que esta relación típica (en los delitos de comisión) tenga que identificarse con la causación de la muerte es discutible, y no sólo lo es (lo que admite ARMIN KAUFMANN) como problema de la Parte Especial. Si se pretende desplazar de la Parte General la teoría de la imputación objetiva, concediéndosele, sin embargo, relevancia a la hora de aportar todo para interpretar

---

(10) Jescheck-Festschrift, p. 260. En igual sentido HIRSCH, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 399 y ss. y 405.

(11) p. 261.

(12) p. 265.

(13) Una crítica sobre el particular, minuciosamente elaborada, en STRUENSEE Jz 1987, pp. 53 y ss. y 59 y ss.; *el mismo*, GA 1987, pp. 97 y ss.

(14) *Loc. cit.*, (n. 12), p. 270.

(15) JAKOBS ZStW 89, pp. 1 y ss. y 26.

la Parte Especial (16), entonces la concepción subyacente a esta separación —la lógica de hecho y normativa de la Parte General frente a la Parte Especial (bien jurídico, técnica de protección y otras materias) vinculada a la realidad social— debe ser revisada. Los principios generales de la imputación tampoco pueden desarrollarse con independencia de las condiciones de comunicación de una sociedad y de ahí que, hablando en términos ejemplificativos, en un grupo íntimo difieran de los de una macro sociedad secularizada. Pero si se admite, como hace ARMIN KAUFMANN, la separación esbozada, conforme a la cual la realidad social se destierra a la Parte Especial, entonces debería pertenecer a ese ámbito no sólo lo que significa «matar» sino también lo que significa «intentar matar».

Existe, por tanto, motivo suficiente para indagar de nuevo bajo dos aspectos el poder de la representación del hecho para generar injusto. ¿Genera por sí injusto la representación que se materializa en un comportamiento, o existen barreras objetivas?, y ¿deben tenerse presentes en todos los contextos de comportamiento todas las representaciones?

### III A

Hay injusto de una tentativa y no sólo el injusto intentado de una consumación porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma; de modo más preciso, porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor (17). Supóngase, para mayor claridad, que el autor explicase su comportamiento en el hecho; en el estadio de los actos preparatorios, mas o menos, dirá que próximamente va a realizar el tipo; la tentativa comienza cuando es correcta la expresión «ahora realiza el tipo». La formulación de ARMIN KAUFMANN en el sentido de que «falta entre el acto preparatorio y la tentativa no acabada una delimitación estructural como la existente, de manera clara, entre la tentativa inacabada y la acabada» (18) atina, sin lugar a dudas, en lo relativo a la cadena de condiciones del resultado que han sido puestas en marcha por el autor, pero no lo hace necesariamente en lo tocante al *significado* del comportamiento. Mas aún, si lo decisivo fuera la cadena de las condiciones del resultado entonces la tentativa inacabada no debiera ser punible, pues en ella el autor tiene «aún en su mano la *última* decisión sobre si realizar el hecho (...)» (19); es decir, la causación del resulta-

---

(16) Jescheck-Festschrift (n. 5), p. 271.

(17) JAKOBS AT (n. 7), 25/21.

(18) ZStW 80, pp. 34 y ss. y 52.

(19) p. 52.

do aun no es plena. Posiblemente a pesar de ello el autor ha ejecutado un comportamiento con plena significación, en el sentido de que se verá realizado el comportamiento típico, lo que precisamente acontecerá no en un futuro incierto, ni tampoco próximamente (pues el autor se encontraría entonces en cualquier caso aún en el estadio preparatorio), sino ya (20).

Es cierto que tomando sólo como criterio relevante el significado del comportamiento aún no se ha avanzado mucho. Un comportamiento sin resultado de lesión de un bien puede, aunque no necesariamente, entrañar una infracción normativa, y un comportamiento supersticioso no tiene por qué ser necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico. La restricción de la punibilidad a la consumación podría defenderse argumentando que sólo en el caso de resultado de una acción el significado del comportamiento entraña un infracción normativa, de igual modo que invirtiendo la posición de ARMIN KAUFMANN se podría decir que también la tentativa irreal hace expresiva una plena infracción normativa. Evidentemente, a la posición aquí mantenida subyace una determinada concepción del contexto interpretativo que debe ser aclarada.

Se debe abordar a continuación por qué en la sociedad actual no solamente deben considerarse como comportamientos contrarios a la norma causaciones de resultados (lesiones de bienes); esto es, ni (A) *toda* causación de resultados, ni (B) *sólo* causaciones de resultado. (A) Una sociedad con complejas interacciones en los comportamientos de sus miembros no puede penalizar toda causación de resultados, porque —debido a las interacciones— para cada resultado pueden ser halladas una innumerable cantidad de causas (por ejemplo: si incumbe al que

---

(20) Si la atención no se pone en las cadenas de las condiciones del resultado sino en el significado, el comienzo de la tentativa dependerá del contexto. Desde esta óptica una tentativa de robo (o de otro tipo de «visita») puede dar comienzo al manipular la puerta de la casa, mientras que no daría comienzo una tentativa de robo en el mercadillo semanal, a pesar de que en este caso restarían por realizar un número de condiciones del resultado similar a las del caso anterior. El significado se entiende aquí como posicionamiento del autor *frente a la norma* y no respecto de la presencia de un bien existente *de facto*. La validez de la norma es condición para la existencia de todos los bienes posibles; por tanto, en la protección de la validez de la norma se contiene una protección *generalizada* de los bienes individuales con independencia de la posibilidad concreta de la existencia de un bien. Esta es una de las consecuencias de una concepción penal sobre la que no se va a insistir aquí ulteriormente. Según esta concepción *la prevención general positiva* no solamente dirige la pena a la generalidad sino que indica también que el hecho entraña una lesión de un bien de la generalidad: la validez de la norma; JAKOBS, AT (n. 7) 1/4 y ss., y 2/2. Ejemplo: el acto de disparar un arma de fuego, con dolo de matar, sobre una persona que se crece erróneamente viva constituye una tentativa de homicidio, aun cuando en este caso no se lesiona un bien individual que este realmente presente; hay tentativa por que la lesión de la validez de la norma es plena.

dispara o a la persona alcanzada la defraudación (*Enttäuschung*) (\*), cuando el tirador dispara hacia el lugar en donde se encuentra la persona alcanzada, no puede determinarse, únicamente, por medio de una consideración causal (21)). El comportamiento punible debe, por tanto, ser especificado por medio de la causalidad (imputación objetiva, dolo, imprudencia). (B) Además, una sociedad que no prescribe a sus miembros las formas de comportamiento sino que, en la medida de lo posible, deja amplios márgenes para la libre elección, no podrá *solamente* penalizar causaciones de resultados (objetivamente no permitidos y subjetivamente evitables). En una sociedad de estas características los miembros deben, *por si mismos*, fijar las formas de comportamiento lícitas, y a ello contribuyen más reglas de comportamiento garantizadas que la garantía de la seguridad de los bienes. Con otras palabras: cuando se puede elegir libremente las formas de acción —considerando los derechos de los demás— un resultado no perturba per se sino como objetivación de una *erronea planificación* que también puede objetivarse sin lesionar bien jurídico alguno.

Con ello, es decir, afirmando que se trata de una erronea planificación, aun no se ha establecido en qué medida debe determinarse subjetiva o objetivamente lo que constituye una planificación relevante. No todo lo que el autor considera como una planificación tiene realmente que ser una planificación. ARMIN KAUFMANN adopta, sin embargo, el punto de vista del autor: cuando es te elige el medio supersticioso el derecho debe acompañarle. ARMIN KAUFMANN no ha analizado si dicha individualización puede ser sostenida desde el punto de vista social. Una sociedad que deja al libre arbitrio de sus miembros conformar libremente sus comportamientos y que para ello no pone a su disposición márgenes de libertad aislados los unos de los otros sino que, de múltiples maneras, hace depender el espacio utilizable del comportamiento de los demás, de tal modo que las respectivas libertades de cada uno se interaccionan con las de los demás, una sociedad de estas características necesita un contexto determinado en el cual las constantes conexiones y delimitaciones de los miembros puedan ser descritas y calculadas. Que a este contexto no pertenece una superstición cualquiera no necesita justificación externa alguna, pudiendo mostrarse de una manera intrasistemática: ¿quién mantendría seriamente que los esfuerzos supersticiosos para evitar un riesgo de resultado real podrían disminuir dicho riesgo real hasta un riesgo permitido, o que en situaciones de necesidad el derecho exige al

---

(\*) N. T. En la terminología de Jakobs «defraudación» (*Enttäuschung*) significa defraudación de expectativas de comportamiento, que pueden ser cognitivas o normativas (cfr. AT, 2. Auflage, 1991, Cap. 1 núms. marg. 5, 6 y 56).

(21) Al respecto, JAKOBS, en H. WITTER (a cargo de la ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, 1987, pp. 271 y ss. y 272 y ss.



supersticioso emprender la salvación con medio supersticiosos, etc.? La carencia de efectividad de lo supersticioso no sería, en semejantes casos fortuita y las explicaciones que podrían ofrecerse —de la inaccesibilidad, fundamentada como fuera, de los poderes invocados (22)— evidentemente no podrían eliminar el conflicto pues se habría equivocado el contexto en el cual se desenvuelve la evitación del conflicto y su explicación. Esto no sólo debe ser válido con respecto a las representaciones especiales que *exoneran* sino que también sirve para aquellas que *incriminan* (véase, también, supra II A). Ciertamente el Derecho penal configura al autor, pero ello no tiene lugar de una manera arbitraria sino sistemática; hablando en términos ejemplificativos, el precio que hay que pagar si se define como injusto el hecho de realizar conjuros de muerte es definir como comportamiento debido llevar a cabo plegarias de salvación; más aún, quien considera que realizar conjuros de muerte es un comportamiento jurídicamente relevante, reafirma en su ilusión a quienes realizan plegarias de salvación.

El injusto de una tentativa se presenta, por tanto, únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que *no sólo de acuerdo con su punto de vista* debe ser entendido como acción ejecutiva, pues en ese caso cometería un delito putativo dado que la norma no dispone regulación alguna respecto de las acciones ejecutivas que sólo son subjetivamente idóneas, es decir, acciones ejecutivas sin relevancia comunicativa. Dicho en términos de la categoría de los elementos normativos del tipo, «disponerse a iniciar la ejecución del hecho», debe ser entendido en el modo siguiente: «disponerse a iniciar algo que de acuerdo con un juicio objetivo y racional conforma un hecho» y quién cree que la irracionalidad es racionalidad o que un juicio subjetivo es un juicio objetivo, ha malentendido qué es racionalidad o qué es un juicio objetivo, errando, entonces, sobre la parte del concepto «racionalidad» o «juicio objetivo» en el ámbito del concepto jurídico «hecho». No existen tentativas con relevancia comunicativa y medios comunicativamente irrelevantes. La teoría de la tentativa basada únicamente en el perspectiva del autor, renuncia a la comprobación de si éste con su comportamiento «intentado» alcanza el contexto en el que se desenvuelve el fenómeno social jurídicamente regulado.

Es cierto que no basta sólo con excluir lo supersticioso. El ámbito de lo comunicativamente relevante es más limitado que el de lo supersticioso. Para aclarar esto traslademos el problema, una vez más, a la esfera de la comunicación lingüística: imaginemos que el autor dé una explicación verdadera a su comportamiento; esto acaba siendo en los delitos comisivos un relato acerca de la configuración

---

(22) Para aquellas sociedades en las que basta con esta explicación, la argumentación aquí mantenida no tiene validez.

del mundo de la que parte y por qué lo hace, que aspecto singular de esta configuración se propone modificar, y cómo quiere llevarlo a cabo, que efectos tendrá la modificación de dicho aspecto singular, y por qué eso será así. Este relato puede ser concluyente en el sentido de que la información ilustre al oyente no sólo sobre el estado psíquico del relator sino que el oyente considere la visión del mundo como algo idóneo en la vida práctica. Un ejemplo de una visión concluyente del mundo: «veo que ante mí se encuentra una persona; en su dirección sostendré con mi mano una pistola cargada; apretaré el gatillo con el dedo índice; la pistola se disparará y la persona será alcanzada y resultará lesionada porque, hasta el momento, en tales situaciones esto siempre ha acontecido así». El ejemplo está sintetizado; un relato completo debe ser tan rico en contenido y complejo como rica en contenido y compleja es la concepción del hombre de su entorno y su relación con el mismo. A pesar de esta mácula, el ejemplo demostrará que es lo que quiere decirse al hablar de una visión del mundo idónea en la vida práctica. El destinatario de relato podría conocer que su contenido es falso, (puede que quizás, justo antes, él mismo haya descargado, subrepticamente, la pistola) pero también podría ocurrir, en relación al caso concreto, que su conocimiento dependa exclusivamente del relato, no pudiendo entonces considerar el anunciado resultado como improbable. Un ejemplo, de nuevo sintetizado, de una visión del mundo no concluyente en varios aspectos: «a través del hormigón noto que mi vecino escucha pegado a la pared; aplicando un fuerte imán a través de la pared le voy a producir dolor de cabeza; esto funcionará, con seguridad, porque próximo a fuertes imanes yo he sentido dolores de cabeza». Este relato informa sobre las abstrusas representaciones referentes a un aura que penetra a través del hormigón, y de la relación entre dolor de cabeza y magnetismo; pero incluso quién, en relación con el caso concreto, sólo dispone del relato, puede excluir como improbable que a su vecino le vaya a ser causado un mal. Como informe sobre una lesión futura, el relato es comunicativamente irrelevante.

Lo anterior ya insinúa el resultado de la translación que en este momento corresponde hacer: si el relato completo y verídico de un comportamiento nada dice sobre la proximidad de la realización del tipo, el comportamiento relatado no puede constituir comienzo de la ejecución del hecho. Si a pesar de ello se interpreta un comportamiento semejante como comienzo de la ejecución del hecho entonces la tentativa ya no puede interpretarse como una perturbación social, sino únicamente como un acontecer entre el individuo y la norma; esto da lugar a la ya citada confusión entre injusto y pecado.

Un hecho es un acontecer que puede ser relatado de manera objetivamente concluyente y valorado de acuerdo con un juicio objetivo y socialmente relevante. No se trata de contraponer ninguna perspectiva

*ex ante* a una *ex post*, ni tampoco pueden modificarse las cualidades de las personas de referencia que formulan al juicio: la configuración inicial del mundo, o se extrae de la experiencia, también obtenida de lo experimentado con utilización de reglas adecuadas, o se basa en especulaciones; y las reglas de deducción aplicadas, o son válidas (eso significa que permiten, cuando menos, juicios de probabilidad), o no válidas; ulteriores distinciones de este tipo pueden ser añadidas; en cualquier caso se trata de diferenciar comunicaciones relevantes e irrelevantes sobre la configuración del mundo. Revelante es el relato de un hecho, irrelevante el relativo a una representación irreal de un hecho.

Algunos de los casos que bajo la perspectiva puramente subjetiva se consideran tentativas darán lugar, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, a un delito putativo. Y por muy contradictorio que ello puede parecer a primera vista, ésto otorga más fuerza a la protección de la vigencia de la norma. Ciertamente no van a ser consideradas actitudes contrarias a bienes jurídicos que se concretan en planes incompresibles desde el punto de vista comunicativo, pero esto es sólo una de las caras de la moneda. Del otro lado se encuentra la infravaloración general de los planes irrelevantes desde el punto de vista comunicativo, también en la medida en que se trate de planes en favor de la vigencia de la norma. La convicción supersticiosa, o adquirida a través de la interpretación de los sueños, de que efectuando un cálculo racional podrá evitarse la probablemente inevitable realización de tipo, es relevante de acuerdo con el derecho vigente, porque el § 16 del StGB excluye el dolo cuando se desconoce la realización del tipo, sean las razones que sean las que fundamenten este desconocimiento, pero esta burda irrupción psicológica en una problemática normativa no sirve como medida de todas las cosas (23). El juicio de peligro que se obvia de manera irracional así como el que ni siquiera se formula, a causa de mecanismos irracionales, no constituyen una muestra de actitudes psicológicas favorables a la sociedad si se comparan con los conocimientos que no han sido obviados, sino que sólo son posibles porque el autor atribuye relevancia social a comportamientos socialmente irrelevantes. De este modo el autor se cierra a las reglas que la Sociedad necesita e intenta imponer unas reglas con las cuales no cabe la comunicación en la sociedad. Esto, prescindiendo de la situación existente de *lege lata*, no constituye una razón para la indulgencia. Por tanto, una renuncia consecuente a tomar en consideración comportamientos comunicativamente irrelevantes refuerza la protección de las condiciones imprescindibles de comunicación.

---

(23) Cfr. JAKOBS AT (n. 7), 8/5 con referencias.

## B

Si se compara como deben ser resueltos, de acuerdo con la concepción de ARMIN KAUFMANN, los casos de tentativa relevantes *en la práctica*, se ve que la diferencia no es precisamente dramática, ya que la concepción subjetiva pura de la tentativa se asienta allí donde en la práctica ya no se presentan muchos supuestos. Por otra parte, la concepción aquí mantenida debe someterse a la pregunta cuya respuesta decide si el ámbito de la tentativa realmente relevante debe ser reducido a un mínimo: si lo decisivo es el comportamiento comunicativamente relevante, ¿por qué no existe tentativa sólo en aquellos casos en los que concurre un *dolus ex re* relevante en dicho plano comunicativo?

*Dolus ex re* significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender, casi sin más, que el autor actúa con dolo típico. Los principios del razonamiento lógico-formal que conducen al estadio subjetivo se deducen de la experiencia cotidiana: habitualmente hay dolo cuando uno se comporta de este modo. Pero sin duda también forma parte de la experiencia cotidiana la existencia de situaciones especiales en las que la conclusión que se extrae del comportamiento habitualmente significativo es errónea, o en las que una conclusión extraída de un comportamiento habitualmente no significativo es correcta; y ello no sólo es así en raros casos individuales. Por ejemplo: para las personas que son propensas a gastar bromas pesadas, un disparo que por poco no alcance a otro no tiene por qué ser indiciario de dolo de matar, pero para aquellas personas que tienen en su casa una hoja informativa conforme a la cual las ortigas son consideradas plantas venenosas; puede constituir un indicio de dolo el hecho de mezclar ortigas con verduras; como también se deduce la existencia de dolo en aquellas personas que conservan arsénico y sal de cocinar una al lado de la otra en envases semejantes cuando sirven comida salada (equivocarse es fácil). Dicho de otro modo: el dolo se deduce en toda tentativa *ex re*, cuando se conoce el contexto concurrente.

Si se garantizase el respeto de contextos standarizados, esto es, si para todas las personas fuera igual la configuración de la vida, el contexto para el *dolo ex re* sería siempre conocido; sin embargo, en una sociedad mínimamente libre el contexto debe ser ilimitadamente diferenciado. Ello no significa que en esta sociedad no exista *dolo ex re* alguno, sino tan sólo que este dolo no se puede afirmar o negar sin tomar en consideración las diferencias en la configuración de la vida.

Una sociedad de libertades no puede fijar todas las formas de comportamiento contrarias a la norma del modo que es usual en los delitos de peligro abstracto, pues el catálogo de normas que entonces sería necesario no podría completarse ni podría ser puesto en práctica

por el ciudadano, a causa de sus dimensiones necesariamente exorbitantes. Además, en la medida en que fuese puesto en práctica, las posibilidades de interacción que permitiría daría lugar a una relación con los demás ritualizada pero no libre. Una sociedad de libertades, en lugar de conformar acciones, regula mediante normas que se eviten determinados resultados (que no se lesionen bienes), o que determinadas instituciones se conserven intactas, debiendo todo ciudadano juzgar, por sí mismo, cuando la norma —en la terminología de ARMIN KAUFMANN (24)— halla concreción en un deber, y cuando concurre, por tanto, la situación descrita en dicha norma. Si se atribuye a los ciudadanos el cometido de efectuar por sí mismos esta concreción, entonces lo que constituye injusto se hace depender de cómo se percibe el mundo desde cada perspectiva individual y, sin duda, como se ha concluido antes, ello obliga a considerar las percepciones individuales de manera comunicativamente relevante. La vieja teoría de la falta de tipicidad había, por tanto, observado correctamente, que en la tentativa la realidad no puede ser reemplazada por *cualquier* fantasía: la representación del autor debe ser comunicativamente relevante. La doctrina, sin embargo, no alcanzó este resultado especificando cual era el medio comunicativo, sino a través de una especificación de partes de la acción (medio, objeto) tal y como ésta discurre en la realidad. Se malinterpretan así las condiciones bajo las cuales el sujeto deduce el deber que emana de la norma (25).

Sólo el comportamiento ejecutivo entraña una perturbación social. De acuerdo con el punto de vista aquí sostenido no se trata, por tanto, de etiquetar como perturbación cualquier fase previa, y de recurrir a la fase previa si una acción ejecutiva no es reconocible como perturbación. Dado que lo injusto conforma una perturbación social, injusto sólo puede ser, siempre, un comportamiento por medio del cual el autor exterioriza algo; esto es, sólo hay injusto cuando tiene lugar la realización de un tipo. Es cierto que también de algunos actos previos cabe inferir el dolo tendente a la fase ejecutiva (la minuciosa preparación de un robo a un banco constituye indicio del dolo de ejecución), pero la preparación es una configuración interna en el círculo de organización del autor que no exterioriza nada, en cualquier caso nada delictivo. En un estado de libertades la esfera interna *no debe* ser interpretada. Sin embargo, la libertad que con ello se concede al autor para realizar cualquier tipo de configuración se base en un sinalagma: el autor debe dominar su propia esfera; solamente la responsabilidad por las consecuencias hace

---

(24) *Lebendiges un Totes* (n. 9), pp. 138 y ss.

(25) En la ZStW 97, pp. 751 y ss., no he recalcado lo suficiente que la teoría de la falta de tipo, aunque en alguno de sus resultados sea convincente, no tiene validez en una sociedad cuyos miembros tengan que concretar la norma por sí mismos.

soportable la libertad de configuración. Por ello, la esfera de lo privado termina cuando el autor renuncia a su dominio, es decir, ejecuta un delito y de ahí que el comportamiento ejecutado constituya un injusto (26).

#### IV

Sólo el conocimiento comunicativamente relevante puede configurar la representación de un hecho en el sentido del § 22 del StGB (\*). Pero, ¿debe el autor extraer consecuencias de cada conocimiento comunicativamente relevante en cada contexto de comportamiento? De acuerdo con el Derecho penal vigente nadie contesta afirmativamente a esta cuestión sin formular reservas: tratándose de un delito omisivo es evidente que partiendo únicamente de los conocimientos, más la no salvación no puede construirse ni un delito intentado ni uno consumado; a quién conoce, sin ostentar una posición de garantía, no le compete utilizar sus conocimientos. Ejemplo: si un estudiante de arquitectura de una escuela técnica superior que en vacaciones se pone a trabajar como peón albañil se percata, dados los conocimientos adquiridos durante su formación universitaria, que una cubierta de un edificio que va a ser encofrada ha sido calculada de manera que resulta demasiado endeble, a lo sumo le alcanzan los deberes del § 323 c del StGB. Sin embargo, si actúa encofrando él mismo el hormigón, de acuerdo con las instrucciones recibidas, ¿debe responder, como autor, por la catástrofe que se avecina?. ¿Y debe verse exonerado de responsabilidad si tan sólo tiene que vigilar la bomba de vaciamiento y no la desconecta? No se trata únicamente de supuestos límites como los citados: tratándose de cosas de las que habitualmente se deriva un abuso (alcohol, etc.), quien las vende debería cerciorarse, siempre, que el adquirente que sea propenso a hacer mal uso de ellas conozca de manera actual sus consecuencias (27); de lo contrario debería responder como autor por la pro-

---

(26) Sobre las consecuencias para los delitos de peligro abstracto y otros delitos en los que se adelanta la barrera de protección, cfr. JAKOBS ZStW 97, pp. 751 y ss. y 773 y ss.

(\*) N.T. El § 22 del StGB prescribe: «Incorre en tentativa de delito quien, actuando de conformidad con su representación del hecho, da comienzo inmediatamente a la realización del tipo.»

(27) Bien es cierto que el *conocimiento*, como hecho psíquico, conforma un criterio naturalístico y por ello inadecuado; lo decisivo es la *incumbencia* (Zuständigkeit), JAKOBS, AT (n. 7), 21/78; NESTLER-TREMEL, Strafverteidiger 1987, pp. 360 y ss. y 360 y ss. y 369; desde una perspectiva psicológica, BGH 32, pp. 262 y ss. y 264 y ss., con un comentario de aprobación de ROXIN, NStZ 1984, pp. 41 y s.; también desde una perspectiva psicológica STREE, JuS 1985, pp. 179 y ss. y 183.

ducción, a través de un instrumento casi no doloso (28), de las consecuencias del abuso.

En casos así resulta evidente como en la práctica uno podría evitar la responsabilidad: evitando saber algo acerca del daño que amenaza con producirse. Cuando un peón albañil participa, de manera no dolosa, en la construcción de un edificio mal diseñado estáticamente, o un tabernero piensa tan poco en las consecuencias del consumo desmesurado de su alegre parroquiano como éste, será difícil constatar la transgresión de un riesgo no permitido, o la existencia de algún tipo de «infracción de cuidado». Se trata de un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad, pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato, lo que se ha llegado ha conocer.

El dilema se resuelve por sí mismo si se admite que tampoco el autor por comisión responde, necesariamente, cuando causa un resultado evitable, sino sólo cuando además es garante de no causar lo que es evitable, y aunque la posición de garantía frecuentemente resulta evidente ello no siempre es así, como tampoco lo es en casos de características como las anteriores. Igual que un omitente sin deber de garantía omite de manera arriesgada pero permitida, a pesar de conocer el peligro y de su capacidad para conjurarlo, porque una omisión no se halla vinculada de manera normativa al curso lesivo, también en el ámbito de la comisión existen producciones de resultados que son conocidas pero que a pesar de ello se mantienen en el ámbito de lo permitido. Las causaciones en las que media la intervención de un tercero son objeto de intensa discusión (29); pero la problemática también alcanza a causaciones en las que no hay intervención.

Se trata de casos en los que alguien se hace cargo de una parte delimitada de lo que otro organiza, mientras que éste mantiene la competencia organizativa sobre el contexto en el que se inserta dicha parte. Quien se limita a organizar el ámbito parcial, no por este mero hecho es competente en relación con la organización del contexto (30). En la vida diaria una delimitación semejante del ámbito de

---

(28) El BGH, NStZ 1984, pp. 442 y s., NStZ 1985, pp. 319 y ss. y 320, sostiene que hay una posición de garante en el momento en que el drogodependiente pierde el dominio; en contra, acertadamente, FÜNFSINN, *Strafverteidiger* 1985, pp. 57 y ss.; ROXIN, NStS 1985, pp. 320 y ss.

(29) Amplias referencias en SCHÜMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, 1986.

(30) Se trata de un problema previo al principio de confianza. El principio de cofianza comprende sólo casos en los que quien cofia es garante, si bien de manera subordinada a otro garante (ejemplo: el deber de garantía de quien tiene derecho de preferencia de paso frente al de aquél que tiene la obligación de cedérselo), de la inocuidad de una relación de interacción. Esto no tiene que conducir, necesariamente, a tomar en consideración *todo* conocimiento especial en favor de *toda* víctima, sino que

organización resulta de lo más habitual. Ejemplo: nadie responsabiliza, ni para bien ni para mal, al ordenanza del periódico del contenido de la publicación, o elogia a la camarera (a no ser que ésta represente a toda la casa) cuando la comida fue preparada de manera sabrosa, sino que uno se dirige —sea quien sea el último que actúa— a la persona competente (es decir, el redactor o jefe de cocina). Sin embargo, tratándose de delitos de comisión y, en este ámbito, especialmente en lo que afecta a la determinación de la definición de la comisión propia, la dogmática usual predominante atiende, fijamente, a la mecánica de la protección de bienes jurídicos, no acertando a comprender, de esta manera, el orden propio de las relaciones sociales. Reparto del trabajo *puede* significar reparto del trabajo en orden a la consecución de una obra común (por ejemplo, en el caso de una cuarteto de cuerda a la hora de imputar elogios) pero también *puede* entrañar una restricción del radio de acción de la organización (a un ingeniero de sonido, que intervenga *después* de los músicos, sólo le incumbe la calidad del sonido de la reproducción, pero no la quizás chocante interpretación). No hay comisión por parte de quien actúa por el mero hecho de causar de manera directa un resultado, siendo consciente de ello, sino sólo cuando lo organiza, esto es, cuando es de su incumbencia. De modo especial en el ámbito de las jerarquías empresariales y administrativas el reparto de trabajo entraña, por lo general, una restricción del ámbito organizativo del subordinado; éste no es garante de en qué contexto se ubica su propio trabajo, no respondiendo, en consecuencia, por el resultado global aunque lo conozca. Ejemplo: quien debe proceder a abrir puntualmente una compuerta (§ 324 StGB) no siendo garante de lo que fluye a través de ésta, o quién de acuerdo con las instrucciones recibidas descarga un volquete (§ 326 StGB) no siendo garante de la inocuidad de la carga, no responde aunque conozca dicha dañosidad. Si los subordinados estuvieran encargados de la vigilancia del mecanismo *automático* de vaciado tampoco responderían por una omisión impropia (§§ 13, 324, 326 StGB) si conociendo la dañosidad de la carga mantuviesen en funcionamiento dicho mecanismo automático, el cual desde desde el punto de vista técnico funciona correctamente. Serían garantes de la maquinaria no de las consecuencias que se deriven para el medio ambiente.

La respuesta a la pregunta de a quién incumbe la organización puede, en cierta medida, omitirse, precisamente si quien causa se encuentra frente a la víctima en roles distintos. La competencia

---

cabe establecer diferenciaciones; JAKOBS AT (n. 7), 7/50, 66 y ss.; probablemente de otra opinión STRATENWERTH, Jescheck Festschrift (n.5), pp. 285 y ss. y 301 y s. Sin embargo, si a la otra parte le sigue incumbiendo exclusivamente la relación en la que se introduce el comportamiento, como sucede en los supuestos a los que aquí se hace referencia, falta la posición de garantía que es presupuesto del principio de confianza.



organizativa puede pertenecer a uno de los roles pero no al otro. Hablando en términos ejemplificativos: el conductor de un automóvil defectuoso organiza el peligro respecto de aquél peatón al que el peligro le afecta, pero no necesariamente en relación con el propietario de vehículo, y no lo organiza respecto de éste salvo que tenga una mayor competencia organizativa. Más en concreto: un ingeniero que quiere adquirir un coche usado y en la conducción de prueba se percata, en base a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos del vehículo pronto van a dejar de funcionar, comente homicidio si él, en un ulterior viaje, lesiona a un peatón, no, sin embargo, si devuelve (actuar) el automóvil a su propietario sin indicación alguna al respecto y éste a causa del defecto sufre un accidente. El rol de un conductor de vehículos es distinto al de un potencial comprador y ello tanto en lo que concierne a la organización activa (acelerar, devolver) como a la omisiva (no frenar; no impedir que el propietario que desconoce el hecho recoga, el mismo, el automóvil).

Las peculiaridades de una responsabilidad por la competencia organizativa no pueden ser aquí desarrolladas. Pero los límites de la exoneración de responsabilidad pueden ser descritos.

Responde quién se halla obligado a conjurar un riesgo especial. Se trata de supuestos en los cuales la víctima potencial o quienes acuden en su ayuda tendrían derecho a evitar el daño de acuerdo con las normas de la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo a costa del autor, en caso de que éste no hubiese procurado dicha evitación. De igual modo que la víctima potencial podría disponer de los bienes del autor en el marco de lo necesario, el autor debe realizar lo necesario en relación con la evitación: para él no existen conocimientos *especiales*, al igual que para la víctima de la legítima defensa, es decir para el agresor, tampoco existen ámbitos que no puedan verse afectados por la acción defensiva. Si en el ejemplo ya mencionado al principio (*I in fine*), un niño que ha ido a recoger una pelota que ha rodado debajo de un vehículo, le cuenta al titular del mismo que aquél pierde liquido de frenos, entonces éste no sólo conoce el hecho en su rol de padre, sino también en su rol de titular de vehículo.

También responde quien introduce, *motu proprio*, sus conocimientos especiales en su relación con la víctima, ya que entonces su comportamiento sin dicho conocimiento especial no sería comprensible. Si en el ejemplo anteriormente expuesto (*I in fine*) el camarero retiene el plato que contiene la fruta venenosa hasta que llegue un cliente a quien considere merecedor del daño debe responder por el comportamiento activo, ya que este acontecer pertenece a su ámbito de organización, al igual que debe responder por omisión si lleva la fruta a su casa y no impide que un pariente, que nada sabe, la ingiera.

Finalmente responde quien se halla obligado en virtud de una institución que abarca el ámbito del que procede el conocimiento espe-

cial. Ese será, al menos en parte, el caso de aquellas instituciones cuya finalidad es la configuración del mundo común (matrimonio, patria postestad en caso de hijos menores), si bien, ciertamente, no de todas las instituciones. Ejemplo: quien de manera fortuita se ha percatado de que el líquido de frenos de coche del vecino gotea, no debe ni animar a su propio hijo a viajar ni permitirle viajar en dicho coche. Es verdad que al rol del padre no pertenece ningún conocimiento sobre el estado de los vehículos del vecino, pero si le incumbe una amplia tutela. El médico de cabecera que en un intenso afán investigador supera el antiguo *standard* de tratamiento puede, a pesar de ello, mantener dicho *standard*, pues al rol de médico de cabecera no pertenece ningún conocimiento especial investigador.

Cuando aquí se habla de exención de responsabilidad, se está haciendo referencia a la exoneración de responsabilidad dimanante de las lesiones de deberes de *garantía*. Pero también los no garantes pueden responder, concretamente en casos de catástrofe, de conformidad con el § 323 c del StGB (31), y ello tanto si no impiden un curso lesivo generado al margen de su actuación como si por medio de ésta lo ponen en marcha.

## V

No es ninguna coincidencia que ambas respuestas, la concerniente al problema de la tentativa (32) y la referente al problema de los conocimientos especiales, difieran de las respuestas dadas por

---

(31) Al igual que en la n. 15.

(32) La pregunta que probablemente cabe formular después de todo lo anterior, de como diferenciar la tentativa comunicativamente irrelevante de la tentativa inidonea por falta burda de entendimiento, del § 23 párrafo 3 del StGB, la contesto de manera breve y como mero añadido: la tentativa inidonea por falta burda de entendimiento es una tentativa comunicativamente relevante pero la *cantidad* de su relevancia tiende a cero; por el contrario, en los casos de las «tentativas» que aquí se consideran atípicas, el autor incurre en un error de categorías: no alcanza la *cualidad* de lo comunicativamente relevante. Por supuesto que el error cualitativo también puede fundamentarse en la falta burda de entendimiento (los delitos putativos probablemente se fundamenten con frecuencia de esta manera), pero el § 23 párrafo 3 del StGB no regula un error burdo *que no alcance* el dolo típico, sino que regula el dolo típico burdamente erróneo. Ejemplo: si en una hoja informativa sobre plantas venenosas se incluyen por error las ortigas, una persona sin ningún tipo de conocimientos de biología se atenderá al contenido informativo de la hoja; dado que nada entiende sobre la materia —ni tan siquiera advierte los errores burdos— actúa de manera burdamente equivocada en el sentido de que no conoce lo que parece evidente. Sin embargo, es prudente atenerse a las hojas informativas en las materias sobre las que se carece de conocimientos. Si hubiese prestado atención a su sueños, o hubiese deducido el carácter venenoso en función de haber encontrado alguna vez un animal muerto entre unas ortigas, su dolo hubiese errado el tipo.

ARMIN KAUFMANN; la solución de ambos problemas depende de la contestación a una única cuestión previa: ¿qué es un autor-sujeto en Derecho penal? Para ARMIN KAUFMANN la respuesta a esta cuestión previa resulta tan evidente que no la da expresamente, sino que directamente argumenta al respecto cómo el sujeto, en concreto una persona, actúa (u omite). En los problemas del destinatario discute las cualidades mínimas que debe aportar una persona, pero se trata de capacidades individuales en la relación entre norma e individuo, no de la vinculación del hombre con la sociedad. Exagerando un poco, la sociedad sólo penetra en el Derecho penal a través de la Parte Especial. Esta seguridad de poder definir el sujeto antes que a la sociedad no la comparte la solución aquí mantenida. De acuerdo con ésta, debe intentarse concebir al sujeto como parte del contexto social que es el Derecho penal. El abismo entre ambas soluciones no puede obviarse.



# El nuevo Código Penal peruano

LAURA ZUÑIGA RODRIGUEZ

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca  
Investigadora peruana invitada del M. E. C. español

Por Decreto Legislativo núm. 635, del pasado 3 de abril ha sido promulgado un nuevo Código Penal en el Perú que sustituye al de 1924. Este último cuerpo legal, de orientación político-criminal (siguiendo, principalmente, los proyectos suizos de Stoss de 1915 y 1916), mereció, en su día, los elogios de destacados juristas, como Jiménez de Asúa, quien afirmó de él, que podía «figurar entre los más avanzados documentos legislativos». Pero, el depurado tecnicismo de sus disposiciones y la compleja estructura de sanciones, que hacía necesaria una especial infraestructura inexistente en el país, hicieron rápidamente inviable una verdadera adecuación de esta normativa a la realidad peruana. Por eso, no es de extrañar que al año y medio de su promulgación se formara una Comisión para revisarlo; aunque será a partir de 1984 cuando se proceda seriamente a su reforma.

Entre tanto, cambios importantes en la estructura político-social del país fueron delineando un control penal bastante diferente al diseñado en el código de 1924: algunas veces modificándolo o no respetando sus postulados principales; otras veces, desnaturalizándolo claramente mediante la promulgación de leyes especiales completamente alejadas de sus principios rectores. Un ejemplo del primer caso fue la incorporación de la pena de muerte en 1949 para homicidios calificados y alta traición, que en años posteriores fue extendida a delitos de carácter político o que causaban gran inseguridad ciudadana. En el segundo supuesto se pueden inscribir las leyes antiterroristas y las normas represoras del tráfico de drogas de los últimos tiempos.

Se puede afirmar, que el Código Penal de 1924 ya había sido rebasado en cuanto a su operatividad por medio de las leyes especiales y los estados de excepción que rigen en las dos terceras partes del país. Por este motivo, se hacía acuciante una normativa penal que respondiera adecuadamente, de conformidad con los principios consagrados en la Constitución de 1979 y en la Ciencia Penal moderna, a la conflic-

tividad social del país, despenalizando vetustos delitos que ya no tenían cabida en la sociedad actual (como el adulterio, el duelo, etcétera), y acogiendo las nuevas formas de criminalidad que se presentan en nuestros días (como la delincuencia económica, entre otras).

El Proyecto que ha sido promulgado es, básicamente, el publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 20 de enero de 1991, elaborado por la Comisión Revisora nombrada por Ley núm. 25280, de octubre de 1990. Esta Comisión, integrada por tres senadores, tres diputados, y un representante del Ministerio Público, del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia, de la Federación Nacional de Colegios de Abogados y del Colegio de Abogados de Lima, tuvo como misión la de revisar los Proyectos elaborados (los dos de 1984, el de 1985, el de 1986 y el de 1990), adoptando las sugerencias pertinentes e introduciendo las reformas que creyera convenientes.

En términos generales, se observa cómo el legislador ha procurado no seguir fielmente textos foráneos como antaño, sino que ha consultado las diversas legislaciones modernas (especialmente: el Proyecto Alternativo alemán de 1962, el Código Penal alemán de 1975, el Código Penal colombiano de 1980, el Código Penal brasileño de 1984, los Proyectos de Código Penal españoles de 1980 y 1983), tomando de ellas lo que ha considerado conveniente y, en su caso, manteniendo las normas nacionales.

Como era de esperar, las mayores innovaciones se encuentran en la Parte General (Libro I y Título Preliminar). Además de superar la orientación preventivo-especial (medidas de seguridad para «estados peligrosos» como el «desarreglo de vida» o la «ociosidad, que se agregaban a las penas, art. 42) del Código Penal de 1924, el nuevo código mantiene las garantías penales de la anterior normativa (a veces vulneradas por el propio texto al establecer penas indeterminadas), incorpora los principios penales consagrados en la Constitución y los principios comúnmente reconocidos por la Ciencia Penal moderna como compatibles con un Estado de Derecho (Título Preliminar). Pero la novedad más importante se realiza respecto del sistema de sanciones, el cual, como se sabe, constituye el eje de toda represión penal y representa las tendencias político-criminales del legislador. No obstante, se mantienen algunos aspectos relevantes del código derogado, como la libre determinación de la pena por parte del juez (art. 51 del Código Penal de 1924, similar al art. 46 del nuevo Código Penal), cuidándose éste último de no incluir circunstancias referidas a estados peligrosos o sobre la condición de vida de la persona, tan recurrentes en el primero.

En cambio, en la Parte Especial (Libro II), se ha incorporado al texto toda la legislación especial anterior (antiterrorista, tráfico de drogas, defraudación tributaria, etc.), pretendiendo, sin lograrlo, adecuar la normativa a los principios rectores (por ejemplo, se mantiene la muy discutida penalización de la sola pertenencia a banda terroris-

ta, art. 322, que podría penalizar la conducta de vida). Asimismo, en el texto se introducen las nuevas formas de delincuencia que hay que atajar (delitos contra el orden financiero y monetario, abuso del poder económico, etc.), y otros delitos que pueden presentar peculiar relevancia en el país, como los arts. 292 y 293, que castigan al que viola las medidas impuestas para contrarrestar una enfermedad, y la venta al público de animales alimentados con desechos sólidos (basura), respectivamente, para salvaguardar la salud pública, ahora, en momentos en que persiste la epidemia del cólera y que por las deficiencias alimentarias y sanitarias de una parte de la población, ésta corre el riesgo de convertirse en endémica.

Siguiendo una tendencia actual (Código Penal colombiano de 1980, borrador del Proyecto de Código Penal español de 1990), se ha introducido un Título Preliminar al inicio del cuerpo legal, en el que se establecen los principios rectores que han de informar toda la normativa jurídico-penal del país (art. 10). Los postulados consignados son las garantías clásicas del Derecho Penal Liberal y que la doctrina moderna reclama para todo Estado de Derecho: principio de legalidad (arts. II, III, V y VI), principio de lesividad (art. IV), principio de culpabilidad (arts. VII y VIII) y principio de proporcionalidad (art. VIII).

En el art. I del nuevo Código Penal se consagra un principio general en el que se plasma la orientación político-criminal del texto: el Código «tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad». Ello significa que, el legislador ha considerado que el fin de la represión penal es la prevención general de delitos; pero ésta tiene un límite, el cual es la persona humana y la sociedad, en concordancia con el art. 1 de la Constitución. No es posible, pues, en aras de la prevención general, vulnerar las garantías de la persona porque constituyen el fundamento de la punición.

El principio de legalidad está desarrollado de la siguiente manera: la garantía penal en el art. II, que se refiere a las penas y medidas de seguridad, y debe concordarse con el art. 2, 20, *d*) de la Constitución y con la prohibición de la analogía (art. III); la garantía jurisdiccional del juez natural en el art. V; y la garantía de la ejecución penal en el art. VI, en la que, lamentablemente, ya no se hace referencia expresa a las medidas de seguridad. Sin embargo, del art. 75 se desprende la intervención judicial en la ejecución de las medidas de seguridad, al establecer que cada seis meses la autoridad del centro de internación debe remitir al juez una pericia médica, para que éste observe si han desaparecido las causas de la aplicación de la medida.

Constituye una novedad digna de encomio la incorporación del principio de lesividad (art. IV), pues con él el legislador se inclina decisivamente por un Derecho Penal de Acto. Pero, extraña que sólo se haya referido a la pena y no expresamente a la medida de seguri-

dad; aunque luego el art. 72.1 dispone que para su aplicación se requiere que el agente haya realizado un hecho previsto como delito (medidas de seguridad post-delictuales). Congruentemente con esta posición político-criminal de fundamentar el injusto en el bien jurídico, se ha despenalizado la tentativa inidónea o tentativa imposible (art. 17); y, se ha considerado la gravedad del hecho punible (que debe entenderse mayor o menor desvalor de resultado) como criterio determinante para la delimitación de la pena (art. 46). Pero se observan delitos de peligro abstracto que vulneran este principio, como el artículo 274, que penaliza la conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

El criterio del bien jurídico ha servido para sistematizar los delitos y faltas (Libros I y II), según la propia Exposición de Motivos, con lo que desaparecen las agrupaciones por los sujetos activos, salvo dentro de los delitos contra la Administración Pública (Título XVIII) en que se ha distinguido entre los cometidos por particulares (Cap. I) y por funcionarios públicos (Cap. II), lo cual no rompe con el principio general del bien jurídico.

Pero sí es necesario, en algunos casos, cuestionar si la sistematización del código está correctamente formulada, esto es, si responde adecuadamente a bienes jurídicos similares o se clasifican juntos delitos que protegen distintos bienes jurídicos. Un craso error en la denominación del bien jurídico existe en el Título XIII de Libro II, Delitos «contra la Ecología»; ésta es una ciencia que estudia el ecosistema, no puede haber delitos que la vulneren. Claro ejemplo de delito que no corresponde a su Título es el art. 323 que penaliza al funcionario o servidor público que priva de libertad a una persona y tiene como resultado su desaparición, dentro del Cap. de Terrorismo, ya que aunque el legislador lo considere así, éste no es de ninguna manera un delito terrorista.

Es discutible también la sistematización de los delitos de: genocidio (art. 129) en el título de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; violación de domicilio por parte de funcionarios públicos (art. 160), violación de la libertad de reunión por parte de funcionarios públicos (art. 167), violación de la libertad de expresión por parte de funcionarios públicos (art. 169), en el título de los Delitos contra la Libertad; el delito de desaparición ya citado (art. 323) en el título de los Delitos contra la Tranquilidad Pública. Todos estos delitos podían haberse sistematizado como atentados contra los Derechos Humanos (derechos fundamentales de garantía del ciudadano frente al Estado). Con ello, se cumplirían dos objetivos: primero, reconocer la diferencia sustancial entre los respectivos bienes jurídicos, unos, relativos a los particulares y, otros, referidos a los funcionarios públicos (en tanto representantes del Estado), como límite de la ingerencia de los poderes públicos frente a los derechos de los ciudadanos; y, segundo, una



función político-criminal de tutelar los derechos humanos expresamente, convocando a la función motivadora de la norma penal en momentos en que la lucha contra el terrorismo ha presentado, no pocas veces, violaciones contra estos derechos.

La guía de interpretación que significa el bien jurídico de acuerdo con el principio de lesividad, debe servir también para hacer serias reflexiones sobre algunos delitos o incluso grupo de delitos de la Parte Especial, en los que resulta controvertido establecer si se trata verdaderamente de «condiciones indispensables para la vida en común», o son más bien reglas morales o intereses políticos, de difícil tutela penal. Así, el art. 322 anteriormente mencionado que penaliza la pertenencia a banda terrorista; el art. 176 donde se tipifican las agresiones sexuales que no constituyen acto sexual, denominándolas «actos contrarios al pudor»; los delitos agrupados en el Cap. XI del Tít. IV como ofensas al «pudor público»; las faltas del Tít. IV del Libro III, rubricadas como faltas «contra las buenas costumbres», etc. La lista sería larga, sobre todo en lo que respecta a los delitos sexuales y a su lenguaje, donde tal parece que el legislador ha confundido libertad sexual con moral sexual, pretendiendo utilizar el Derecho Penal como instrumento moralizador de las personas y olvidando que éste es la *ultima ratio* de que dispone el Estado.

En los arts. VII y VIII del Tít. Preliminar se desarrolla el principio de culpabilidad: «No hay pena sin responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva». «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho». En el primer postulado, el legislador ha preferido utilizar el término más neutro «responsabilidad» para designar el principio de atribuibilidad de la culpabilidad (ser responsable). Los otros dos principios deben concordarse con el art. 11 que define los delitos y faltas como las acciones u omisiones dolosas o culposas. Así, sólo es posible responsabilizar por el hecho (doloso o culposo), con lo que el código se afilia decididamente a un «Derecho Penal del hecho» y no a un «Derecho Penal de autor», por lo que quedan proscritas las penalizaciones por el carácter, el modo de ser de las personas o su peligrosidad. En esto es consecuente el legislador al despenalizar la reincidencia y la habitualidad (Exposición de Motivos), lo cual constituye uno de los mayores avances del nuevo Código Penal peruano. No obstante, en el texto existen algunas disposiciones en las que, al parecer, se sigue reprimiendo la conducta de vida de las personas, como por ejemplo: el art. 179.6, en el que se agrava la pena cuando el autor hace del proxenetismo su oficio o modo de vida; art. 195.1 en el que se agrava la pena cuando el agente se dedica al comercio de objetos provenientes de acciones delictuosas, etc. También podría resultar una agravación por la condición personal si, de acuerdo a la libre determinación de la prueba (artículo 46.8, edad, educación, situación económica y medio social), el

juez lo considera así, sobre todo si se tiene en cuenta que la habitualidad y la reincidencia han sido consideraciones agravatorias durante la larga vigencia del código anterior. Obviamente esto estaría prohibido por el art. VIII.

El principio de dolo y culpa, y la interdicción de la responsabilidad objetiva han merecido la especial preocupación del legislador, al cuidarse de no imputar el segundo resultado si no es porque podía preverlo (arts. 115, 116, 121, 122 y 123); y la operatividad del arrepentimiento espontáneo que, salvo en los hechos que constituyan delito, está exento de pena (art. 18 y 19). También el tratamiento del error ha sido fiel a este postulado, que sigue al art. 17.3 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal español de 1983, disponiendo la atenuación obligatoria del error de prohibición vencible.

En el art. VIII también se puede ver el principio de proporcionalidad de las penas, el cual se plasma en la obligatoriedad de la atenuación de la pena para la tentativa (art. 16, antes era facultativa). De otro lado, significa que la prevención general (art. 1) tiene como límite la responsabilidad por el hecho. Respecto de la proporcionalidad de las medidas de seguridad, el art. VIII considera que éstas «sólo pueden ser ordenadas por intereses públicos predominantes», aunque hay que concordarlo con el art. 73 cuando se dispone que «las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado», siguiendo así el legislador a la doctrina dominante.

En el art. IX se contemplan los fines de las penas y de las medidas de seguridad. Las primeras tienen función «preventiva, protectora y resocializadora»; las segundas, persiguen fines de «curación, tutela y rehabilitación». Las dos últimas funciones de la pena concuerdan con lo dispuesto en el art. 234 de la Constitución y con la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El código, pues, se inclina en favor de las funciones preventivo-general y preventivo-especial de la pena. Es de esperar que las cárceles peruanas cumplan verdaderamente dichas funciones.

El sistema de sanciones del nuevo código es dualista: pena para los culpables, y medida de seguridad para los peligrosos delictuales, estableciéndose una tajante diferenciación en la aplicabilidad de ambas (art. 46 para la pena y 72 para la medida de seguridad), pero teniendo las dos clases de reacciones penales puntos de unión: post-delictuales y principios similares (legalidad, proporcionalidad y determinación). Sin embargo, hay casos en que el Código Penal permite la aplicación de ambos sistemas a imputables: tratamiento ambulatorio cuando lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación (art. 76); internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable (art. 77). En estos casos se aplica el sistema vicarial (artículo 77): el tiempo de internación se computará como tiempo de

cumplimiento de la pena sin perjuicio que el juez pueda extinguir o reducir la condena atendiendo al éxito del tratamiento.

Uno de los mayores aciertos del código ha sido el de la determinación de los límites de las penas (Tít. III) y las medidas de seguridad (art. 75: «la duración de la medida de internación no excederá del tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido»), con lo cual se acaba con las penas indeterminadas existentes en el país a partir del Código Penal de 1924. Este principio tiene una excepción, el caso de la pena de expulsión del país para extranjeros (art. 30).

Respecto de las clases de penas, el legislador ha realizado importantes innovaciones que revolucionan el sistema sancionador peruano. Se ha simplificado el elenco de penas: privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa (art. 28). Se ha unificado la pena privativa de libertad (antes había hasta cuatro formas distintas, pero realmente sólo se cumplía una, la prisión) (art. 29).

Una de las novedades del código que ha encendido mayor debate en la opinión pública, ha sido la introducción de las penas de expatriación para los nacionales (aunque estaba contemplada en el Código Penal de 1924 para el delito de rebelión, art. 302, estaba en desuso), y expulsión del país para los extranjeros, como penas restrictivas de libertad, las que incluso se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad (con lo cual ¿se asemejaría más a una medida de seguridad?, o ¿se estaría aplicando dos penas por un mismo delito?) (art. 30). Evidentemente desde el punto de vista de los principios de humanidad en las penas (principio de dignidad de las personas) ambas son condenables, aunque la expulsión de extranjeros ya esté contemplada en otros proyectos (como el borrador del Proyecto de Código Penal español de 1990, art. 87.3.5a).

Las penas limitativas de derechos consisten en: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación (art. 31), de las cuales las dos primeras son nuevas. La pena de prestación de servicios a la comunidad presenta la complicación de obligar al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, etc., durante los días sábados y domingos, lo cual puede colisionar con el art. 42 de la Constitución (nadie está obligado a prestar trabajo personal sin su consentimiento y sin la debida retribución). La pena de limitación de días libres constituye, básicamente, la institución del arresto de fin de semana, para fines educativos (art. 35). La pena de multa está contemplada de acuerdo al sistema días-multa (art. 41), no siendo novedad en nuestro Derecho, pues ya estaba contemplada así en el Código Penal de 1924.

En contraposición al código anterior, el nuevo Código Penal ha reducido sustancialmente las clases de medidas de seguridad a imponer, a sólo dos: la internación y el tratamiento ambulatorio (art. 71).

Pero esta decisión, más que una posición político-criminal, parece haber sido tomada respondiendo a las limitaciones económicas del Estado y a la amarga experiencia pasada de la previsión de un amplio elenco de medidas, totalmente inaplicadas (Exposición de Motivos). La medida de internación sólo se dispondrá cuando haya «peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves» (art. 74).

El eje del sistema sancionatorio es, pues, la pena, y ésta ha sido notablemente reestructurada. Además, de restringir considerablemente la aplicación de la pena privativa de libertad en relación a la normativa anterior (esto es evidente en los Delitos contra el Patrimonio, Tít. V, aunque todavía se concibe la pena máxima de veinticinco años, art. 29, la cual resulta excesiva), el código ha contemplado una lista mayor de nuevas penas no privativas de libertad, y un complejo sistema de conversiones (Cap. III del Tít. III) por el que la antaño pena por excelencia, la prisión, debe tender a una mayor restricción. Además, se incorporan dos instituciones que permiten morigerar sus efectos: la suspensión de la ejecución de la pena (Cap. IV del Tít. III, conocida anteriormente como libertad condicional); y la reserva del fallo condenatorio (Cap. V del Tít. III), la *Probation* del derecho anglosajón. Incluso se contempla la posibilidad de que el juez establezca la exención de la pena, cuando ésta no es mayor de dos años y la responsabilidad mínima (art. 68).

Así, el legislador sigue la tendencia actual de establecer alternativas a la pena de prisión. No obstante, todo este sistema, que desde el punto de vista formal es intachable, en la práctica puede dar lugar a algunos inconvenientes. Primero: se concede amplia libertad al juez para las conversiones, la cual debe aunarse a la ya propia de la aplicación de la pena (art. 46), con los riesgos de arbitrariedad que ello conlleva. Segundo: el sistema de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio requiere de una implementación material para la vigilancia de los suspensos, que el Estado aún no tiene. Tercero: el sistema de suspensión de la pena y de la condena, así como las penas alternativas a la prisión, en general, presuponen el aseguramiento de medios de vida para el procesado con el fin de evitar su recaída en el delito. Cuarto: los mismos sistemas requieren de una red informatizada de datos para establecer los incumplimientos de las penas, que el Estado aun no posee. Quinto: es necesario coordinar todo este sistema con el Código de Ejecución Penal (funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria), para que no hayan conflicto de funciones y se ejecute satisfactoriamente. El problema es que tres de las cuestiones planteadas requieren para su resolución de recursos materiales importantes del Estado que ahora no está en condiciones de satisfacer. Lo triste sería que todas estas medidas, al igual que las del Código Penal de 1924, cayeran en saco roto por falta de implementación material, con lo cual fracasaría todo el sistema de sanciones y, con él, los fines políticos-criminales seguidos por el código.

También son novedades dignas de resaltar de la Parte General: la regulación de la omisión impropia, señalando como posición de garante al que tiene un deber moral o jurídico y que la omisión corresponda a la realización del tipo penal mediante un hacer (art. 13, alejándose de su fuente, el Proyecto Alternativo alemán de 1966, al introducir el deber moral); el error de prohibición cultural, teniendo en consideración la variedad cultural del Perú (art. 15); la disposición del actuar en nombre de otro (art. 27, similar al art. 15 bis del Código Penal español); la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante (arts. 20.4 y 20.5, respectivamente, siguiendo al Código Penal alemán de 1975); y las medidas accesorias aplicables a las personas jurídicas (art. 105, siguiendo los Proyectos españoles). Es lamentable la permanencia de la obediencia jerárquica (art. 20.9) cuando los códigos modernos ya no la consideran eximente (borrador del Proyecto de Código Penal español de 1990), de acuerdo a las disposiciones internacionales sobre el tema.

En la Parte Especial deben destacarse como novedades puntuales:

- La penalización atenuada de la eutanasia (art. 112), aunque con bastantes elementos objetivos y subjetivos que limitan prácticamente su aplicación.
- La penalización atenuada del aborto ético y eugenésico (sólo tres meses), con lo cual más parece que el legislador ha querido acallar las voces conservadoras de la sociedad, sin pensar en los nefastos efectos político-criminales que esta disposición puede tener y, más bien, ha ocasionado un encendido debate en la opinión pública.
- La tipificación del delito de genocidio (art. 129).
- La tipificación de los delitos de violación de la libertad de trabajo (art. 168).
- La introducción de un título en el que se tipifican las conductas contra los derechos intelectuales (Tít. VII), en el que se contemplan los delitos contra los derechos de autor y conexos (Cap. I) y los delitos contra la propiedad industrial (Cap. II, ¿éstos no serían más bien delitos contra el orden económico?).
- Consideración de los delitos contra el Patrimonio Cultural de la nación (Tít. VIII).
- Consideración de los delitos contra el Orden Económico (Título IX), de los cuales, el que ha provocado mayores cuestionamientos, sobre todo de las Cámaras de Comercio, ha sido el art. 232 que penaliza el abuso de los monopolios y oligopolios, protegiendo la libre competencia del mercado.

- Consideración de los delitos contra el Orden Financiero y Monetario (Tít. X), considerándose, entre estos últimos, el delito de falsificación de moneda (art. 252, que antes era delito contra la República).
- Consideración del delito de tráfico ilícito de drogas como delito contra la Salud Pública (Tít. XII), donde se despenaliza el cultivo de coca, mediante fe de erratas (El Peruano de 13 de abril de 1991), procedimiento legislativo que resulta muy discutible.
- Consideración de los delitos contra el Medio Ambiente y las Reservas Naturales, mal rubricado como delitos contra la Ecología (Tít. XIII).
- Tipificación del delito de desaparición forzada de personas (art. 323), aunque pésimamente colocado dentro de los delitos de Terrorismo (con lo cual el legislador más parece seguir la lógica belicista del conflicto, en lugar de encausarlo dentro de los límites del Estado de Derecho).
- Es preocupante la consideración de los delitos de elaboración y comercio clandestino de productos (Cap. III, del Tít. XI de los Delitos Tributarios), porque en el Perú el 48 % de la población económicamente activa es informal y contribuye con el 38,9 % del PIB. Entonces, lo que puede ocurrir es que, o no se van a cumplir las normas (con el efecto negativo jurídico-penal que ello supone), o, se va a restringir la economía informal, sin establecer, necesariamente alternativas de desarrollo para esas personas. En ambos casos los efectos son negativos, ya que aquí nuevamente el legislador parece olvidar que el Derecho Penal es la *ultima ratio*.
- En el Libro de Faltas (III) el legislador ha sido bastante parco y las ha simplificado notablemente.

Constituyen omisiones flagrantes: la no tipificación del delito de tortura y el de detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos, pese a que ambos protegen derechos reconocidos constitucionalmente, los mismos que, en los momentos actuales han sido, no pocas veces, vulnerados por las fuerzas de orden público dentro de la lucha antiterrorista.

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## **EXPULSION DE EXTRANJEROS: JUEZ COMPETENTE PARA DECIDIRLA Y FASE PROCESAL EN QUE DEBE ACORDARSE**

### **Consulta núm. 2/1990**

#### I

Lo que se cuestiona en esta Consulta fue resuelto ya por la Fiscalía General del Estado en Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, relativa a «Cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinado procesos penales», ponderando la legislación procesal entonces en vigor. Precisamente la que ahora se formula tiene su causa en que la Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre ha modificado los presupuesto orgánicos y procesales de la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que fueron los tenidos en cuenta para interpretar los artículos 21.2.º y 26 de la Ley orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

#### II

En particular, la Consulta se desenvuelve en los siguientes términos.

El artículo 21. 2.º de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece que cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión si está incurso en alguno de los supuestos artículo 26. 1.º. La Fiscalía General del Estado en la Consulta 5/1987, sostenía que el artículo 21. 2.º sólo podía aplicarse una vez que estuviera incoado el procedimiento correspondiente, no siendo admisible su aplicación en fase de diligencias previas dado el carácter de preliminares de procedimientos propios que aquellas tenían en la regulación entonces vigente.

Ahora bien, en virtud de la reforma llevada a campo la Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado —cuya instrucción corresponde a los Jueces de Instrucción en tanto que el fallo compete a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provincial— siempre bajo la forma de diligencias previas, ya sólo se plantea la aplicabilidad del artículo 21.2.º en supuestos cuyo fallo corresponde a los Juzgados de lo Penal, únicos competentes para conocer de los delitos castigados con penas menos graves.

## III

Lo anteriormente expuesto suscita estas cuestiones:

— La primera se refiere a la determinación del Juez competente para autorizar la expulsión: si lo será el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal a quien se atribuye el fallo.

— La segunda se contrae a precisar la fase del procedimiento en que el Ministerio Fiscal ha de emitir el informe al que se alude en el artículo 21.2.º: si es imprescindible que exista ya el escrito de acusación fijando la competencia, o, al contrario, si interesado el informe en cualquier fase anterior del procedimiento, puede el Fiscal emitirlo siempre que se trate de un delito castigado con pena menos grave cuya competencia para el fallo corresponde al Juez de lo Penal.

Estas dos cuestiones son resueltas valorando las razones expuestas en la Consulta de esta Fiscalía General 5/1987, expresándose al efecto: la expulsión previa al enjuiciamiento entraña la sustitución de la sanción penal que pudiera imponerse por una medida administrativa autorizada por el Juez; para ello si en la legislación anterior estaba legitimado el Juez que instruíra y fallaba, en la actualidad sólo puede autorizarse la expulsión cuando medie escrito de acusación y por el Juez de lo Penal que ostenta la facultad de juzgar, pues no en vano en la Consulta de la Fiscalía General del Estado se aconsejaba que el Fiscal antes de emitir el informe solicitara la transformación de las diligencias previas en procedimiento oral, entre otros motivos para que quedara determinada la pena que pudiere imponerse.

## IV

El Juez puede autorizar la expulsión de extranjeros siempre que se hallen en alguno de los supuestos del artículo 26.1.º de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio. La expulsión procede, y así está previsto legalmente, en dos momentos procesales distintos: antes de dictarse sentencia y después de que la sentencia haya adquirido el carácter de firme. En ambos casos es preceptiva la audiencia previa del Ministerio Fiscal.

— La expulsión antes de dictarse sentencia se regula en el artículo 21.2, párrafo primero de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio. El extranjero, según expresión de tal norma, ha de hallarse encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor.

Por el tiempo en que se produce, esta expulsión es sustitutiva del procedimiento y de las medidas acordadas en él, ya que firme la expulsión procederá el archivo de las actuaciones. Es claro que en este caso la función jurisdiccional de juzgar se elimina.

— La expulsión después de que la sentencia condenatoria por delitos menos graves sea firme, es tratada en el artículo 21.2. párrafo segundo de la Ley. Aquí la expulsión sustituye a la pena, quedando sin efecto parcialmente la función jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, pues ha de asegurarse las responsabilidades civiles. Se condiciona, además, la inexecución de la pena a que tras la expulsión no regrese a España antes de tres años (artículo 36.1 de la Ley).



Las precedentes consideraciones son precisas para fundamentar la solución a las cuestiones que plantea y resuelve con acierto a Consulta.

— El Juez legitimado para autorizar la expulsión después que la sentencia sea firme, es el Juez de lo Penal, a quien esta atribuida en exclusiva la competencia para dictar sentencias por delitos menos graves (artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que son, precisamente, los únicos en que está autorizada la expulsión (artículo 21.2 de la Ley de 1-71985). Como para la fijación de tal competencia se atiende a los delitos (los menos graves, en que la penalidad asignada no excede de seis años), las Audiencias Provinciales no puede autorizar en ningún caso la expulsión por delitos de su competencia, aunque la pena impuesta por aplicación de circunstancias, grados de ejecución o participación, sea prisión menos o arresto mayor.

— Es necesario hacer algunas precisiones sobre cual es el Juez que ha de decidir sobre la expulsión si esta es solicitada antes de que el proceso penal haya concluido por sentencia. En particular, si el competente lo será el Juez a quien se atribuye la instrucción o el Juez a quien legalmente está asignados el enjuiciamiento y fallo. Hay que destacar que el término aquí empleado de expulsión anterior a la sentencia, procesalmente es el trato continuado, pues comprende toda la actividad que pueda desarrollarse desde la iniciación del proceso hasta después de la apertura del juicio y escritos de acusación y defensa. Ello justifica el planteamiento de la doble cuestión objeto de la Consulta; una es el momento procesal en que el Ministerio Fiscal deberá emitir el preceptivo informe previo a la resolución judicial que haya de autorizar o denegar a expulsión; y otra, el órgano jurisdiccional competente para resolver la expulsión solicitada por la autoridad gubernativa.

Se sostiene, con acierto, en la Consulta que es consustancial al dictamen de existencia de un escrito de acusación. Antes de esta fase procesal es improcedente, entre otras razones porque no se contará con elementos suficientes para motivarlos adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional más reciente. No deberá emitirse, por tanto, cuando se hallen en tramitación las diligencias previas de procedimiento abreviado. Esto es así, de una parte, porque uno de sus fines (artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es determinar «el órgano competente para el enjuiciamiento», o lo que, es igual, si la celebración del juicio corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial; y de otra parte, por que la práctica de diligencias previas no son esenciales al procedimiento abreviado —como lo eran sin embargo las diligencias previas a los procedimientos de urgencia— ya que proceden «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no sena suficientes para formular acusación» (artículo 789.3, inciso inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y por último, por que sólo tras el escrito de acusación se conocerá exactamente la competencia y el tipo delictivo, pues aquel comprenderá además de la solicitud de apertura del juicio oral, el órgano que se estime competente y el delito imputado (artículo 790.5. de la LE.Cr.).

En definitiva, sin escrito de acusación, previo a coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión de los dos puntos planteados en la Consulta. En efecto, al ser posible un informe del Ministerio Fiscal contemporáneo al escrito de acusación, significa que el Juez competente para decidir sobre la autorización de expulsión de los extranjeros, es el Juez de Instrucción, pues ante este órgano se formulan los escritos de la acusa-

ción (artículo 790.1 de la L.E.Cr.). Y si la autorización para la expulsión es solicitada en un trámite posterior, cuando tanto el Ministerio Fiscal como la defensa hayan emitido sus correspondientes escritos de calificación, dado que el Juez de Instrucción habrá remitido las actuaciones al Juez de lo Penal (artículo 791.5 de la L.E.Cr.) será éste el órgano competente para resolver sobre la expulsión.

De cuanto antecede se extraen las siguientes conclusiones resolutorias de la Consulta:

1.<sup>a</sup> Si se solicitare autorización judicial para la expulsión de extranjeros una vez que la sentencia haya adquirido la cualidad de firme, el único Juez competente para decidir será el de lo Penal.

2.<sup>a</sup> Si al tiempo de interesarse por la autoridad gubernativa autorización judicial para la expulsión no se hubiere dictado aún sentencia, es preciso distinguir dos momentos que condicionan la competencia.

a) Si mediante escrito de acusación del Ministerio Fiscal, las actuaciones no se han remitido aún al Juez de lo Penal, es competente para resolver el órgano jurisdiccional al que corresponde la instrucción, el Juez de Instrucción.

b) Si las actuaciones se en contraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, éste, el Juez de lo Penal, es el único legitimado para decidir.

3.<sup>a</sup> Consecuencia de lo anterior, la actitud del Ministerio Fiscal ante la solicitud de dictámenes será:

a) En ningún caso los emitirá estando pendiente la tramitación de diligencias previas, mas para no entorpecerla política criminal en materia de extrajeros, procurará que se acelere la investigación a fin de poder formular escrito de acusación en el plazo más breve posible.

b) Podrá informar sobre la expulsión al tiempo de presentar escrito de acusación ante el Juez de Instrucción y ante el Juez de lo Penal cuando las actuaciones obren en su poder, ya sea antes o después de dictar sentencia.

**ALCANCE DE LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL  
ARTICULO 794.3 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO  
CRIMINAL, REFERIDO AL PROCEDIMIENTO  
ABREVIADO, DE IMPONER PENAS QUE EXCEDAN DE LA  
MAS GRAVE DE LA PEDIDA POR LAS ACUSACIONES**

**Consulta núm. 3/1990**

**I**

La Consulta contiene las siguientes observaciones sobre los arts. 794.3 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El principio acusatorio que conforma nuestro sistema procesal ha sido consagrado por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Recientemente se ha recogido en el art. 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, con relación al procedimiento abreviado, expresa que la «sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado». Se estima en la Consulta que este artículo trata la cuestión de modo diferente al previsto para el procedimiento ordinario en el art. 851.4 de la LECr. declarativo de que podrá interponerse recurso de casación por quebrantamiento de forma «cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733».

No interesa a quien consulta la referencia al art. 733 de la L.E.Cr., que se sustituye en el procedimiento abreviado por la facultad de interpelación del art. 793.6 párrafo segundo. Pero sí se resaltan las diferencias entre los arts. 794.3, inciso primero y 851.4. En particular y atendido el texto de este último en el área del procedimiento ordinario, no se puede penar «un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación», mientras en el art. 794.3, para el procedimiento abreviado, se dice que no se «podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones».

En la interpretación del art. 851.4 la jurisprudencia ha venido entendiendo que la fórmula legal y el obligado respeto al principio acusatorio, no impiden que el juzgador pueda fijar una pena que exceda de la pretendida por la acusación, siempre que se contenga dentro de los límites de la prescrita para el delito objeto de aquella. Tesis confirmada por el Tribunal Constitucional (sentencias 17/1988, de 16 de febrero, y 189/1988, de 17 de octubre). Sin embargo, el criterio que se sigue

en el art. 794.3 parece más restrictivo, pues en él no se alude al *delito*, sino a la *pena*, por lo que puede pensarse que *el juzgador no puede imponer pena superior a la concreta pedida por la más grave de las acusaciones*.

¿Es correcta esta interpretación? El tenor literal de los preceptos parece avalarla. Mas surge una objeción de entidad: de aceptarse esta tesis se llegaría a la consecuencia de que en los delitos de mayor pena existiría un mayor rigor, pues el Tribunal podría imponer una pena más elevada que la solicitada. ¿Se quebraría la igualdad ante la ley?

## II

Con estos antecedentes el objeto propio de la Consulta queda limitado a los siguientes términos:

- Si en el procedimiento abreviado, y con fundamento en el art. 794.3 de la L.E.Cr., el Juez o Tribunal puede o no imponer pena mayor que la concretamente solicitada por la más grave de las acusaciones.
- Si, en el caso de que se resuelva en sentido negativo la anterior cuestión, este será también el criterio a aplicar para las sentencias dictadas en procedimiento ordinario, pues aun cuando el texto del art. 851.4 es distinto se garantizaría a todos los acusados un tratamiento igual en esta materia.

## III

El principio acusatorio que, como garantía constitucional del proceso penal, informa nuestro ordenamiento jurídico, requiere como elemento ineliminable que exista la debida correlación entre acusación y sentencia, sin que el órgano jurisdiccional pueda introducir en ella hechos nuevos agravatorios o imponer penas más graves o no correspondientes a la conducta imputada. Surgen así las denominadas vinculación del Tribunal al título de imputación delictiva (*vinculatio criminis*) y vinculación a la pena asignada al tido (*vinculatio poenae*). De la primera se desprende que el ajuste de las facultades del Tribunal al principio acusatorio tiene dos claros límites: la identidad del hecho y la homogeneidad delictiva. Dentro de ellos el juzgador puede desenvolverse sin vulnerar el derecho fundamental del art. 24.2 de la Constitución de ser informado de la acusación (Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1985, de 1 de febrero; 104/1986, de 17 de julio; 10/1988, de 1 de febrero; 17/1988, de 16 de febrero; 205/1989, de 11 de diciembre), o como dice el Tribunal Supremo (Sentencias de 19-9-1989, 30-9-1989, 30-10-1989, 20-1-1990), el Tribunal de instancia puede apartarse de la calificación formulada por la acusación bajo la triple condición de que la pena impuesta no supere la gravedad de la pena solicitada, no se varíen los hechos que son objeto de la misma y el delito por el que se condene guarde una relación de homogeneidad con el acusado. Veamos ahora la *vinculatio poena*. Aceptando sin duda alguna la esencialidad de la sujeción a la identidad del hecho y a la homogeneidad delictiva ¿esa vinculación se extiende también a la identidad o exactitud matemática de la pena solicitada?

En la interpretación jurisprudencial del art. 851.4.º de la LECr. ha sido doctrina pacífica y continuada la que afirma que el principio acusatorio impide penar un delito más grave que el que fue objeto de acusación, pero no se vulnera tal principio si la sentencia se ajusta a los límites cuantitativos de la pena tipo, aunque sobrepase la pedida por el Ministerio Fiscal y, en general, por las acusaciones. He aquí algunas sentencias de los últimos años en este sentido.

En la sentencia de 30 de mayo de 1983 se dice que lo que no se puede imponer es pena más grave a la correspondiente al delito objeto de acusación, pero pueden los Tribunales rebasar la solicitada por las acusaciones con tal de que esté dentro de los límites señalados por la ley al delito inculminado.

En la de 4 de junio de 1984 se observa que lo prohibido por el art. 851.4 es condenar por un delito más grave que el calificado por las acusaciones, pero no se comete infracción alguna si la condena lo es por el delito acusado, aunque la pena supere a la de las acusaciones.

La sentencia de 7 de mayo de 1986 establece que el hecho de ser impuesta pena mayor que la solicitada por el Ministerio Fiscal, pero dentro de los límites señalados al delito, no comporta violación alguna del principio acusatorio ni atenta al derecho de defensa de los acusados.

Y la sentencia de 12 de junio de 1989, declara que si la condena se produce por el mismo delito y con las mismas circunstancias señaladas por las acusaciones, el Tribunal no tiene por qué sujetarse estrictamente en lo cuantitativo a la pena solicitada, pudiendo dentro de los límites del art. 61 del Código Penal imponer la pena en la cuantía que estime procedente.

El Tribunal Constitucional (sentencias 17/1988, de 16 de febrero y 189/1988, de 17 de octubre) tras afirmar la vinculación del juzgador por el principio acusatorio a los hechos objeto del debate y a su calificación jurídica, especifica que esa vinculación si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal inculminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si ésta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las que realmente correspondan) e imponga penas superiores a la solicitada por el Fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

La conclusión que se obtiene de la jurisprudencia reseñada, a título enunciativo, es que concurriendo la nota de inalterabilidad del título de imputación, que comprende tanto la identidad del hecho como la homogeneidad de los bienes jurídicos y las circunstancias que puedan tener trascendencia jurídico-punitiva, se puede elevar la pena que se halle dentro del *titulus damnationis*.

#### IV

En el art. 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también halla consagración el principio acusatorio. Su texto no es exactamente coincidente con el del art. 851.4. Es más amplio. Si la posible antítesis advertida por quien formula la Con-

sulta se obtiene de comparar la literalidad del art. 851.4 con el inciso primero del art. 794.3, debe también señalarse que en los párrafos que siguen («... ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado») se ha dado acogida expresa a supuestos que no constaban en el art. 851.4, garantizadores del derecho de defensa, y que son producto de una elaboración jurisprudencia progresiva apoyada en principios constitucionales. De ahí el que juzguemos necesario para la ajustada interpretación del art. 794.3, inciso inicial, precisar cuál ha sido la totalidad del espacio acotado por la jurisprudencia en torno a los arts. 733 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es notorio que la nueva doctrina emanada de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha influido en el texto del art. 794.3; ya decíamos en la Circular 1/1989, de 8 de marzo que «el art. 794.3 lo que hace es recoger la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la correlación entre acusación y sentencia en los términos del principio acusatorio y el derecho de defensa». Pero si ahora especificamos, parece claro que ni la jurisprudencia constitucional ni la del Tribunal Supremo ha interpretado todavía el texto contenido en el inciso primero del art. 794.3, pues aquella, como antes se expuso, sólo ha reconocido de modo reiterado que el principio acusatorio no se incumple por la imposición de pena en distinta intensidad a la instada por las acusaciones. La proyección y efectos de la nueva doctrina del principio acusatorio sí se ha materializado sobre los otros incisos del art. 794.3 y del siguiente modo.

1. La sentencia del Tribunal Constitucional 134/1986 de 29 de octubre, declaraba que «la efectividad del principio acusatorio exige para excluir la indefensión, en primer lugar, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista *identidad del hecho punible*, de forma que el hecho debatido en juicio señalado por la acusación y el declarado probado constituyan supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la *homogeneidad* de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación».

2. La homogeneidad delictiva o de los bienes jurídicos implica que la totalidad de los elementos que forman el objeto de la sentencia condenatoria deben estar comprendidos en el delito objeto de acusación. La sentencia no puede variar el delito imputado salvo que sea absolutamente homogéneo y tenga asignada igual o menor pena. De ahí las declaraciones del Tribunal Constitucional (sentencias de 17-7-1986 y 16-2-1988) y del Tribunal Supremo de que la homogeneidad es requerida para condenar por delito diferente a aquél por el que se acusó siempre que no supere la pena solicitada por el Ministerio Fiscal (Sentencias de 5-10-1987, 10-11-1987, 21-1-1988, 29-3-1988, 14-12-1988, 20-1-1990, 7-2-1990, 9-2-1990, 5-3-1990, 14-5-1990, 25-5-1990, 27-6-1990, 5-7-1990 y 7-7-1990).

3. Al hecho fijado por la acusación y al recogido en la sentencia es esencial la identidad. Esta inalterabilidad del hecho abarcará también a las circunstancias que tengan proyección jurídico penal sobre el mismo. Identidad que es exigida no sólo en virtud del principio acusatorio, sino por el derecho de defensa, pues introducido un nuevo hecho, aunque sea homogéneo, el acusado no ha podido defenderse (Sentencias de 24-12-1985, 17-7-1986 y 28-2-1987). La sentencia de 4-6-1987 da lugar al recurso de casación, porque «basta advertir los aditamentos hechos en la relación de hechos probados de la sentencia impugnada en relación

con los que fueron objeto de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, para estimar que se ha producido una mutación sustancial, al añadirse unos hechos nuevos que permitieron al Tribunal condenar no sólo por un delito de robo con violencia, sino además por un delito de detención ilegal».

4. La anterior doctrina sobre la identidad del hecho y la homogeneidad delictiva ha determinado un cambio interpretativo sobre cuestiones íntimamente relacionadas con el principio acusatorio.

a) La dirección jurisprudencial que puede denominarse clásica en los puntos básicos relacionados con los arts. 733 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sostenía:

- Puede castigarse por delito distinto siempre que las penas no sean más graves (Sentencia de 24-4-1982).
- Las atenuantes y agravantes genéricas pueden ser acogidas o rechazadas o imponer otras distintas, puesto que lo consiente el art. 733 (Sentencias de 8-11-1982, 30-5-1983, 8-6-1984, 27-2-1985).
- Nada impide que el Tribunal modifique libremente los grados de participación delictiva contenidos en los escritos de acusación (Sentencias de 30-1-1985, 27-2-1985).
- También es correcto procesalmente condenar por delito consumado cuando la acusación estimó tentativa (Sentencia de 30-1-1985).

b) A partir sobre todo de las sentencias de 14-11-1986, 13-2-1987 y 2-4-1987, la jurisprudencia se ha desenvuelto por cauces distintos.

- La libre apreciación de agravantes genéricas *ex novo*, o no invocadas, supone una vulneración del art. 24.1 de la Constitución, al propiciar situación de indefensión, por lo que se estima ineficaz y derogado el penúltimo párrafo del art. 733 de la LECr. (Sentencias de 4-11-1986, 2-4-1987, 21-4-1987, 30-9-1988, 17-6-1989, 22-2-1990, 5-3-1990, así como sentencia del Tribunal Constitucional 205/1989, de 11 de diciembre).
- Sin plantear la tesis no es posible elevar el grado de participación a los acusados respecto al calificado por las acusaciones (Sentencias de 21-9-1988, 30-9-1988, 4-4-1990).
- No es preciso hacer uso del art. 733 ante el cambio de calificación delictiva, siempre que exista una verdadera homogeneidad y no se imponga pena mayor que la solicitada. Pero sí es indispensable la facultad del art. 733 cuando entiende el Tribunal que procede calificar los hechos de manera más grave o cuando entiende que los delitos objeto de acusación no han sido certeramente calificados, procediendo a su juicio calificarlos de modo distinto aunque se hallen igualmente o más benignamente sancionados que la infracción objeto de acusación. La excepción estriba en que entre el delito incriminado y el propuesto por el Tribunal exista una homogeneidad patente (Sentencias de 21-9-1988, 30-9-1988).

## V

Pero la moderna corriente jurisprudencial no ha rectificado todavía las reiteradas decisiones recaídas sobre los arts. 733 y 851.4 de la LECr. en orden a la posibilidad de rebasar el quantum de la pena solicitada por las acusaciones. En consecuencia, lo único que siguen impidiendo aquellos preceptos al Tribunal es sancionar «un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación», pero no imponer la pena prevista para el delito de que se acusó en extensión mayor a la instada por la acusación, dado que es materia reservada por la ley a la discrecionalidad del Tribunal (Sentencias de 21-10-1988 y 12-6-1989). Tesis recogida en las más recientes sentencias sobre la materia, de 20 y 6-6-1990, en las que se afirma que capacidad para vincular al juzgador en aras a la necesaria congruencia, sólo la tienen el hecho por el que se acusa —no se pueden incluir en la sentencia hechos nuevos en perjuicio del reo— y la calificación jurídica de las acusaciones, pero la fijación de la pena en su clase o cuantía no sirve como elemento delimitador del hecho punible, pues en este punto impera el principio de legalidad que necesariamente el Tribunal ha de respetar; por lo que no hubo infracción del principio acusatorio ni del derecho a ser informado de la acusación si la sentencia condenó a 2 años y 4 meses de prisión y privación del carnet de conducir por 10 años por imprudencia temeraria, a pesar de que las acusaciones habían solicitado 1 año de prisión y 3 años de privación del carnet. A pesar de ello el art. 794.3, primer inciso, literalmente parece decir algo distinto, ya que impide al Tribunal «imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones». Sí se atiende al estricto tenor, como se observa en la Consulta, ha de concluirse que el juzgador no puede imponer pena superior a la concreta pedida por la más grave de las acusaciones, con lo que la contradicción con el art. 851.4 y la jurisprudencia que lo interpreta es manifiesta. Así, para el procedimiento abreviado hay falta de correlación entre acusación y sentencia si esta impone mayor pena, cualquiera sea el exceso, que la pedida por la acusación. Y en el procedimiento ordinario la sentencia guarda congruencia o correlación con la acusación, cumpliéndose el principio acusatorio, si impone una pena homogénea que sea reflejo de la acusación aunque supere a ésta. Como prevalece la idea de que media una radical antítesis entre las normas referidas, deben imperar los términos del art. 794.3, extendiéndose a todos los procedimientos, pues como apuntábamos en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, es conveniente e incluso necesario «trasladar al procedimiento ordinario, que subsiste para los delitos graves, principios y reglas de este nuevo procedimiento, que, en cuanto responden al espíritu de nuestra Constitución y a los términos en que el Tribunal Constitucional viene interpretando el principio acusatorio y el derecho de defensa, deben trascender más allá de los términos concretos de la norma que los acoge y aplicarse en la totalidad del proceso penal. Sea ejemplo de ello la interdicción contenida en el art. 794.3 de que la sentencia imponga pena que exceda de la más grave de la pedida por las acusaciones o condene por delito distinto cuando este conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado... Es evidente que el sometido a un proceso por delito grave, no puede ser privado de garantías que la ley reconoce al que es enjuiciado siguiendo el procedimiento abreviado, y que en todo lo que constituyan garantías y respeto a los derechos fundamentales debe hacerse aplicación, si preciso fuera, de la analo-



gía *in bonam partem*». Realmente, con el párrafo transcrito se eliminan la objeción que se opone en la consulta a la interpretación literal —que en los delitos más graves existiría un mayor rigor, al poder el Tribunal imponer pena más elevada que la solicitada— y se da solución a la misma, pues del pasaje reflejado se desprende la imposibilidad de imponer pena mayor que la concretamente solicitada por las acusaciones conforme al art. 794.3 y la extensión de éste al procedimiento ordinario.

Dentro de lo que hemos llamado *vinculatio poenae* es de señalar que así como en el art. 851.4.º la vinculación tiene unos límites más amplios sobre los cuales el Tribunal puede moverse —la pena señalada al tipo abarcada por las facultades legales discrecionales— en el art. 794.3 la petición correcta de pena hecha por la más grave de las acusaciones marca el techo que el Tribunal no puede sobrepasar. Ello es, además, efecto del derecho constitucional de todo acusado de ser informado de la acusación formulada, ligado al derecho de defensa, que comprende no sólo la información precisa sobre el delito acusado, sino también sobre la pena solicitada. Únicamente así se podrá conocer y refutar la imputación y ejercitar el legítimo derecho de defensa.



**LIBERTAD CONDICIONAL: SOBRE SI EL REQUISITO DE HABER CUMPLIDO LAS TRES CUARTAS PARTES DE LA CONDENA ES APLICABLE A LOS PENADOS AFECTOS DE ENFERMEDAD GRAVE**

**Consulta núm. 4/1990 de 5 de noviembre**

**I**

El tema central planteado en la Consulta es el de la compatibilidad del art. 60, párrafo segundo, del Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981 con el artículo 98.2 del Código Penal. Mientras para esta última norma es presupuesto ineliminable del beneficio de la libertad condicional que el sentenciado hay extinguido las tres cuartas partes de la condena, el precepto reglamentario establece que los penados podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional sin necesidad de haber cumplido las tres cuartas partes de aquél, cuando «se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Ha surgido esta cuestión a propósito de la planificación del beneficio de la libertad condicional a penados afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (S.I.D.A). Y ante ella caben dos géneros de consideraciones, con resultados distintos. Por un lado, la aplicabilidad del art. 60 del Reglamento Penitenciario estaría avalada por evidentes razones de justicia material, pues aparte de que el art. 81 del Código Penal establece que «no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto», en los casos de enfermedades irreversibles las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado. Pero, en sentido contrario, hay que hacer estas observaciones; la primera, que el art. 98 del Código Penal regula una institución que tiene como finalidad constituir un medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido (art. 5 de la Ley de 23 de julio de 1914), fin al que no responde la libertad condicional otorgada conforme al art. 60 del Reglamento Penitenciario; y la segunda, que cabe cuestionar si la Administración Penitenciaria cumple el deber que le corresponde de velar por la salud de los reclusos enfermos, cuando, lejos de prestarles la asistencia sanitaria debida, les concede la libertad condicional por ser enfermos graves abandonándolos a su suerte cuando más asistencia necesitan. Y no debe desconocerse que las Comisiones de Asistencia Social y la Administración Pública no están en condiciones de facilitar la asistencia que aquellas personas precisan.

## II

En orden a los hechos concretos que han motivado la consulta, se precisan del siguiente modo:

La aplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario se circunscribe esencialmente a los supuestos de internos que han desarrollado el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los denominados complejos asociados al SIDA y que se encuentren en fase terminal de la enfermedad. Para valorar la incidencia del problema que se plantea, debe señalarse que, según datos estimados, entre el 50 y el 70 % de la población reclusa del territorio ha generado anticuerpos frente a la enfermedad (VIH+), lo que hace prever el desarrollo de ésta en un plazo de dos a siete años. En Cataluña, en donde se han transferido prácticamente la totalidad de las competencias en la materia por el RD 3482/1983, las enfermerías de los establecimientos de reclusión —singularmente la de Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona con 2.200 internos— no siempre reúnen las condiciones exigidas por la Ley, no existe Hospital Penitenciario y la asistencia sanitaria extrapenitenciaria se canaliza por el momento a través del Departamento de Confinados, con 10 camas, en el Hospital Clínico Provincial de Barcelona, lo cual, obviamente, no garantiza el cumplimiento de lo previsto en el art. 3.4 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Más esto no sucede solo en la comunidad Autónoma de Cataluña, sino también en los Centros Penitenciarios del resto del Estado, por lo que es preciso el desarrollo de las redes hospitalarias, o, alternativamente, el perfeccionamiento del sistema de colaboración con la red pública hospitalaria extrapenitenciaria.

En estas condiciones, la aplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario a los condenados aquejados de SIDA coadyuvará a paliar las deficiencias estructurales existentes por cuanto, de un lado, se da inmediata satisfacción al interno que ansía en cualquier caso la libertad, se liberan las tensiones que se generaría en las condiciones descritas y, en fin, se alivian pesadas cargas para la Hacienda Penitenciaria derivadas de enfermedades de largo desarrollo. De este modo, el Estado que, a través de uno de sus órganos, la Administración de Justicia ha impuesto penas privativas de libertad, y que a través de otro, la Administración Penitenciaria, ha asumido la función de ejecutarlas y la tutela de valores fundamentales, como la salud, traslada su inicial responsabilidad de procurar la necesaria asistencia sanitaria hasta el fallecimiento, a las familias que suelen acogerlos en situaciones habitualmente dramáticas.

## III

En la Consulta se hacen también consideraciones técnico-jurídicas sobre la libertad condicional, sus requisitos y la eficacia o no de la excepción prevista en el art. 60, párrafo segundo del Reglamento Penitenciario.

1. Se dice en primer lugar que la institución de la libertad condicional, conforme al principio de individualización científica de la condena, rector de la legislación penitenciaria vigente, constituye el cuarto grado de tratamiento penitencia-

rio, y se configura como un período de transición entre la vida en reclusión y la libertad definitiva, justificado por el éxito que los efectos de prevención especial de la pena han desplegado sobre el sujeto durante el tiempo transcurrido en medio cerrado.

Son presupuestos para su concesión que el sentenciado lo hay sido a penas de más de un año de privación de libertad, que se encuentre en el último grado de la condena y que haya extinguido las tres cuartas partes de esta. Y sus requisitos son dos. Uno implica la adaptación del interno a la vida regimental del Centro (que merezca el beneficio por su intachable conducta), y el otro se basa en consideraciones de orden criminológico (que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad). Así se desprende de los arts. 98 del Código Penal y 58 del Reglamento Penitenciario.

2. Pero los presupuestos para la obtención de la libertad condicional, conforme al art. 98 del Código Penal, quiebran merced a la existencia del art. 60 del Reglamento Penitenciario, que dispone que «los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional.

Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Así, el precepto reglamentario facilita el acceso al cuarto grado de tratamiento penitenciario a internos que, aún lejos de cumplir las tres cuartas partes de la condena, se encuentren en alguno de los dos casos descritos, y gocen en el momento de la incoación del expediente del tercer grado y cumplan los requisitos de conducta y criminológicos referidos anteriormente. En la práctica el presupuesto exigido por el Código Penal de que el penado ostente el tercer grado, se cumple formalmente merced a compasivos informes-propuestas de los Equipos de Tratamiento por el Centro Directivo, conociendo ambos órganos previamente del estado de salud del interno.

3. En lo estrictamente jurídico, el art. 60 del vigente Reglamento Penitenciario, heredero del art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de febrero de 1956 y del art. 23 del Decreto de 22 de marzo de 1932, goza de apoyo en un sector de la doctrina penitenciarista. Se arguyen en su defensa razones de justicia material que concurren en el fundamento de la excepción, perceptibles con facilidad, como son las dificultades para delinquir y la escasa peligrosidad de los posibles beneficiarios; y razones humanitarias, integrándose en ellas la familia del interno, el propio penado y el resto del colectivo social como directa o indirectamente favorecidos por la aplicación de la excepción reglamentaria. De las razones apuntadas se hicieron eco, en reuniones celebradas, los Jueces y fiscales de Vigilancia Penitenciaria, constatándose las dificultades de ofrecer solución jurídica satisfactoria para penados en condiciones de salud como las descritas, y cuyo perfil personal, familiar, psicológico, penal y criminológico no se ajustara a las variables de tal carácter trazadas en la legislación penitenciaria a modo de requisitos para el adelantamiento de la excarcelación.

Pero los motivos expuestos, aunque poderosos, no desvirtúan la presumible ilegalidad del art. 60 de Reglamento Penitenciario, por cuanto a través de una

norma reglamentaria se prescinde de un requisito esencial establecido en el art. 98.2 del Código Penal, haber cumplido las tres cuartas partes de la condena, lo que resulta contrario al principio de jerarquía normativa establecido por el art. 9.3 de la Constitución, el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 1.2 del Código Civil.

De otro lado, se ha puesto de relieve la distinta fundamentación del instituto de la libertad condicional y de su excepción (tratamiento penitenciario de aquél, pietismo en ésta). Finalmente, se ha observado que a través de la excepción se obtiene la impunidad por vía penitenciaria confiando a esa legislación problemas propios del Derecho Penal sustantivo.

La cuestión que se plantea tendría especial relevancia práctica en el caso de que, ante las dos opciones posibles, se diera prioridad a la que considera contrario al principio de jerarquía normativa el art. 60 del Reglamento Penitenciario y, por tanto, nula de pleno derecho —conforme al art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, la norma en él contenida que posibilita la excarcelación anticipada de enfermos incurables. En este caso los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria deberán oponerse a la concesión de la libertad condicional, salvo cuando concurren los requisitos del art. 98 del Código Penal. De prosperar esta tesis significaría la ineficacia en la práctica, por su no aplicación, formalmente válida aún cuando discutible jurídicamente.

Indicar, por último, que el problema que presentan ahora los enfermos incurables ya se había planteado respecto a los septuagenarios, aunque desde la perspectiva penal y no administrativa por Jiménez de Asúa, impulsor del Decreto citado de 22/3/1932, y también en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1968, en orden a la supresión del requisito temporal del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena y, muy concretamente si dicha suspensión contenida en una norma con rango de Decreto podía vulnerar otra con rango de ley forma o, por el contrario, se producía una infracción del principio de jerarquía normativa establecido entonces en el art. 1.2 del Código Civil y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy, con rango fundamental, en el art. 9.3 de la Constitución Española.

#### IV

Y, en fin, el objeto propio de la Consulta se concreta así: si en lo sucesivo los Fiscales deberán continuar informando los expedientes de libertad condicional, conforme a los acuerdos de las reuniones de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en sentido favorable a la concesión del beneficio citado para todos los penados con enfermedad grave terminal o SIDA en estado avanzado, en las condiciones en que se viene realizando, o si, habida cuenta de las razones jurídicas expuestas, han de oponerse a la concesión de la libertad condicional, pero instando en este caso por los cauces jurídicos establecidos (art. 4.3 y 1 de Estatuto de Ministerio Fiscal en relación con el art. 77 de la Ley General Penitenciaria) la inmediata adopción por la Administración Penitenciaria de medidas tendentes a asegurar el tratamiento terapéutico a los penados con enfermedad grave en fase terminal, singularmente SIDA, mediante la creación del Hospital Penitenciario o concertado, con suficien-

te capacidad con el fin de satisfacer el mandato legal previsto en los arts. 3 de la Ley Orgánica Penitenciaria y 138 del Reglamento.

## V

1. El tratamiento privilegiado en la aplicación de la libertad condicional para «enfermos muy graves, con padecimientos incurables», como dice el art. 60, párrafo segundo, del Reglamento Penitenciario, o para los afectados de «enfermedad grave o irreversible», en expresión del art. 336.4 e) de la norma reglamentaria, tiene su origen en el Real Decreto del Ministerio de Justicia de 29 de julio de 1977. Por virtud de esta disposición se sujetaron al régimen que preveía para los septuagenarios el art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. En el artículo 60 del Reglamento de 8 de mayo de 1981 permanece la asimilación. Coinciden ambos Reglamentos en modificar el sistema común del Código Penal, pues a los enfermos graves e irrecuperables se les puede otorgar la libertad condicional sin haber extinguido las tres cuartas partes de la condena, como requiere, sin embargo, el art. 98.2 del Código Penal. Pero los presupuestos a que condicionan la excepción no son los mismos en los referidos Reglamentos. Un menor rigor presidía el texto reglamentario de 1956.

En su redacción originaria, el art. 54 del Reglamento de 2/2/1956, establecía que «no obstante lo dispuesto en el art. anterior, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, habiendo dado pruebas de intachable conducta y ofreciendo garantías de hacer vida honrada en libertad, podrán ser propuestos para la concesión del beneficio de libertad condicional, cualquiera que sea el período de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido en su penas respectivas». El RD de 29/7/1977 adicionó un segundo párrafo expresivo de que «igual sistema se seguirá cuando, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

El primer párrafo del art. 60 del actual Reglamento modifica el inciso primero del art. 54 del Reglamento de 1956, siendo ahora su tenor literal el siguiente: «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional». El párrafo segundo, referente a los enfermos muy graves es idéntico al párrafo segundo del art. 54 del anterior Reglamento.

Desaparecen en el art. 60 los requisitos del art. 54 de la intachable conducta y la garantía de ofrecer vida honrada en libertad, sin duda por estar previstos de modo general en el art. 98.3 y 4 del Código Penal. Y se confirma que la única excepción para estos destinatarios es que la libertad condicional se concede sin que concurra el requisito de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena. Pero si conforme al artículo 54 la libertad condicional procedía «cualquiera que sea el período de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas», desaparecidas estas expresiones, ahora ciertamente, los enfermos muy graves pueden ser propuestos para la libertad condicio-

nal sin haber extinguido las tres cuartas partes, pero siempre que «reúnan los requisitos establecidos».

2. El citado giro tiene varias proyecciones. Si nos fijamos ahora en el orden gradual y temporal, debe concluirse que los enfermos graves beneficiarios, serán sólo los que se hallen en un determinado grado y tipo de régimen y hayan cumplido una determinada fracción o parte de la condena impuesta. Si los enfermos graves en el sistema penitenciario anterior podían obtener la libertad condicional, cualesquiera fuera el período o grado en que se encontraran y el tiempo de pena cumplida, ahora no es así.

Pero ¿en qué grado deben estar clasificados y qué tiempo han de haber cumplido los enfermos graves para optar a la propuesta de libertad condicional? Analizamos estos dos temas porque, aún cuando lo que directamente plantea la Consulta es la legalidad o no del adelantamiento de la libertad condicional, los requisitos que han de concurrir es cuestión previa cuyo examen y resultado puede reducir el problema que en la Consulta adquiere grandes proporciones. La conclusión a obtener es que no todos los enfermos graves en un momento determinado pueden ser propuestos anticipadamente para la libertad condicional, sino solo quienes «reúnan los requisitos establecidos».

Si la libertad condicional constituye el cuarto grado de tratamiento penitenciario, solo quienes se hallen en el inmediatamente anterior, el tercero, pueden acceder a la libertad condicional. En este sentido, el art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria expresa que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional. Los grados segundo y tercero se cumplirán, respectivamente, en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Nos interesa aquí el tercer grado o de régimen abierto, requisito general que ha de concurrir en todos los internos propuestos para la libertad condicional y también en todas las propuestas de libertad condicional anticipada, sujetas a los criterios comunes de clasificación, aplicando las circunstancias de progresión del art. 65.2 de la Ley General Penitenciaria y no razones derivadas de la enfermedad del interno. Que la clasificación en tercer grado es siempre esencial a la propuesta, se infiere del art. 61 del Reglamento Penitenciario, cuando dice que para iniciar la tramitación de los expedientes de libertad condicional, se atenderá a que «el penado va a cumplir las tres cuartas partes de su condena y se halla clasificado en tercer grado». Como la única excepción para los enfermos graves es la derogación del presupuesto temporal de haber cumplido tres cuartas partes de la condena, hallarse en el tercer grado es indispensable para el disfrute de la libertad condicional.

Ahora bien ¿para la clasificación en tercer grado se requiere un mínimo legal de cumplimiento de la pena, que estará en función de su gravedad, o puede constituir una clasificación inicial para lo que bastará tener en cuenta la personalidad del delincuente y sus posibilidades de regeneración? La necesidad de atender a la duración de las penas y a mínimos temporales de internamiento en el sistema de individualización científica entendemos que es preceptivo, si bien en conjunción con el criterio de la personalidad del interno y su tratamiento. No otra cosa podemos deducir del art. 63 de la Ley General Penitenciaria; tras señalar que para la individualización del tratamiento se realizará la clasificación expresa que «la cla-



sificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena». Y el art. 251 del Reglamento Penitenciario dice que «para el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de la condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente ya calificadas las otras variables intervinientes en el proceso o calificación... En estos supuestos será necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables no inferior a dos meses de estancia real en el Centro». Es cierto que, conforme al art. 43.2 del Reglamento, la clasificación en tercer grado puede ser inicial o por evolución favorable del segundo grado, pero aquella no será anterior a los dos meses de estancia en el Centro. La conclusión es que será necesario un mínimo de internamiento y que, como norma general, para el acceso al tercer grado es preciso el cumplimiento de la cuarta parte de la pena impuesta.

3. Pero el adelantamiento de la libertad para los enfermos graves no quiere decir que la libertad condicional a conceder sea automática o que procede en cuanto se acredite el *quantum* de la pena cumplida y el período o grado de condena. «Reunir los requisitos establecidos», como dice el art. 60, párrafo primero del Reglamento tiene una mayor amplitud.

Por lo pronto, ha de constar un buen comportamiento mostrado por el penado durante el tiempo de reclusión y una futura trayectoria positiva de conducta en el período inmediato de cumplimiento en libertad. A ellos se refiere el arts. 98.3 y 4 del Código Penal.

El artículo 98.3 aún menciona la intachable conducta. En el expediente para la propuesta de libertad condicional de la Ley General Penitenciaria y su Reglamento no hallamos considerada la buena conducta. Sin embargo, para la clasificación es importante la conducta penitenciaria o conducta global del interno (arts. 65.2 de la Ley y 243 del Reglamento), y para la progresión a tercer grado (art. 251 del Reglamento) se valora especialmente la buena conducta (art. 270.5 del Reglamento). Conforme al Reglamento de 1956 (art. 59), en la propuesta de libertad condicional debía figurar copia del expediente del interesado en el que figure su conducta disciplinaria. Más a partir de la modificación del Decreto de 15/1/1968, el informe sobre la conducta se sustituye por «un informe del equipo que haya intervenido en la observación y tratamiento penitenciario del interno, pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto».

Si no se exige que en la propuesta de libertad condicional figure información concreta sobre la conducta, sí se requiere informe del Equipo de Tratamiento (arts. 270.6 y 336.4 f) del Reglamento) para otorgar la libertad condicional, que irá fundamentado según lo dispuesto en el art. 67 de la Ley, en el estudio científico de la personalidad del penado; esto es, entre otras cosas, lo que «se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional» (art. 67 de la Ley). Más como en el art. 98.3 sigue estando la conducta intachable como requisito, esta deberá limitarse al comportamiento penitenciario, y se dará siempre que no existan viciencias faltas disciplinarias de entidad (art. 128 del Reglamento).

Ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, término del art. 98.4 del Código Penal, es equiparable al que se emplea en la Ley (art. 67) y el Reglamento

(art. 336.4 f) relativamente al informe del Equipo de Tratamiento, que consistirá «en un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad» o «al pronóstico criminológico sobre su comportamiento futuro» (art. 270.6 del Reglamento). De todas formas hay que distinguir con la mejor doctrina dos casos. Cuando la situación en tercer grado es previa y de cierta continuidad al tiempo de la propuesta de libertad condicional, esta operará de modo automático si en sus salidas del establecimiento hace vida normal y de trabajo. Y cuando son simultáneas la progresión al tercer grado y la propuesta de libertad condicional, sin haber disfrutado por tanto aún del régimen abierto, las garantías que deberá ofrecer el interno son las recogidas en el art. 62 del Reglamento.

En ningún caso podrá proponerse para tercer grado y, por tanto, no disfrutarán de la libertad condicional si al interno le quedan causas en situación preventiva (art. 252, párrafo segundo del Reglamento).

4. Pero para el supuesto excepcional de libertad condicional anticipada que regula el art. 60 del Reglamento, es *condictio iuris* la grave enfermedad del interno. En una ocasión el Reglamento hace referencia al enfermo [«enfermos muy graves», según el art. 60) y en otra, a la enfermedad («enfermedad grave», dice el art. 334). Aunque pueda haber diferencias entre los calificativos de «muy graves» y «graves», es lo cierto que en ambos preceptos después se equiparán al expresar, respectivamente, «padecimientos incurables» y «enfermedad irreversible». No, por tanto, cualquier enfermedad grave, sino aquellas que han entrado en su último período, y sin que quepa además la posibilidad de volver del estado a que se llega a otro anterior más benigno. El informe facultativo ha de proceder del Médico del Establecimiento (art. 336.4) del Reglamento].

Todos los antecedentes justificativos de los requisitos de la libertad condicional serán comprobados por la Junta de Régimen y Administración antes de elevar la propuesta al Juez de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación (art. 63 del Reglamento). Una vez que la propuesta tiene entrada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación (art. 63 del Reglamento). Una vez que la propuesta tiene entrada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se remite al Ministerio Fiscal para informe. Y emitido éste, el Juez de Vigilancia resuelve (art. 72.2. b) de la Ley). El Ministerio Fiscal comprobará que de los términos de la propuesta se extraerán todos los requisitos establecidos, incluido el carácter irreversible o incurable de la enfermedad, por lo que el expediente de adelantamiento de la libertad condicional puede estar formalmente completo. En tales casos ¿el informe del Ministerio Fiscal deberá ser favorable o contrario a la concesión del beneficio de la libertad condicional? Esta es, justamente la alternativa que plantea la Consulta. El pronunciamiento en favor de la solución positiva choca con la legalidad de la que el Ministerio Fiscal es el más cualificado defensor (arts. 134 de la Constitución y 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal). El principio de legalidad en materia penal alcanza también a la legalidad en la ejecución de las penas (art. 81 del Código Penal y 990 de la LECr.). Luego siempre que se advierta discordancia entre las normas del Código Penal y disposiciones reglamentarias, éstas no deberán aplicarse. El art. 98.2 del Código Penal no autoriza a prescindir del requisito de que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena. Al contrario, lo exige de modo imperativo. La referencia conjunta en el art. 81 del Código Penal a que las penas se ejecutarán en la forma prescrita «por la Ley y reglamentos», no

presupone que pueda alterarse la jerarquía normativa, sino que sólo se aplicarán los reglamentos que sean conformes a ley. El art. 9.3 de la Constitución garantiza tanto el principio general de legalidad como el de jerarquía normativa, que afirma la supremacía de la Ley, sin que pueda ser arbitrariamente alterada, por lo que los Jueces y Tribunales (art. 6 de la LOPJ) no aplicarán los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarias a la ley o al principio de jerarquía normativa, y las disposiciones que contradigan otras de rango superior carecen de validez (art. 1.2 del Código Civil). Todas estas normas son conocidas y valoradas jurídicamente en la Consulta.

## VI

Superada históricamente la fase de las cárceles-custodia y la fundamentación puramente expiatoria y retributiva de las penas privativas de libertad, se reconoce en todos los sistemas penitenciarios avanzados que el recluso, a pesar de encontrarse en una especial situación jurídica de sujeción frente a la Administración penitenciaria, no por ello pierde su esencial condición de persona y la dignidad y derechos fundamentales que le son inherentes, y de modo preeminente el derecho a la salud. Así, el art. 25.2 de la Constitución española reconoce expresamente la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. En todo caso tendrá derecho... al desarrollo integral de la personalidad». Y en el art. 43.1 se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Con total respeto a este marco constitucional, el art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26/9/1979 prescribe que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia... La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos».

Este reconocimiento general, además de plasmarse en unas normas concretas que regulan la infraestructura personal y material de la sanidad penitenciaria (arts. 36, 40 de la Ley), se complementa en el Reglamento Penitenciario, al expresar su art. 8, c) que los Establecimientos penitenciarios se organizarán conforme al criterio de que la asistencia médica se prestará en análogas condiciones que las de la vida libre.

Junto al primer nivel de la previsión de asistencia general penitenciaria existen otros. Uno es el que requiere la atención sanitaria en Establecimientos especiales, hospitalarios o psiquiátricos; el ingreso en ellos se acuerda por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias previa propuesta de la Junta de Régimen y Administración, con simple dación de cuenta a la autoridad judicial de quien depende el detenido o preso o al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso de los penados (art. 57 del Reglamento). El último nivel de asistencia sanitaria lo constituye la atención en Centros hospitalarios extrapenitenciarios «en caso de necesi-

dad o de urgencia» (art. 36.2 de la Ley desarrollado por el RD. 319/1988, de 30 de marzo).

Es, pues, obligación esencial que se impone a la Administración penitenciaria, la de prestar la asistencia debida, incluso extrapenitenciaria, a todos los internos enfermos. Obligación que no sólo no se extingue sino que se acentúa cuando se trate de enfermos irrecuperables o incurables en fase terminal. Más, según se indica en la Consulta, tal deber para los portadores graves de SIDA no es de fácil cumplimiento con los medios materiales y personales de que actualmente se dispone, situación que contribuye sin duda los requisitos del art. 60 del Reglamento Penitenciario aunque no el del art. 98.2 del Código Penal. Lo más ajustado a la legalidad sería que la Administración penitenciaria estuviera en condiciones de cumplir rigurosamente su deber de tratamiento e instar en casos especiales medidas de gracia compatibles con la asistencia postpenitenciaria, evitando el riesgo que para la salud pública pueden representar estos enfermos no curados en libertad.

No desconocemos que desde el punto de vista de la legalidad estricta resulta impecable la inaplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario por falta de cobertura legal. Pero aún así ¿cabem otras soluciones al grave problema, social y humano, que se presenta en algunos Establecimientos penitenciarios con latas cifras de enfermos del SIDA en fase terminal, que resultan notoriamente insuficientes para atenderlos, o que carecen de los medios adecuados, dificultando así que el tratamiento terapéutico alcance a todos en la forma debida? El hecho cierto es que al aparecer la muerte para ellos como algo inexorable y no lejano, se impide totalmente a los internos con enfermedad irreversible la corrección real y la consecución de la fin primordial de reinserción social requerido por la constitución (art. 25) y la Ley General Penitenciaria (art.1). Motivaciones humanitarias aconsejan la excarcelación anticipada. Si, de modo general, las razones humanitarias no pueden alegarse para dejar sin aplicación un mandato legal (el art. 98.2 del Código Penal), pues ello conduciría siempre al virtual incumplimiento de la pena, sí es oportuno valorarlas en casos singulares. De igual modo, motivos de justicia material y otros fundados en que la Administración Penitenciaria no siempre está en condiciones de facilitar la asistencia precisa a los internos aquejados de SIDA en fase terminal, han de contribuir a dulcificar la interpretación de normas que, no coincidiendo totalmente con las contenidas en una ley formal, se conforman con el principio constitucional de la dignidad de la persona y con la necesidad de humanizar el cumplimiento de las penas. La vía de la equidad tampoco debe ser ajena a la solución de especiales supuestos. De ahí que el Misterio Fiscal pueda, como hasta ahora, seguir informando en sentido positivo las solicitudes de libertad condicional en que los interesados sean enfermos graves e irrecuperables, pero no de modo automático o general sino con carácter singular y concurriendo los requisitos, ya examinados, requeridos por el art. 60 del Reglamento penitenciario, aunque no se haya cumplido aún el previsto en el art. 98.2 del Código Penal.

Por último, señalar que este modo de interpretar el art. 60 de la norma reglamentaria es el que parece informar reformas legislativas en proyecto y resoluciones del Tribunal Supremo. En el primer sentido, expresar que el art. 85 del borrador de anteproyecto de Código Penal que el Ministerio de Justicia ha dado a la publicidad este mismo mes, incorpora el contenido del art. 60 del Reglamento

Penitenciario. Y en el segundo, destacar que la Sala de Vacaciones del Tribunal Supremo dictó el 19/8/1988 un auto en el que, a propósito de la incompatibilidad o no del art. 60 tantas veces citado con el art. 98.2 del Código Penal, se declaraba que «no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aún no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 de la Constitución, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el art. 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas.



## INCENDIOS FORESTALES

### Instrucción núm. 4/1990, de 25 de junio

1. La riqueza forestal española está siendo agredida de modo continuado desde diversos puntos, en los que es de presumir la nota de intencionalidad. El resultado final previsible será de desertización de nuestro territorio, capítulo en el que tienen un claro protagonismo los incendios forestales y la contaminación, traducción jurídica del delito ecológico en sentido amplio, si atendemos al verdadero bien jurídico protegido. El pasado año, como los precedentes, ha sido en este orden especialmente catastrófico, con un progresivo y alarmante aumento del número y extensión que han afectado a la riqueza forestal y a bellos parajes naturales.

La conservación, defensa y fomento de las masas forestales debe ser obra urgente de todos si no queremos que sean una absoluta realidad la frase de Unamuno, de que en España llaman tierra de campos a lo que sólo es campo de tierra, y los versos de Machado en los que afirmaba que el hombre castellano, tras incendiar los bosques, ya en páramos malditos, trabaja, sufre y yerra. La Fiscalía General del Estado ha de contribuir, en cooperación con los restantes poderes públicos, a ese deber, impartiendo instrucciones a tener en cuenta sobre los incendios forestales, unas en el plano de la prevención y otras en el de la represión.

2. Ahora, al acercarse al época estival, nos hacemos eco nuevamente de la gran tragedia ecológica que significan los incendios forestales que cada año, lejos de disminuir, se agigantan, convirtiendo en zonas desérticas decenas de miles de hectáreas. Su extrema gravedad es de dominio público y preocupa igual que todos los problemas de medio ambiente a la generalidad de los españoles, según revela un sondeo de opinión encargado por la Comisión Europea y dado a conocer en Bruselas el 7 de febrero de 1989. Cuando se preguntó a los españoles si la protección del medio ambiente es un problema urgente, un 74 % contestaron que sí.

La situación no decrece, sobre todo en el área de los incendios forestales. Baste decir que en 1989 se registraron más de 100.000 incendios forestales; ardie-ron casi 390.000 hectáreas, de las que aproximadamente 15.000 eran arbolado. El valor de las pérdidas materiales superó los 16.000 millones de pesetas. Aproximadamente el 60 % de los incendios afectaron a nuestros montes atlánticos, de forma especial, a Galicia; por consiguiente la repercusión del fenómeno en este año 1989 en España fue muy superior al resto de los países mediterráneos y, además, estuvo influida por la mayor sequía conocida en los últimos tiempos.

Estas consideraciones por sí solas justificarían la presente Instrucción, que no representa un hecho nuevo, pues el problema concreto de los incendios forestales

que amenaza con convertir en un desierto la Península Ibérica ha sido ya objeto de atención en anteriores Memorias. Así en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986, se recogen con detalle datos de la situación de las zonas más afectadas por esta lacra, especialmente Galicia y el Levante español, en las que se hacen propuestas de prevención y represión a las que ahora nos remitimos. En la Memoria de 1987, junto a un breve examen y crítica de los delitos contra el medio ambiente y los delitos de caza, se efectúan igualmente algunas consideraciones sobre los incendios. No obstante, el documento más directo lo constituye la Instrucción 1/1986, conteniéndose en la misma órdenes precisas, que siguen conservando actualidad.

Realmente lo lamentable es que, la mayor parte de estos incendios son provocados y quedan impunes sus autores, al ser desconocidos. Unos directamente queridos en su totalidad y otros sólo en su iniciación. Entre los primeros, las causas pueden ser de muy diversos tipos: venganzas, hacer bajar el precio de la madera, oposición a las repoblaciones realizadas, incluso los producidos por los contrabandistas para distraer la vigilancia de las Fuerzas del Orden Público y conseguir así su fin, etc... A la segunda modalidad de incendios provocados pertenecen los causados por gentes del campo de algunas regiones españolas (pastores y labradores) que estimando incompatible la ganadería y la agricultura con la existencia de masas arbóreas, siguen la costumbre heredada de sus antecesores encaminadas a eliminar matorrales, o quemar rastrojeras o regenerar el pasto, pero que después se extiende al arbolado de forma incontrolada y termina incendiando el bosque.

Estas circunstancias unidas a las especiales condiciones climáticas de nuestro país, así como un complejo entramado de intereses económicos de diversa procedencia, han convertido los incendios forestales en uno de los fenómenos criminológicos más importantes de los últimos tiempos.

Por consiguiente en estos casos deben acentuarse las medidas de prevención y de descubrimiento de sus autores; no son ajenas a las primeras aquellas medidas que pasan por la educación medioambiental de los ciudadanos pues la protección del medio ambiente aparece recogida en el art. 45 de la Constitución Española y su defensa según el núm. 2 del referido artículo, es compromiso obligado de todos los poderes públicos y deber de todos los ciudadanos, lo que supera una visión puramente económica del derecho medioambiental y así recordamos que la Orden de 17 de octubre de 1982, por la que se aprueba el Plan Básico de lucha contra los incendios forestales, afirma en su preámbulo no sólo el grave problema social y económico que representa, sino también su grave repercusión en la climatología, y medio ambiente por la destrucción de extensas masas forestales, factores estos que son indispensables para el desarrollo integral de la persona.

3. Se decía ya en la Instrucción 1/1986 que la actividad propia del Ministerio Fiscal se desenvuelve en un plano distinto al de la función administrativa, que se encamina bien a la prevención directa de incendios forestales, o a la conservación de parajes que contribuyen a la belleza de nuestro entorno. Pero ello no es obstáculo para que el Ministerio Fiscal colabore en la medida de sus posibilidades con las autoridades que, en los respectivos territorios autonómicos, se hallan encargadas directamente de la política de defensa de los bosques, cooperación que se extenderá, si ello fuere necesario, a la observancia e interpretación de las medidas precautorias que están sancionadas legalmente (Ley de 5 de diciembre 1968 sobre



prevención y lucha contra incendios forestales, Decreto de 23 de diciembre de 1982 y Orden de 17 de junio de 1982 por la que se aprueba el Plan Básico de lucha contra los incendios forestales); y de otra parte, interesar de la Policía Judicial y servicios técnicos de la Administración su vigilancia, de forma especial de aquellos Cuerpos más relacionados con los montes; como pueden ser los Cuerpos de guardería forestal y de la Guardia Civil, si bien los mismos constituyen más la excepción que la regla y, es justo decirlo, las demás fuerzas del orden sólo ocasionalmente reciben cursos o formación que pueda capacitarles en la investigación de materia tan especializada.

Es necesario que el Ministerio Fiscal esté en contacto con la realidad medioambiental, sus irregularidades y problemas, lo que es indispensable para la defensa del interés social al que constitucionalmente se encuentra obligado. Por ello deberá desarrollar su propia iniciativa al amparo de lo establecido en el nuevo art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado conforme a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre y el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), yendo en busca de la «notitia criminis» cuando ésta, que se sabe que existe, no llega a la Fiscalía ni en muchas ocasiones al Juzgado de Instrucción, por diversas causas, como la falta de solidaridad colectiva, la escasa especialización de las Fuerzas de Orden Pública encargadas de recibir y encauzar las denuncias y, por qué no decirlo, la propia rutina de la Administración.

Sin duda en lo sucesivo el Ministerio Fiscal estará obligado a asumir un planteamiento más activo, inmerso en el entorno social, por lo que será preciso un contacto directo con las autoridades locales, grupos ecológicos, Universidades u otros organismos públicos o privados relacionados de manera directa con el medio ambiente y en especial con la protección de nuestros bosques.

Por lo que anteriormente expuesto, el Ministerio Fiscal, tan pronto como tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de delito, practicará por sí mismo, u ordenará a la Policía Judicial que practique, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación de los hechos y determinación de las responsabilidades de los partícipes. En esta materia así como en lo relativo a la intervención preprocesal del Ministerio Fiscal y la dirección sobre la Policía Judicial, que le atribuye el art. 20 del Real Decreto 769/87 y su propio Estatuto Orgánico, han sido ya objeto de análisis en la Instrucción 2/1988 y en la Circular 1/1989 de esta Fiscalía General del Estado, a las que nos remitimos como complemento de lo que aquí se ha dicho.

4. En el área de la represión, necesariamente tenemos que referirnos a la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1987 de 11 de noviembre, por la que se introducen los art. 553 bis *a*), 553 bis *b*) y 553 bis *c*), que proporcionan una regulación más en armonía con la realidad medioambiental y constitucional; así, en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, no recogida posteriormente en su publicación, se decía que «los incendios últimamente producidos por su importancia, reiteración y alarma social, aconsejan introducir unas reformas en la regulación del delito de incendios al objeto de adaptarla a las necesidades de protección y tutela de importantes valores sociales», y por ello se otorga al delito de incendios forestales la autonomía y sustantividad de la que carecía, contribuyendo de esta forma a extender y fomentar una conciencia

social que se aproxima a las verdadera envergadura de tales conductas, que no sólo atentan contra la propiedad ajena pública o privada, sino contra los recursos naturales, produciendo una grave perturbación sobre el medio ambiente y el ecosistema.

Se sigue en la reforma del Código la misma línea que en otras ocasiones y es la de agravar la penalidad y una más prolija enumeración de supuestos para evitar la proliferación de los incendios forestales. Sin embargo, es sabido que a la larga tiene mayor eficacia la remoción de las causas que el aumento de castigo, máxime en supuestos o conductas delictivas como las que contemplamos, en que generalmente los autores son desconocidos y hacen inoperante la sanción penal, que por otra parte nunca ha sido ajena a nuestro derecho punitivo en esta materia. Baste recordar nuestro Fuero de Cuenca (3.65) que se ocupa especialmente de los incendios y del cuidado de los árboles: «E el sennor de la heredad guarde el arbol que non se damne» y después agrega «guarden los homes de cortar los árboles, descortezarlos o incendiarlos» y en particular (3.116) no puede cortarse o eliminarse pro cualquier causa «enzina o roble». O las más graves medidas que contienen los Fueros de Usagre y de Cáceres, contra los que quemasen bosques hasta el punto que se dice para los incendiarios «átenlos de pies et de manos et échenlo en el fuego».

Sin embargo, el fuego siempre ha sido una realidad presente desde el tiempo inmemorial en nuestro bosques, y no siempre producido por las ciegas fuerzas de la naturaleza, sino debido a la acción del hombre, a la que hay que unir otras conductas depredadoras contra la misma, algunas de ellas incluso promovidas legalmente, como la desecación. Baste recordar la Ley Cambó de 24 de julio de 1918, felizmente derogada hace unos pocos años, pero que ha supuesto en el período más reciente la eliminación de más del 50% de las superficies de humedales, quedando en la actualidad reducida a un 0,4% del total del territorio. Mencionemos el daño ecológico y paisajístico que ha supuesto a desecación de la Laguna de Janda en Andalucía o la transformación de la Laguna de Antella en Galicia, siendo también la desecación una de las principales causas del actual estado de deterioro en que se encuentran las Talbas de Daimiel, según informe del Conservador del Parque natural.

Desde esta perspectiva, el futuro aparece como un desolador desierto, si no se ponen remedios eficaces, tendentes a evitarlo. Por ello la idea de prevención y educación medioambiental no es ajena al problema, sino más bien el eje mismo en torno al cual gira la solución, en atención a que el daño ecológico, un vez producido, en ocasiones es irreversible o de costosa y lenta reparación, ya que la capacidad de recuperación de la naturaleza es también limitada. Será preciso pues, incrementar las medidas de prevención, aunque a la vista de los resultados que cada año se producen, y a pesar de los continuados esfuerzos desplegados las medidas adoptadas continúan aún hoy siendo insuficientes, más no se debe caer en el desánimo: habrá que idear otras o procurar el incremento de los medios personales y materiales existentes para que su aplicación sea eficaz y de manera especial, como se decía, concienciar a la población para evitar que cada año se superen las marcas negativas que en triste competición se suceden anualmente.

En definitiva, cabe esperar de la sensibilidad que caracteriza todas las actividades del Ministerio Fiscal, que cuando se trate de investigación y castigo de las

conductas que atentan contra el medio ambiente y en especial de los incendios forestales que devastan nuestro suelo, extremen su reconocida competencia y que colaboren con las autoridades de la administración forestal, estatal, autonómica o local, a fin de lograr entre todos la erradicación de los incendios forestales, producto del desamor, la incultura, la falta de respeto a nuestros bosque y a esos oscuros interese personales, de unos pocos desalmados que amenazan con situar a España al borde de la deforestación.



## **SOBRE MENORES INGRESADOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS DE MUJERES CON SUS MADRES PRESAS**

**Instrucción núm. 6/1990, de 5 de diciembre**

El art. 39 de la Constitución Española establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Entre estos acuerdos internacionales suscritos por España figura la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 que, en su Principio 2, establece que «**el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y seguridad. Al promulgar las leyes, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño**».

El legislador, haciéndose eco de este acuerdo suscrito por España y cumpliendo el mandato constitucional, ha desarrollado parte de esta protección jurídica a los niños mediante la promulgación de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que modifican los artículos 172 y siguientes del Código Civil otorgando, como función exclusiva, la tutela legal automática para los niños desamparados a la Entidad Pública a quien, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, al tiempo que antepone a cualquier otra finalidad el interés superior del menor, como establece el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al que alude reiteradamente la Exposición de Motivos.

Con esta ley, sin embargo, no se ha cerrado el círculo de protección a la infancia, pues quedan partes residuales de ésta escasamente protegidas, como es el caso de los menores internados con sus madres presas en los Centros Penitenciarios de Mujeres.

A ellos se refieren, muy de pasada, pues no es éste el objeto de la Ley, el art. 38.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el artículo 27 del Reglamento, al decir aquél que «igualmente podrá existir un local habilitado para guardería infantil y educación preescolar, con el fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria», y al decir el art. 27 del Reglamento que «**las mujeres que ingresan en calidad de detenidas o presas llevando consigo a hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria podrán tenerlos en su compañía, y se les destinará un departamento o habitación especial que, cuando el número de niños lo justifique, reunirá las condiciones de guardería infantil y educación preescolar**».

Existen aquí, por tanto, dos intereses no siempre coincidentes, como son el de la madre y el del hijo. Aquélla, ejerciendo los derechos de la patria potestad y la facultad que le otorgan la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento, puede pretender tener al hijo en su compañía, en todo caso y cualesquiera sean las consecuencias. Pero, frente a ello, están los derechos del hijo a ser protegido para desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal.

El problema, por tanto, queda planteado en estos términos.

En opinión casi unánime de psicólogos y pedagogos que el período comprendido entre el octavo y el décimo-octavo mes de vida es el más crítico y vulnerable, por lo que, a estas edades, la separación constituye un hecho crucial por lo traumática que es en sí misma, si no se provee al niño de un ambiente familiar alternativo.

A estas edades, por tanto, la separación es desaconsejable como regla general y, en la mayoría de los casos, se podrán conjugar los derechos del niño y de la madre, haciendo ésta uso de las instalaciones que deberán existir en el Centro Penitenciario, siempre que quede garantizado el interés superior del menor.

El problema más arduo se plantea a partir de los dos años hasta la edad de escolaridad obligatoria que, hoy día, está en los seis años.

Hay que partir del punto de vista, generalmente olvidado, de que la estancia de los niños en las cárceles con sus madres presas no se ha de interpretar como un derecho de la madre, sino como un derecho del niño a estar con su madre, considerado en términos de beneficio o de mal menor para el niño, en orden a sus desarrollo y educación integral.

El niño ha de ser contemplado como sujeto de derechos y deberes y en ningún caso, como propiedad de nadie. Dejando a un lado las facultades de la patria potestad, que corresponderá a la madre interna, a ésta no se le puede admitir un derecho absoluto a tener a su hijo en la cárcel y en su compañía, como se deriva de las expresiones «**podrá existir un local habilitado**», «**a fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos**» y «**podrán tenerlos en su compañía**».

Lo que se les otorga es una facultad que habrá de ser interpretada de forma muy restrictiva y que habrá de conjugarse siempre, en todo caso, con el interés superior del menor a que alude la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, aplicable a todo menor en situación de desamparo.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, cuando esta Ley define el desamparo, modificando el art. 172 del Código Civil, dice textualmente que «**se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento; o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores; cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material**». Es decir, ha de ser una situación de hecho y a ésta se puede llegar no sólo por malicia o por negligencia, sino también por **imposibilidad** del cumplimiento de deberes.

Si las Entidades Públicas, en virtud del principio del interés superior del niño y cumpliendo el mandato establecido en el art. 172 del Código Civil, asumen la tutela automática de los hijos de madres libres que se ven imposibilitadas de atenderlo por razones morales o materiales, no siempre imputables a ellas, el mismo

tratamiento deberá darse a aquellos cuyas madres están ingresadas en los Centros Penitenciarios cuyo ambiente y circunstancias no son los más adecuados para su educación y formación integral.

De donde se deriva, por una parte, que el mero hecho de estar la madre en prisión no quiere decir que haga insatisfactoria la relación madre-hijo y, por otra, que este hecho tampoco puede dar lugar a dejar de lado la aplicación de una legislación hecha para proteger a los menores sin distinción alguna.

Si la Ley otorga a la Entidad Pública la función de apreciar el desamparo, ésta lo deberá considerar caso a caso, pero incumbe al Fiscal instar de la Entidad Pública la aplicación de las medidas de protección cuando considere que se dan los requisitos para ello.

Es opinión contrastada que, en los tres o cuatro primeros años de vida, quedan fijadas ciertas impresiones y establecidas ciertas formas de reacción ante el mundo exterior, que no pueden ser ya despojadas de su importancia y sentido por ningún suceso ulterior. De aquí se deduce que, al dejar a estos niños abandonados a su suerte, por no aplicarles las leyes de protección dictadas para ellos, en base a infundados derechos y sensiblerías extrañas, les podemos perjudicar para el resto de sus vidas.

Si bien es cierto que las situaciones de desprotección que sufre la infancia son un fenómeno antiguo y en la actualidad hay más sensibilidad y preocupación por estos temas, también es cierto que pocas son las respuestas individuales y colectivas consecuentes, pocas las iniciativas sociales y escasa la participación ciudadana.

En las últimas fechas, sin embargo, parece que por ciertas asociaciones privadas, con la anuencia y respaldo de Instituciones Penitenciarias se abren caminos alternativos, poniendo pisos a disposición de las madres presas, donde pueden cumplir parte de su condena acompañadas de sus hijos menores, sin necesidad de que estos sepan lo que es vivir en la cárcel. Ejemplo éste que debería condir y que habría que favorecer tanto en las esferas privadas como en las públicas, como uno de los medios para solucionar el problema que se nos plantea.

El Principio 5 de la Declaración de los Derechos del Niño dice que **«el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en un ambiente de afecto y seguridad moral y material»**. Por tanto, son los padres los primeros obligados a proporcionar al niño el amparo, el afecto y la seguridad. Pero si estos no quieren o no pueden darlo, será responsables de ello la Sociedad y el Estado, como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1976, cuando dice que **«todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la Sociedad y del Estado»**.

Será inútil transcribir aquí el articulado de la legislación aplicable. Basta con decir que España, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, atribuye esta competencia, en exclusiva, a las Entidades Públicas cuando dice que **«la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, está encomendada la protección de los menores; tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo»** (art. 172 del Código Civil), atribuyendo en el art. 174 al Ministerio Fiscal **«la superior vigilancia de la tutela; acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección»**, artículo que, en este sentido, com-

plementa el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, que obliga a los Fiscales «a promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

Desde la publicación de la Ley 21/87 de 11 de noviembre; los Fiscales han llevado con gran celo la vigilancia de los expedientes de menores tutelados por las Entidades Públicas, al amparo del art. 172 del Código Civil reformado. Pero en la mayoría de los informes y memorias elevadas a este Fiscalía General no se ha hecho referencia a estos otros menores que viven en situaciones de carencia e, indudablemente, en ambientes no aptos para su desarrollo, como si por el mero hecho de estar con sus madres ya tuviesen debidamente cubiertas todas sus necesidades materiales y espirituales.

Por otro lado, los Funcionarios del Ministerio Fiscal, cumpliendo lo dispuesto en el art. 4.2 del Estatuto Orgánico, visitan periódicamente los Centros Penitenciarios, pero tampoco se han elaborado informes sobre la situación de los niños alojados en esos Centros con sus madres presas.

Es hora, pues, de que el Ministerio Fiscal avance un paso más en el cumplimiento de sus funciones y otorgue el amparo que por ley corresponde a estos niños, tarea no difícil desde su posición privilegiada como vigilante de los Centros Penitenciarios y, más genéricamente de la actividad de las Entidades Públicas, instando y facilitando a éstas la investigación y adopción de medidas sobre los niños internos en los Centros Penitenciarios, controlando la bondad y la eficacia de las medidas adoptadas, siempre dentro del marco de la Ley 21/87 de 11 de noviembre.

Por tanto, de acuerdo con todo lo anterior, interés de VE/VI se atenga a las siguientes instrucciones:

1. Inmediatamente de recibida esta Instrucción, se deberá girar una visita a los Centros Penitenciarios de Mujeres existentes en la Provincia, con el fin de observar directamente y valorar el estado en que se hallan los niños allí internados con sus madres presas, elaborando un informe que deberán remitir a esta Fiscalía General.
2. A todo menor que se halle en situación de desamparo, conforme se define en el art. 172 del Código Civil, le son aplicables las medidas de protección establecidas y reguladas por la Ley 21/87 de 11 de noviembre, con independencia de que se hallen o no internados en Centros Penitenciarios de Mujeres.
3. Los Fiscales deberán instar de las Entidades Públicas la extensión de las medidas de protección a los niños ingresados en los Centros Penitenciarios, facilitándoles la tarea en todo lo que sea posible.
4. Sólo podrán permanecer ingresados en los Centros Penitenciarios los hijos de las internas que justifiquen fehacientemente la filiación. Todos los demás niños ingresados en los Centros Penitenciarios, cuya filiación no pueda ser justificada o sea desconocida, se deberán poner a disposición de la Entidad Pública, a fin de que les sean aplicadas las medidas de protección de la Ley 21/87, de 11 de noviembre.



5. Cuando las madres que fueren detenidas con sus hijos justifiquen de forma fehaciente la filiación y no tengan parientes cercanos acreditados que se hagan cargo de ellos, tales hijos deberán ser puestos a disposición de la Entidad Pública en un Centro de acogida, por lo menos, mientras se instruyen las diligencias policiales a la madre.
6. Tanto en el caso anterior como en el caso de que la madre ya esté ingresada en prisión como preventiva o cumpliendo condena, si ésta desea tener a su hijo con ella en el Centro Penitenciario, acreditada la filiación, se dirigirá a través del Centro Penitenciario a la Entidad Pública quien, en uso de las facultades del art. 172 del Código Civil, evaluará el caso e informará si tal medida es o no conveniente para el menor, o si lo conveniente es que permanezca con los parientes con los que residía, su tutela u otra medida adecuada.
7. En caso de tener que separar al hijo de la madre, se deberá fijar el régimen de visitas, la periodicidad y duración, dando cuenta de ello al Fiscal, quien cuidará de que éstas se lleven a cabo y no quede el niño privado de la relación con su madre, a no ser que esto sea valorado como contraproducente.
8. Todo lo anterior se llevará a cabo bajo la vigilancia del Fiscal, conforme establece el art. 174 del Código Civil, a quien se dará cuenta de los expedientes y de la resolución que en su caso se acuerde teniendo en cuenta los artículos 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 27 de su Reglamento y 172 del Código Civil, debiendo recurrir todas las resoluciones que no se consideren legítimas o sean perjudiciales para el menor.

Asimismo, el Fiscal deberá solicitar del Centro Penitenciario las listas de los niños allí ingresados, con su filiación e interna con las que se encuentran, su edad, las altas y bajas, que el Fiscal deberá incluir en sus informes periódicos a esta Fiscalía General y en la Memoria anual.

Encarezco a VE/VI el cumplimiento de la presente Instrucción, así como que la comunique a los Sres. Fiscales que de VE/VI dependen.



# 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

### **MUERTE VIOLENTA DEL RECLUSO EN UN CENTRO PENITENCIARIO. ¿SOLO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION O TAMBIEN RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS?**

**(A propósito de algunas sentencias de las Salas 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del T.S.)**

**JESUS MARIA SILVA SANCHEZ**  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona

#### I

Objeto del presente comentario no es una sentencia en concreto, sino varias que ponen de relieve una determinada actitud de nuestra Jurisprudencia ante el fenómeno de la muerte violenta de un individuo recluso en una institución penitenciaria. En efecto, dicha muerte puede ser, en muchos casos, expresión de la infracción del deber establecido en el art. 3, n.º 4 de la L.O. General Penitenciaria, que señala que «la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos». Sin embargo, como se observará, la postura en los Tribunales es, en general, de franca reticencia frente al establecimiento de responsabilidades penales por la infracción de tal deber. Así, se advierte una significativa tendencia a prescindir de la sanción penal en casos en que el hecho de producción violenta de la muerte, atribuible directamente a otro recluso, es imputable de modo indirecto a hechos comisivos de funcionarios penitenciarios o, en todo caso, a omisiones que reflejan defectos estructurales de

la praxis penitenciaria y en las que, de algún modo, se halla comprometida toda o buena parte de la cadena jerárquica de esta Administración (1). Todas las sentencias que comentaremos muestran una estructura próxima: se produce la muerte de un recluso a manos de otro u otros; pero en

---

(1) En realidad, tal reticencia es también observable en supuestos en que el resultado de muerte violenta es atribuible directamente a hechos comisivos u omisivos de funcionarios penitenciarios. En tales supuestos, si bien se sanciona penalmente, la pena impuesta parece mucho más leve de lo que correspondería en casos de tal gravedad. Un ejemplo de lo dicho lo constituye la S.T.S. de 5 de noviembre de 1990 (ponente Sr. Díaz Palos), en la que se resuelve sobre el conocido «caso Rueda». En dicho caso, varios funcionarios penitenciarios procedieron a golpear reiteradamente al recluso Agustín Rueda con el fin de hacerle confesar su participación en la excavación de un túnel supuestamente dirigido a provocar el incendio de ciertos depósitos de propano. El recluso falleció a consecuencia de la paliza, que, pese a ser conocida, no sólo no fue impedida, sino incluso propiciada por el director y el subdirector del centro. Por otro lado, los médicos penitenciarios de servicio no procedieron a trasladar al recluso herido al Hospital General Penitenciario, pese a que ello era a todas luces lo indicado, sino que se limitaron a ingresarlo en la Enfermería, donde simplemente podía ser observado y no tratado. La sentencia tiene indudables aciertos. No obstante, resulta más que discutible, y es muestra de la tendencia que aquí comentamos, su rechazo del dolo eventual y su afirmación de que tanto los funcionarios que golpearon a Agustín Rueda como los médicos que no le trataron como debía hacerse (trasladándole al Hospital Penitenciario) obraron de forma puramente imprudente. Para fundamentarlo, el T.S. se sirve de la «teoría del consentimiento» que, a su juicio, «es la que realiza con mayor pulcritud la exigencia volitiva inherente a todo dolo, que es ante todo voluntad de causación». Sin embargo, la teoría del consentimiento, además de situarnos en general ante consideraciones hipotéticas de imposible prueba, genera un concepto reducido de dolo eventual, inadecuado para hacer frente a las necesidades político-criminales. En efecto, lo coherente con la fundamentación preventiva del Derecho penal es que la pena del delito doloso se imponga, no en virtud de la concurrencia de una actitud interna especialmente reprochable, sino en virtud de la especial (mayor) peligrosidad que el hecho muestra para el correspondiente bien jurídico, y que desborda la propia del delito imprudente. Pues bien, sentado esto, parece claro que los supuestos en que la probabilidad de lesión del bien jurídico es altísima, en los que el sujeto ya no puede racionalmente confiar en la no producción del resultado, sino que a lo sumo puede «esperar» «desear» que no se produzca, hay dolo eventual. Expresándolo brevemente: hay dolo cuando se actúa advirtiendo plenamente el contenido de peligrosidad del hecho para el bien jurídico y tal peligrosidad es grave; ello, aunque el sujeto desee con todas sus fuerzas que no se produzca la lesión del bien jurídico. Por eso, en un caso así, en el que, a la vista de la prolongación de la paliza, los funcionarios no podían confiar seria y racionalmente en la no producción del resultado, ni tampoco podían los médicos confiar en que el recluso se mantuviera con vida sin tratarlo como era debido en el Hospital, tanto la teoría de la probabilidad como las teorías eclécticas construidas sobre la base de aquélla deben afirmar la concurrencia de dolo eventual. Cfr., por lo demás, MAQUEDA ABREU, «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso “Rueda”, *La Ley*, 1988-3, págs. 769-775, en especial, pág. 770-771, cuyas observaciones sobre la sentencia de instancia (S.A.P., Madrid, 9 de febrero de 1988) son perfectamente compartibles y trasladables a la sentencia del T.S. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida», A.D.P.C.P., 1990, págs. 421-441, en especial págs. 428-430.

el hecho ha incidido de algún modo la defectuosa configuración de algún nivel de la Administración penitenciaria. Ello permite fundamentar (en sede penal) la *responsabilidad civil subsidiaria* o bien (en sede administrativa) la *responsabilidad administrativa* de la Administración que tiene atribuidas las competencias en materia penitenciaria, sea ésta la del Estado o la de una Comunidad Autónoma a la que le hayan sido traspasadas. En cambio, no se aprecia responsabilidad penal alguna de sujetos concretos integrados en algún nivel de la cadena jerárquica de la Administración penitenciaria. A continuación se tratará de valorar si esto es correcto o si, por contra, cabría más bien apreciar la relevancia jurídico-penal de ciertas conductas a título de omisión (comisión por omisión) o incluso de comisión activa.

## II

1. En el examen de la Jurisprudencia sobre este tema debe partirse de la premisa de que, en casos como los indicados, concurre en los funcionarios de la Administración penitenciaria una *situación concreta de garantía*, esto es, en otras palabras, se dan los presupuestos para la equiparación de una eventual omisión con la comisión activa del hecho. Al tema le he dedicado ya un trabajo monográfico (2), de modo que aquí me limitaré a recordar que, en mi opinión, para afirmar la existencia de una comisión por omisión no es suficiente la concurrencia de un deber intensificado de evitación del resultado (el llamado deber de garante), sino que se requiere algo más, a saber, lo que he denominado el «compromiso específico —y manifiesto— de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados». En efecto, en la comisión por omisión no se trata —no puede tratarse— de una identidad ontológica de la omisión con la comisión activa, pero tampoco basta con una mera equiparación axiológica entre supuestos de causación del resultado y otros de mera infracción de un deber (por muy cualificado que éste sea). Más bien, es precisa una identidad estructural y material, en el plano normativo, de la omisión con la comisión activa. Tal identidad exige la presencia en ambas de un control específico sobre el riesgo que luego se realizará en el resultado: un control que en la comisión activa tiene lugar por la propia creación activa del riesgo, la puesta en marcha de la cadena causal, mientras que en la omisión surge por la adopción previa del compromiso de contención, cuyo posterior incumplimiento conforma la propia omisión. Esta construcción de la comisión por omisión produce, por lo demás, una clase

---

(2) SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», en C.P.C., 1989, págs. 367-404.

intermedia de omisiones que he denominado «omisiones puras de garante»; éstas englobarían las omisiones de sujetos que detentan una posición agravada de responsabilidad sin que se alcance, por otro lado, la referida identidad en el plano normativo (3).

2. En lo que se refiere al caso concreto del funcionario penitenciario, la anterior construcción no sólo no implica atribuir responsabilidades que antes no se admitieran, sino que conlleva una franca restricción de responsabilidad frente a la tesis dominante de que tal funcionario es siempre garante de todos los bienes jurídicos de los internos, así como de todos los peligros que de ellos dimanen, en virtud de los deberes de naturaleza jurídico-pública que sobre él recaen. Sentado esto, para la concepción dominante el supuesto de agresión dolosa de un interno a otro sería un supuesto en el que concurrirían la función de control de una fuente de peligro y la función de protección de bienes jurídicos, generándose obviamente responsabilidad en comisión por omisión en caso de que el funcionario omitiera la acción debida; todo ello, sin que aquí se diera un supuesto excepcional o diferente de los demás de comisión por omisión del funcionario penitenciario. En cambio, desde la perspectiva que sostengo, el supuesto de agresiones dolosas a los internos es básicamente el único que puede generar una responsabilidad en comisión por omisión por parte del funcionario. En efecto, sólo respecto a dicho riesgo de agresiones dolosas es posible afirmar la existencia de un compromiso específico de contención. Manifestaciones, signos externos de la adopción de dicho compromiso se advierten en la sucesión de actos que determinan la propia reclusión del individuo. Esta, en efecto, implica la introducción del recluso en una «institución total» como es la prisión, en la que los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, produciéndose un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, lo que me parece decisivo, un radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello, unido a otra serie de actos propios de la relación entre Administración y reclusos a lo largo del internamiento (4) muestra con claridad que el acto de la reclusión conlleva, entre otras cosas, por parte de los responsables de su realización y mantenimiento, un compromiso específico y material de protección del recluso frente a agresiones dolosas contra la vida, la salud, la libertad, la libertad sexual, el patrimonio o la intimidad. En cambio, según entiendo, salvo excepciones, el internamiento no modifica sustancialmente la situación del recluso frente a riesgos imprudentes o fortuitos. En

---

(3) Sobre las bases de este planteamiento, SILVA SÁNCHEZ, «El delito de omisión. Concepto y sistema», Barcelona, 1986, págs. 339 y ss.

(4) Sobre los diversos aspectos de esta relación me parece interesante el reciente trabajo de GONZÁLEZ NAVARRO, «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en *Persona y Derecho*, Humana Iura 1-1991 (Suplemento de derechos humanos), págs. 11-254, en particular, págs. 132 y ss.

estos casos, la no evitación del riesgo que le amenace podrá dar lugar a una omisión pura agravada (de garante) en virtud de la concurrencia sobre el funcionario de un deber jurídico-público intensificado de protección y control, pero no a una comisión por omisión, dada la ausencia de un compromiso específico. La excepción a este planteamiento vendría dada, a mi entender, por aquellos casos en que el internamiento crea un peligro específico, por privar significativamente al recluso de medios de autoprotección también frente a tales riesgos: es el caso, por ejemplo, del internamiento de un sujeto drogadicto (5) o incluso no drogadicto en centros saturados, donde además se detectan altos índices de infección por SIDA o hepatitis. En tales supuestos, dado que la reclusión supone una sucesión de actos que empeoran la situación de los bienes jurídicos del recluso, exponiéndolos a peligros que antes no les afectaban o no en la misma medida, me parece que concurren los elementos necesarios para fundamentar un compromiso específico de contención de esos riesgos que el acto de reclusión ha desatado para el recluso o reclusos de que se trate. En este caso, la eventual omisión de contención de riesgos por parte del funcionario puede fundamentar la imputación en comisión por omisión.

### III

1. Las anteriores alusiones a una eventual comisión por omisión del funcionario penitenciario no deben ocultar la posibilidad de que en alguno de estos casos lo que concorra sea una auténtica «comisión activa». Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la S.T.S. (Sala 2.<sup>a</sup>) de 24 de febrero de 1989, ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado. En dicho supuesto, un recluso (Francisco Javier), previamente calificado como muy peligroso, dio muerte a su compañero de celda (Bautista) a causa de que éste «le molestaba con sus ronquidos para leer, era de raza gitana y hacía gestos raros». En su Fundamento de Derecho Segundo, la sentencia señala que

«al Estado, y en su nombre a los funcionarios de prisiones, le viene impuesta por la Ley General Penitenciaria la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 de dicha Ley), alojar en celdas individuales a los reclusos o, en todo caso, en dependencias colectivas, pero siempre previa la adecuada selección (art. 19.1), destinar a departamentos especiales a preventivos calificados de extrema peligrosidad (art. 10.1 y 2) y tener separados a los que presenten deficiencias

---

(5) El sujeto drogadicto que es recluso en una cárcel donde reina el hacinamiento es obvio que ve así aumentadas sus posibilidades de contraer enfermedades, dada la mayor dificultad de obtener, por ejemplo, jeringuillas estériles; pero también el no-drogadicto corre el riesgo de infectarse en situaciones en que la higiene general no es la deseable.

mentales (art. 16.d), y a la Administración penitenciaria en concreto a dotar a sus establecimientos de los medios materiales y personales necesarios para asegurar el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines (arts. 14 y 80).»

constatándose que se ha dado lugar:

«por falta de acatamiento a los preceptos mencionados por parte de los funcionarios de la prisión de Basauri, a que uno de los internados, que por sus características de lata peligrosidad y perturbación mental debería haber estado aislado de los otros, diese muerte a su compañero de celda por el fútil motivo de que le molestaba al roncar, no dejándole leer, lo que no hubiera ocurrido en verdad si se hubieran observado los reglamentos establecidos para el buen gobierno de las cárceles y se hubieran cumplido escrupulosamente las especiales medidas que en este supuesto se requerían».

La resolución del T.S. es confirmatoria de la sentencia de la Audiencia Provincial en lo relativo a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, pero, al no haberse postulado en casación la atribución de responsabilidad penal a algún miembro de la Administración penitenciaria, no puede examinar este problema. Sin embargo, en este supuesto no sólo es que quepa advertir una omisión imprudente de las medidas de protección debidas para evitar una agresión de Francisco Javier a Bautista, sino que cabe advertir una comisión activa imprudente en el hecho de ingresar a Bautista en la misma celda que ya ocupaba el primero. Dicho hecho es, desde luego, causa del resultado, como prueba una elemental aplicación al caso de la fórmula de la «condicio sine qua non». En cuanto a la imputación objetiva de la muerte de Bautista al funcionario (director, por ejemplo) que dispuso su reclusión en aquella celda, es cierto que ha de superar algunas dificultades derivadas de la circunstancia de que dicho funcionario realiza una conducta de favorecimiento imprudente activo de un hecho doloso ajeno: en concreto, al menos, las dificultades derivadas de la doctrina de la prohibición de regreso y de las tesis acerca de la impunidad de la participación imprudente. Sin embargo, y aunque aquí no disponemos de la posibilidad de discutir con detenimiento el problema, podría afirmarse, en principio, que ambas son superables. En efecto, respecto a la tesis del *Regreßverbot* (prohibición de regreso) (6), cuyo origen se remonta a *Frank*, debe apuntarse que, si bien resulta inaceptable como teoría causal (7), dado su carácter incompatible con la teoría de la equivalencia de las

---

(6) Esta tesis, como es sabido, se rechaza mayoritariamente en Alemania, debido al carácter dominante del concepto unitario de autor en los delitos imprudentes.

(7) Que era su sentido inicial. Cfr. LENCKNER, en «Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar», 23.ª ed., München 1988, n.º marg. 77 previo a los §§ 13 y ss.



condiciones (8), ha merecido ciertamente ser discutida como doctrina relativa a la interrupción del nexo de imputación objetiva (9); sin embargo, la moderna doctrina tiende a alejarse de ella, por esquemática (10). Más desarrollo están cobrando últimamente las doctrinas asentadas sobre el llamado «principio de la auto-responsabilidad» (*Selbstverantwortung*) (11), en virtud del cual se excluye la responsabilidad por hechos dolosos ajenos, y que conduciría en estos casos a la impunidad del favorecimiento imprudente. Sin embargo, la eficacia limitadora del principio de auto-responsabilidad tiene algunas excepciones, como, por ejemplo, las situaciones de responsabilidad especial, de competencia incrementada, de deberes de cuidado que extienden su objeto al comportamiento de terceros (12). Algo que, precisamente, se da aquí, puesto que el sujeto que obra imprudentemente dispone de una competencia intensificada tanto sobre el sujeto activo (que, además, en el caso concreto era un semiimputable a quien se apreció la eximente incompleta de enajenación mental) como sobre el sujeto pasivo. Tales razones que, a mi juicio, permiten superar la objeción representada por el criterio de la prohibición de regreso, son a mi entender también suficientes para salvar el polémico tema de la participación imprudente en delitos dolosos, cuya impunidad ha sido últimamente sostenida entre nosotros con importantes argumentos por *Luzón Peña* (13). En efecto, habida cuenta de que todo discurre en el ámbito competencial del sujeto que con su decisión (supuestamente, el director del centro penitenciario) favoreció imprudentemente el hecho doloso del semiimputable, puede hablarse de la concurrencia no de una participación imprudente, sino de una autoría imprudente activa (que habría de ser mediata, lo cual abre un interesante problema de fundamentación general que no puede abordarse aquí); ello constituiría una prueba de la trascendencia de la postura de *Jakobs* que sostiene la relevancia de las «posiciones de garantía», es decir, de las situaciones de competencia, no sólo en la comisión por omisión, sino también en la comisión

---

(8) Cfr. JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts A.T.», 4.ª ed., Berlín, 1988, pág. 252, nota 18.

(9) Cfr. LENCKNER, en «Schönke/Schröder», 23.ª ed., n.º marg. 101 y ss. previos a los §§ 13 y ss.

(10) Cfr. críticamente, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en sus *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, págs. 197 y ss., pág. 214, con referencias bibliográficas. También JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., págs. 517-518.

(11) Cfr. sobre éste, por ejemplo, el interesante trabajo de SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen», 1986.

(12) SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht», págs. 107 y ss.; LENCKNER, en Schönke/Schröder», 23.ª ed., n.º marg. 101 a previo a los §§ 13 y ss.

(13) LUZÓN PEÑA, «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales», en *Derecho penal de la circulación*, 2.ª edic., Barcelona, 1990, págs. 81 y ss., en especial 92 y ss.; también LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, págs. 212 y ss.

activa. De todos modos, y por concluir este sucinto comentario, debe apuntarse que, aún en el supuesto de que se rechazara la calificación aquí propuesta de autoría comisiva y se estimara impune el favorecimiento imprudente activo, siempre sería posible recurrir subsidiariamente a la autoría en comisión por omisión imprudente. Ciertamente, subsiste en todo caso la cualidad de los funcionarios, el director en particular, como sujeto idóneo de comisión por omisión en caso de agresiones dolosas a los reclusos, resultando obvio que aquí negligentemente, como mínimo no se han adoptado las medidas adecuadas para prevenir o evitar tal agresión (por de pronto, cambiar de celda al recluso amenazado o, si se quiere, aislar al otro).

2. En cualquier caso, la referencia anterior a la existencia de un hecho imprudente no debería llevar a la conclusión precipitada de que siempre que un recluso muere a manos de otro ha de haberse producido una omisión imprudente (de adopción de medidas precautorias) imputable a personas integradas en algún nivel de la Administración penitenciaria. Por un lado, se dan casos en que resulta difícil admitir que el sujeto confiara en la no producción del resultado a la vista de la situación concreta de peligro: son casos en que parece más verosímil la hipótesis del dolo eventual que la de la culpa consciente; pero no nos detendremos en ello. En el otro extremo, cabe pensar en la ausencia de toda conducta negligente: pueden, en efecto, darse casos en que el referido resultado se produzca no obstante haberse adoptado todas las medidas precautorias posibles y exigibles. Algo así podría detectarse en la S.T.S. (Sala 3.ª) de 13 de marzo de 1989, ponente Sr. Esteban Alamo. El caso que sirve de punto de partida fue enjuiciado por la A.P. Barcelona (1 de marzo de 1983), la cual castigó a un recluso que mató con un instrumento punzante de construcción rústica a otro recluso, sin estimarse responsabilidad penal de funcionario alguno, ni tampoco responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Tal responsabilidad patrimonial pasó a exigirse en vía administrativa, apreciándose entonces fundamento suficiente para la misma, por concurrir relación causal entre el daño y un anormal funcionamiento del servicio público penitenciario. La sentencia señala que el deber de velar por la integridad de los reclusos

«se cumple a través de una serie de medidas de vigilancia y seguridad tendentes entre otras cosas a proteger a los reclusos de agresiones de toda índole por parte de otros compañeros e incluso de sí mismos (caso de autolesiones, suicidios). De ahí las requisas, cacheos, recuentos, etc...»

añadiendo que

«[...] en el supuesto que nos ocupa hubo un anormal funcionamiento del servicio penitenciario al no detectar la existencia de ese rústico puñal o instrumento punzante rudimentario en poder del recluso que llevó a cabo el asesinato: como también en no haber detectado los roces o malas

relaciones entre agresor y víctima, y en caso de que fuesen conocidas en el centro, haber adoptado medidas oportunas para evitar la proximidad entre ambas personas o cualquiera otra adecuada y eficaz. En definitiva, estamos en presencia de un fracaso de ese deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a custodia, atribuible exclusivamente, directamente e inmediateamente a un deficiente funcionamiento del servicio público penitenciario que no ha sabido evitar ni la posesión del arma homicida, ni el ataque, más o menos súbito, del autor del hecho.»

Ciertamente, la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración penitenciaria —constatado en este caso por la Sala de lo contencioso-administrativo— no debe entenderse equiparable con la existencia de una imprudencia jurídico-penal. El concepto de «funcionamiento anormal» es objetivo y genérico para el conjunto de esa Administración; el concepto jurídico-penal de imprudencia es subjetivo y personal. Así, cabe que el servicio en su conjunto acabara funcionando mal y no evitando el resultado lesivo producido y que, pese a ello, los diversos individuos implicados hubiesen obrado siempre de modo diligente: es posible que se realizaran diligentemente los cacheos y registros y que, con todo, no pudiera aprehenderse el instrumento delictivo; asimismo, cabe que se desconociera la situación de enemistad por no haberse manifestado o no haber trascendido. Como señala la S.T.S. (Sala 3.ª) de 4 de enero de 1991, ponente Sr. Esteban Alamo,

«el sistema vigente en la materia (*scil. de la responsabilidad administrativa*) es el de la responsabilidad objetiva, que no exige la conducta culpable de ningún funcionario o agente, sino que se trata de una falta objetiva, es decir, de una falta del servicio público que no es necesario individualizar.»

«[...] para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración (*scil. se requiere que*) concurra una relación inmediata de causa a efecto entre el acto u omisión de la Administración y el daño que su acción u omisión ha producido a los particulares, tratándose de una responsabilidad objetiva que no requiere más requisitos que la relación de causalidad entre el acto y el daño.»

Es decir, en conclusión, que es perfectamente posible que se den los presupuestos de la responsabilidad civil subsidiaria o administrativa de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público penitenciario y que, por contra, no pueda advertirse omisión (juídico-penal) imprudente alguna por parte de funcionarios de instituciones penitenciarias.

Por todo ello, es a mi juicio demasiado categórica la declaración de la S.T.S. (Sala 2.ª) de 23 de enero de 1990, ponente Sr. Bacigalupo Zapater, para la cual, en un caso de estructura similar a los que venimos examinando,

«La existencia de internos armados constituye [...] una indudable muestra del incumplimiento de las actividades de registro y pesquisas...» «[...] es claro que la existencia de personas armadas con instrumentos contundentes demostraría que dichas actividades no han sido ejecutadas con la diligencia debida, pues, atendiendo a la amplitud de las facultades otorgadas por la ley y el reglamento a tales efectos, es indudable que si se hubieran ejercido diligentemente no se hubiera generado el peligro que finalmente se concretó en la muerte del interno» (14).

«La infracción del deber se concreta, por tanto, en no haber impedido mediante requisas y medidas de vigilancia que los internos dispusieran de verdaderas armas blancas confeccionadas por ellos dentro del mismo establecimiento penitenciario, con las que se dio muerte a la víctima.»

En realidad, ni se puede afirmar que nunca haya una omisión imprudente en sentido jurídico-penal, como parecen entender en general los Jueces de Instrucción o Audiencias Provinciales (pues el T.S. ve sus pronunciamientos sujetos a los estrechos cauces del recurso de casación y en ellos no se ha planteado expresamente el problema), ni tampoco afirmar que la haya siempre que se produce el resultado de muerte violenta del recluso, como parecería desprenderse de las afirmaciones del T.S. en el último caso aludido. Ello es algo que debe decidirse para cada caso y en cada situación, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada concreta circunstancia. De todos modos, sin embargo, conviene no olvidar que los medios de que disponen los funcionarios penitenciarios para velar por la seguridad de los internos deben ser utilizados de modo prudente; es decir, que ni se puede proceder de modo continuo a poner en práctica medidas de aislamiento, ni tampoco a realizar cacheos y registros permanentes, que ciertamente garantizarían una mayor eficacia en lo relativo a la seguridad, pero, al introducir una disciplina cuasi-militar en los centros, podrían frustrar la finalidad principal de éstos, que, no se olvide, sigue siendo la del tratamiento para la reintegración social del penado. En suma, pues, el uso de las diversas medidas encaminadas a garantizar la seguridad en los centros debe ser ponderado. Ello lo pone de manifiesto la propia legislación penitenciaria a pro-

---

(14) En el caso examinado por esta sentencia varios reclusos habían matado a otro a golpes y puñaladas. Varios funcionarios presencian los hechos, pero se abstienen de intervenir, limitándose a conminar verbalmente a los agresores para que no prosigan la agresión. Ello significa que la omisión de estos funcionarios es dolosa, si bien la Audiencia no da relevancia a este hecho por estimar que no constaba que estuvieran a disposición inmediata de tales funcionarios los medios o instrumentos oportunos para la intervención. En definitiva, pues, sería el carácter inexigible de una intervención sin tales medios de defensa lo que impediría atribuir relevancia jurídico-penal a la no intervención de tales funcionarios. Para el T.S., con todo, tampoco esto es lo decisivo, pues no se puede determinar *ex post* que con tales medios hubieran conseguido evitar el resultado, de modo que la infracción del deber se concreta, fundamentalmente en la no adopción de medidas precautorias. Ello es el fundamento de la atribución de responsabilidad civil subsidiaria a la Administración del Estado.

pósito de las medidas coercitivas más trascendentes, al indicar que los medios coercitivos (art. 123 del R.P.) sólo podrán utilizarse en casos concretos (entre ellos, para evitar daños de los reclusos a otras personas —artículo 45.1.b) de la L.G.P.); que el uso de las medidas coercitivas está dirigido al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario (art. 45.3 L.G.P.); que el aislamiento de los reclusos que provoquen alteraciones del orden habrá de durar el tiempo mínimo indispensable (art. 76.6 R.P.), etc. Pero lo mismo ha de valer para cualquier medida restrictiva de derechos de los reclusos: no en vano dispone el art. 23 L.G.P. que los registros, cacheos y operaciones análogas habrán de realizarse con las garantías que proceda y siempre «dentro del respeto a la dignidad de la persona». Todo lo anterior introduce importantes matizaciones a la puesta en práctica de las medidas precautorias, de manera que no puede afirmarse que su fracaso ex post sea manifestación automática de una negligencia ex ante en su realización. Aquí, como en el caso de cualquier medida restrictiva de derechos deben imperar los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, lo que debe determinarse caso por caso: la eficacia no es el único criterio que rige la adopción de las diversas medidas, sino que hay principios contrapuestos. De todos modos, es obvio que los funcionarios, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 76 R.P., deben tratar de obtener un perfecto conocimiento de la situación del centro «basado en la observación de los internos de cada dependencia, advirtiendo las relaciones con otros internos». Ello proporcionará el criterio para decidir, en lo que a nuestro problema respecta, qué medidas precautorias deben ser adoptadas. Pero aún aquí parece claro que determinadas enemistades o amenazas (en el caso de que realmente existieran) pueden pasar desapercibidas también a una observación diligente.

3. Un buen criterio de determinación de cuándo nos hallamos ante un hecho penalmente relevante (omisión imprudente, en nuestro caso) es la propia estructura dogmática del tipo de omisión que, como se ha advertido, es el que en general podrá concurrir aquí. Es sabido que la concurrencia de una omisión (pura o «comisión por omisión», dolosa o imprudente) requiere que, en primer lugar, se dé una situación de peligro y, en segundo lugar, que el sujeto no realice la acción que se estima indicada para poner fin a tal situación. Pues bien, en general, se exige para poder hablar de una omisión que tal peligro se haya concretado en un riesgo inminente de lesión para un bien jurídico concreto. De ahí que la acción indicada aparezca, por lo común, como expresión de un deber de actuar en evitación del resultado lesivo cuando ya existe el peligro para el mismo (*Erfolgsabwendungspflicht*), o bien de un deber de actuar en salvación de un bien jurídico (*Rettungspflicht*), cuando incluso ya se ha iniciado la lesión, existiendo el peligro de su extensión o agravación. Ahora bien, tratándose del control de fuentes de peligro parece que puede hablarse ya antes de una omisión penalmente típica. Concretamente, en el momento de la no adopción de medidas precautorias (*Sicherungspflichten*) ante una situación de «peligro

de peligro», que es dudoso que se pueda solventar satisfactoriamente en un momento posterior. Es decir, ante una situación en la que, si bien todavía no se ha manifestado un peligro concreto para un bien jurídico determinado, concurren plenamente las bases para el surgimiento de tal peligro en cualquier momento (15). Por tanto, la no actuación en dicho primer momento permitirá apreciar ya una tentativa omisiva, respecto a la que posteriores actos de evitación o salvación de la lesión concreta de un bien jurídico determinado obrarán a modo de desistimiento. Consideraciones de este género son las que permiten apreciar una omisión imprudente en el caso enjuiciado en la S.T.S. (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de octubre de 1989, ponente Sr. Soto Nieto. El supuesto es aquí, como en los demás antes comentados, el de la muerte de un recluso a manos de otros internos. Sin embargo, en éste consta en los hechos probados que la Administración del centro tenía

«conocimiento reiterado del peligro concreto que se cernía sobre la vida del preso fallecido [...] al haberse producido no vagas conjeturas, sino muy concretas y definidas amenazas de acabar con la vida del recluso.»

Pese a ello, no se adoptaron por parte de las personas competentes, como parece lógico que se hiciera, ni «medidas de alejamiento o traslado de internos», ni tampoco de vigilancia específica de los «lugares o recintos en los que fuera más factible la consumación del proyecto de dar muerte a la víctima», ni, en general, los medios coercitivos para evitar daños a las personas que prevén los arts. 45.b) de la Ley General Penitenciaria y los arts. 76 y 276 del Reglamento. Con todo, pese a darse tan evidentes negligencias omisivas en las instancias del centro penitenciario competentes para la adopción de las diversas medidas señaladas, la sentencia (a mi juicio inexplicablemente) estima que no se trata aquí

«de causalidad directa, inherente a la autoría y determinante de responsabilidad penal, sino de comportamiento de especial significación e influencia en la vertebración causal de los hechos propiciadores de la infracción criminal, de los que puede derivarse una vinculación de responsabilidad civil subsidiaria.»

También cabe detectar elementos de una omisión imprudente, aunque mezclados con una situación de deterioro global del centro, a la que luego dedicaremos algunas líneas, en el supuesto de hecho de la S.T.S. de 12 de julio de 1990, ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado, en la que el único objeto de debate lo constituía la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña, responsabilidad que es afirmada por el Alto Tribunal. En el caso, dos reclusos matan a puñaladas a un tercero, sin que nin-

---

(15) Cfr. sobre esto SILVA SÁNCHEZ, «El delito de omisión», págs. 287-288.

gún funcionario se halle presente para impedirlo, advirtiendo el T.S. el incumplimiento, por parte de la Administración competente, de múltiples medidas precautorias indudablemente debidas:

La Generalidad de Cataluña omitió dotar al centro penitenciario «de los medios materiales y personales necesarios para asegurar el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines —no se olvide que un solo funcionario atendía la vigilancia y control de unos 500 reclusos—; tener separados a los que presenten deficiencias mentales —Diego A. J. (16) convivía en régimen de normalidad no obstante tener un nivel intelectual lindante con la subnormalidad y una personalidad deformada, con inadaptación social y rasgos de comienzo insidiosos de esquizofrenia, siendo propenso a reacciones desproporcionadas y agresivas que, sin anular, disminuyen notablemente sus capacidades de obrar y de querer—, practicar periódicos registros en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen —en este caso, o no se hacían o eran prácticamente inútiles— y, desde luego, contar con los servicios médicos de instalaciones y personal adecuado del que, según la sentencia, carecía la “Cárcel M.” de Barcelona en el momento de Autos, todo lo cual dio lugar, al conjugarse, a que dos de los internos condenados, campando por sus respetos, pudieran sin obstáculo alguno personarse, armados de navaja y pincho, en la celda que ocupaba en unión de otros Francisco R. V., apuñalarle con ella y darle muerte por el vano motivo de estimar le había quitado a uno de ellos un modesto transistor que se negaba a devolver, evento letal que no hubiera ocurrido si se hubieran observado los reglamentos establecidos para el buen gobierno y régimen de las cárceles y se hubiesen cumplido escrupulosamente las especiales medidas que se requerían en este supuesto...»

En el caso se da sin duda una situación global de deterioro, que se manifiesta en la relación entre el número de reclusos y el número de funcionarios, así como en la inexistencia de instalaciones y personal médico; ello merece algún comentario, que realizaremos más adelante, pero ya ahora debe señalarse que, en todo caso, de tales deficiencias no son responsables los funcionarios del centro. En cambio, se ha producido también la omisión de una serie de medidas precautorias que parecen debidas ante la presencia de una situación de «peligro de peligro», representada por la presencia en el centro de un sujeto agresivo y propenso a reacciones desproporcionadas. Tales medidas (aislamiento del sujeto peligroso o, en su defecto o imposibilidad, exhaustivos registros que anulen la posibilidad de que se provea de medios lesivos) que a mi juicio vienen demandadas por cualquier concepción acerca del comportamiento diligente en estos casos, fueron sin embargo omitidas por el sujeto individualmente competente para

---

(16) Uno de los autores del hecho.

adoptarlas, que sería en general el director del centro. Además, un juicio ex post muestra que tales medidas, de haber sido adoptadas, podrían muy probablemente haber evitado el resultado. Todo ello determina que no pueda descartarse en este supuesto la presencia de una omisión imprudente a los efectos del Derecho penal (17).

En conclusión, pues, la omisión de medidas precautorias cuando se da una situación de «peligro de peligro» debe estimarse ya omisión penalmente relevante. En el caso de que no se estimara punible —según aquí se sostiene— como «omisión en sí» (*omissio libera in se*), a la vista de la posterior imposibilidad de evitar el hecho en el momento de inmediatez del peligro para un bien jurídico concreto, cabría estimar que la inicial omisión de medidas precautorias constituye el núcleo de la imputación penal por la vía de la *omissio libera in causa* (*omissio libera in omittendo*). Como es sabido, ésta se produce cuando en la última fase la evitación del resultado se revela como imposible para el sujeto, pero éste, a sabiendas de ello, no adoptó medida precautoria alguna en un momento anterior en el que éstas sí podrían haber resultado posibles y eficaces.

4. Un caso límite en esta línea, tal como anunciábamos más arriba, es aquél en el que no es posible en el momento de la agresión adoptar medi-

---

(17) Otro tanto sucede en el supuesto de hecho de la S.T.S. (Sala 3ª) de 4 de enero de 1991, ponente Sr. Esteban Alamo, que afirma la responsabilidad administrativa de la Generalidad de Cataluña por fallecimiento de un recluso a manos de otro. En este caso se encontraban 711 internos en una galería en la que debía haber 120, lo que es revelador de la situación de deterioro genérico a que antes también hemos aludido. Sin embargo, también consta que los funcionarios de la galería habían elevado una comunicación al Jefe de Servicios indicando que: «varios internos de la misma eran totalmente nocivos para la galería, perturbando la marcha de la misma con posibles acciones punibles de agredir y coaccionar a los demás internos, sustraer a los compañeros materiales y dinero, embriaguez producida por la ingestión de drogas y poseer objetos prohibidos (pinchos para intimidarles), lo que producía como resultado un malestar en la galería y tensión entre los propios internos que tenían que transigir toda clase de abusos, siendo incapaces los internos afectados de poder presentar denuncia por estar amenazados de muerte y ser considerados por el resto de la población reclusa como “chivatos”, pudiendo saberse que el utensilio que utilizaban para robarles el dinero era un cuchillo de la calle de grandes dimensiones que no pudo ser encontrado». Obviamente, la situación de superpoblación es responsabilidad de niveles superiores de la Administración penitenciaria, como luego trataremos de poner de manifiesto. Pero es obvio que ante indicios concretos (incluso días antes había sido apuñalado un hermano del homicida) de que hay sujetos peligrosos que agreden, roban y amenazan a los demás reclusos, los cargos directivos del centro deben adoptar las medidas debidas por la más elemental diligencia: registros, traslados de celdas o galería, peticiones de traslado de centro. Nada de eso, a lo que parece, se hizo, poniendo de relieve lo que a mi juicio es una omisión imprudente penalmente relevante, por cuanto la realización de lo omitido habría evitado, con alta probabilidad, la producción del resultado lesivo. Una prueba de ello es que se señala que «inmediatamente después de la agresión, se llevaron a cabo los correspondientes registros, a consecuencia de los cuales fueron encontrados diversos pinchos y espadas de fabricación carcelaria».



das de evitación del resultado lesivo, pero, además, a la vista del deterioro de la situación en la concreta institución penitenciaria de que se trate, tampoco pueden adoptarse medidas precautorias en momentos previos, pues los funcionarios han perdido por completo el control del centro. Situaciones así, no tan infrecuentes a lo largo de los años setenta y ochenta en nuestro país, se reflejan, por ejemplo, en la S.T.S. (Sala 4.ª) de 15 de julio de 1988, ponente Sr. Bruguera Manté. Se trata, nuevamente, de que varios reclusos apuñalan a otro, perteneciente a un grupo con el que mantenían diferencias en temas de convivencia. La A.P. Madrid (en Sentencia de 18 de febrero de 1983) les condena, pero sin establecer ni responsabilidad omisiva de funcionario alguno ni siquiera responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Esta responsabilidad patrimonial del Estado se reclama ahora en vía administrativa, admitiéndose. En los Antecedentes de hecho consta que

«se desconocía previamente las posibles circunstancias que motivaron los incidentes, pues en aquellos momentos era imposible conocer los problemas y tensiones específicos que pudieran existir en la 7.ª galería, debido a las circunstancias por las que atravesaba la misma, ya conocidas de la Dirección General, que se encontraba en situación prácticamente de ruina, con la mayor parte de las celdas destrozadas y sin puertas, con agujeros de comunicación entre unas y otras y superpobladas por necesidad física de tener que acoger a los numerosos internos con que contaba el centro, lo que, sin duda, propiciaba el descontrol»;

«existía un exceso de población interna, y que únicamente había dos galerías nuevas en condiciones de cierta seguridad y control, y que en numerosas ocasiones se había participado a la Dirección General esta sobreabundancia de presos, problema que, al parecer era común a otros centros penitenciarios, por lo que no se había podido reducir el número hasta el momento»;

«la dirección del centro y los restantes funcionarios no tenían en aquellos momentos otra forma de actuación, ya que la situación del establecimiento no se lo permitía, pues el edificio estaba prácticamente en ruina [...], siendo este estado especialmente destacable en la 7.ª galería, y que en tales circunstancias, y con a todas luces escaso número de funcionarios (tres por cada 250, aproximadamente), era muy pobre el control que se podía ejercer sobre los reclusos, ni para efectuar los recuentos, ni para saber dónde estuvieren en cada momento ni lo que estaban haciendo».

El Tribunal concluye que:

«la existencia de tres funcionarios para la custodia de 250 presos hacía absolutamente imposible la protección de la vida y de la integridad física de los internos que el Estado, a través de sus servicios, está absolutamente obligado a salvaguardar, y si a ello se une que se mantenía a los

internos en una situación de hacinamiento y de superpoblación a todas luces inadmisibles en una galería destruida y prácticamente en ruinas que hacía imposible cumplir mínimamente las condiciones reglamentarias para proteger la vida y la integridad de los presos (como reconoce el director del establecimiento), resulta de una evidencia aplastante que aquí se dan, y notoriamente, todos los indicados requisitos para que proceda declarar, desde luego, la responsabilidad del Estado en la muerte que aquí juzgamos y por la que el mismo debe, por tanto, indemnizar.»

La cuestión es, aquí, si se dan los fundamentos de una posible atribución de responsabilidad penal. Al respecto, debe descartarse en primer lugar la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios inferiores, dado que la posibilidad y exigibilidad de la actuación en evitación del resultado son elementos del tipo de omisión y aquí no se daba ninguno de estos dos requisitos. Tampoco parece posible hablar de una responsabilidad penal del director del centro: en la vida diaria del centro, éste se encontraba en la misma situación de imposibilidad de actuación que el resto de sus funcionarios (18). Ciertamente habría podido no asumir la dirección, si es que ya sabía que en el caso de que surgieran situaciones de peligro no podría hacerles frente, o bien podría haber dimitido al advertir la dimensión del deterioro del centro penitenciario. Sin embargo, es dudoso que ex ante tales conductas pudieran verse como adecuadas para evitar una lesión de bienes jurídicos como la producida y, asimismo, que pudiera determinarse ex post que las referidas medidas habrían conseguido con alta probabilidad evitar el resultado. La dimisión o la no asunción no habrían tenido otro efecto que el nombramiento de otra persona, y no ciertamente la evitación del resultado. Y, como ya hemos apuntado, la responsabilidad en comisión por omisión imprudente requiere (al igual que la responsabilidad por delito consumado en el caso de la comisión por omisión dolosa) no sólo que ex ante la conducta omitida se observara como adecuada para salvaguardar el bien jurídico, sino también que ex post pudiera determinarse que la realización de la conducta omitida habría conseguido la evitación de la lesión del bien jurídico. Ninguno de los dos aspectos puede estimarse concurrente, por lo que debe concluirse que no hay una obligación (jurídico-penal) de dimitir o de no asumir la dirección del centro correspondiente.

Todo ello nos conduce a pensar en sujetos integrados en niveles superiores de la Administración penitenciaria como posibles responsables penales de estos hechos. Ello constituye un importante problema cuando nos hallamos —como ocurre en la Administración pública— en una estructura jerárquica con divisiones también horizontales en cuanto a las competencias sobre una determinada materia. Pero en principio no cabe duda de que

---

(18) Otra conducta posible (e indicada) para el director del centro sería la de elevar informes sobre la situación del centro, solicitando la adopción de las correspondientes medidas para resolver los problemas más urgentes del mismo. Pero ésta se realizó.

mantener reclusos a cientos de personas a sabiendas de la imposibilidad clara de cumplir el deber de velar por su vida, así como por su salud y su integridad física habría de constituir suficiente fundamento de responsabilidad jurídico-penal y no sólo de una mera responsabilidad política. En efecto, la no adopción de medidas para poner término a una situación así, a sabiendas de que en el caso de que se produzca un supuesto de «peligro de peligro» (enemistades, amenazas) éste no podrá ser detectado, ni, por tanto, tomadas las medidas concretas para evitar que surja de ahí un peligro ya inminente de lesión de la vida o integridad de un recluso, debe estimarse constitutivo de una omisión jurídico-penalmente relevante. Tal omisión la estimamos imprudente por entender que el sujeto que no adopta tales medidas lo hace «confiando» en que, pese a todo, no se producirá el resultado lesivo; sin embargo, lo cierto es que, a la vista de la experiencia, el deterioro puede ser tal que no quepa confiar racionalmente en la no producción del resultado, lo que nos llevaría al ámbito del dolo eventual. En todo caso, sea cual sea la configuración del tipo subjetivo, debe poder hablarse de omisión punible, dándose como único —pero nada irrelevante— problema el de la determinación de la persona o personas concretas (la responsabilidad penal es responsabilidad individual) a las que podría atribuirse en concreto el hecho. El tema es, sin duda, complejo, por constituir un aspecto del tema, más general, de la responsabilidad penal en el marco de estructuras organizadas jerárquicamente y sería ilusorio pretender resolverlo aquí. Sin embargo, podría formularse un criterio genérico de responsabilidad en los siguientes términos: responde por omisión de la muerte violenta de un recluso a manos de otro todo aquel sujeto con competencias en la cadena jerárquica de la Administración penitenciaria que, ante una situación de peligro (aunque sea de «peligro de peligro» o incluso aunque venga definida por la propia imposibilidad de detectar situaciones de «peligro de peligro»), negligentemente —como mínimo— no adopta medidas que se hallan dentro del ámbito de su competencia y que ex ante se advierten como adecuadas para evitar que ese peligro se convierta en lesión. La acción indicada puede consistir en realizar acciones directas de salvaguarda, en adoptar medidas precautorias, en dar órdenes a otros, en elevar informes o peticiones, etc. Un problema propio de los casos en que la omisión se estime meramente imprudente (que serán la mayoría) es que la sanción por delito consumado (única posible en los hechos imprudentes) requiere que quepa imputar objetivamente el resultado al hecho omisivo del sujeto. Esto último, a su vez, exige, como se ha señalado ya antes —aunque aquí, como es sabido, se dan hondas discrepancias doctrinales— que pueda constatarse ex post que la acción omitida, de haber sido realizada, habría podido evitar el resultado. De modo que, en los casos en que la acción indicada consistiría en elevar peticiones o en dirigir informes, podría alegarse que, aunque se hubieran elevado, el cargo superior no habría adoptado medida alguna para evitar el resultado, algo que no parece fácilmente rebatible cuando, en última instancia, nos movemos entre pro-

blemas cuya explicación última es de índole presupuestaria. Pero de todos modos no parece posible excluir que, ante situaciones muy excepcionales de las que pueden derivarse riesgos para la vida humana, los altos cargos políticos de la Administración Penitenciaria, la Administración de Justicia en general y el propio Gobierno de la nación, adoptaran también medidas excepcionales encaminadas a darles alguna solución de urgencia. Todo ello abonaría la solución de atribuir responsabilidad a quienes, en el ámbito de sus atribuciones, no realizaran actos encaminados a dar solución a tales situaciones límite de deterioro en el ámbito penitenciario.

#### IV

1. En conclusión, debe afirmarse lo insatisfactorio de una situación jurisprudencial en la que la muerte violenta de un recluso a manos de otro no genera en ningún caso responsabilidad penal omisiva de funcionarios penitenciarios determinados, sino una mera responsabilidad patrimonial (civil o administrativa) de la Administración estatal o autonómica competente. Ello, a pesar de que en tal muerte violenta han incidido factores que no sólo son expresión de defectos estructurales de la organización de los centros (no imputables a nadie en particular), sino que en ocasiones también ponen de manifiesto la existencia de omisiones imprudentes o incluso comisiones activas imprudentes de sujetos determinados, a quienes, por tanto, cabría atribuir una responsabilidad personal, que sería obviamente de naturaleza penal.

2. Dado que se parte de que los funcionarios con responsabilidades en la materia de seguridad del centro son autores idóneos, cada uno en la medida de sus competencias, de una comisión por omisión en caso de agresión dolosa sufrida por un interno, el núcleo problemático se halla en la determinación de qué es «lo imprudente», la «no actuación imprudente» en este ámbito. El tema es complejo y no puede resolverse indicando que la muerte del recluso pone de relieve la existencia de alguna imprudencia. Más bien habrá que analizar cada situación y determinar si en ese caso concreto la diligencia debida exigía de los funcionarios la adopción de medidas que no se tomaron. Además, no debe olvidarse que muchas veces se producen conflictos entre los deberes relacionados con la seguridad y los deberes relacionados con la intimidad o con la existencia de una situación mínima de libertad de los reclusos que favorezca su reinserción. Esto implica que, en general, la mayoría de las medidas no deban adoptarse antes de que se tenga constancia de la existencia de una situación concreta de peligro (aunque sea de «peligro de peligro») para algún recluso. Una anticipación de esta barrera, que en sí ya supone una anticipación respecto al momento del peligro en sí, sólo es concebible en situaciones en las que la propia detección de supuestos de «peligro de peligro» (a saber, enemistades, amenazas, etc.) quede excluida a la vista del deterioro de la vida en

el centro. En tales circunstancias, puede estimarse que la no adopción de medidas para devolver el centro a una normalidad que permita controlar la vida del mismo y descubrir posibles situaciones de inseguridad es, en sí misma, imprudente.

3. El problema es, entonces, el de los sujetos responsables. Estos pueden ser, en primer lugar, los funcionarios individuales encargados de la seguridad en las dependencias del centro, en la medida de su competencia y de sus posibilidades de hacer frente a situaciones concretas. Sin embargo, en estimar que sólo pueden ser responsables tales funcionarios inferiores y que, en caso de no serlo ellos, no es posible acudir a analizar la responsabilidad de funcionarios de rango superior radica un error que debería ser corregido (19). En efecto, los funcionarios de nivel inferior se hallan en muchas ocasiones en situaciones de imposibilidad o inexigibilidad de realizar actos de evitación de peligros, lo que descarta la posibilidad de imputarles hechos típicos omisivos. En cambio, en tales situaciones subsiste la posibilidad de atribuir responsabilidad a los cargos directivos del centro, a quienes compete el ordenar la práctica de determinadas medidas generales o particulares, también en tanto que no realicen lo exigido por las normas de diligencia en el ámbito de su respectiva competencia. Finalmente, es posible también afirmar la responsabilidad de cargos superiores de la Administración penitenciaria, competentes, por ejemplo, para adoptar la medida del traslado de un recluso de un centro a otro. La responsabilidad de estos sujetos pasa a un primer plano en los casos de deterioro de la situación en el centro, que se hace prácticamente incontrolable para el director del mismo y sus subordinados. Pese a ello, como hemos notado, es cierto que la apreciación de responsabilidades penales en estos niveles se ve considerablemente dificultada, al ocultarse las responsabilidades individuales en los entresijos de la Administración pública y los altos cargos políticos del Estado. De todos modos, conviene subrayar la posibilidad de afirmar responsabilidades penales, concurrentes o no (pues son de naturaleza diversa) con responsabilidades políticas por la situación de los centros penitenciarios.

4. Los Tribunales habrían de esforzarse por depurar las responsabilidades penales eventualmente concurrentes en estos casos. Ciertamente, como se señaló, las posibles omisiones en este punto no son imputables a la Sala 2.<sup>a</sup> del T.S., que se mueve en los estrechos márgenes que le permite el recurso de casación. Por contra, en los niveles inferiores, Jueces de Instrucción, Fiscales y Audiencias provinciales deberían advertir la posibili-

---

(19) Así, en la constatación concreta de que «no se deduce ninguna clase de responsabilidad de la actuación de los funcionarios de servicio de la 4.<sup>a</sup> galería, a quienes en las circunstancias actuales resulta materialmente imposible mantener el control de los movimientos de internos dentro de ésta [S.T.S. (Sala 3.<sup>a</sup>) de 4 de enero de 1991], no debería cesar la investigación de las posibles responsabilidades penales, sino que habría que remontarse a niveles superiores en la cadena jerárquica.

dad de tales responsabilidades penales de sujetos integrados en la Administración Penitenciaria, sin dejar que la pretensión —por otro lado loable— de dar justa reparación a los familiares de la víctima se convierta en único objeto real de discusión.

# Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN ENERO-JUNIO DE 1991  
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA**  
Universidad Autónoma. Madrid

## **I. CONSTITUCION**

### **ARTÍCULO 15**

#### *Derecho a la vida*

Pues bien, dado que, como no puede ser de otro modo, las decisiones y los fallos han de integrarse en los fundamentos que les sirven de base determinante o *ratio decidendi* para poder hablar con propiedad de una resolución judicial, resulta patente que, si bien se mantiene la decisión de Juez de Vigilancia, sólo se confirma por el momento y sin perjuicio de las medidas que más adelante pudieran adoptarse «a la vista de su evolución clínica posterior». Con toda claridad se exige, pues, un seguimiento médico del interno, a fin de que se le informe de su evolución y de los posibles peligros que para su vida se vayan generando. Y es más, la intervención forzosa de la Administración no se restringe ni limita, como se hacía por el Juez de Vigilancia, a que se llegue al estado de inconsciencia por parte del recluso, sino que, cuando el estado de salud del interno se agrave, «se procederá —como expresamente se ordena en el Auto— conforme a lo previsto en el Reglamento Penitenciario», es decir, a atenderlo debidamente, ya sea en el propio centro penitenciario o en un establecimiento hospitalario. Esta intervención no puede ser otra, naturalmente, que la administración de la terapéutica y alimentación adecuadas al caso y haciéndolo de forma coactiva si fuere necesario.

(Sentencia número 11/1991, de 17 de enero. R.A. 1881/90 «B.O.E.» de 13 de febrero de 1991. Ponente: Fernando García-Mon.)

### **ARTÍCULO 20.1a)**

#### *Derecho a la libre expresión del pensamiento*

Nos queda por analizar la consistencia de la imputación relativa a la vulneración del art. 20.1a) de la C.E., que el recurrente dirige a las sentencias recurridas en amparo. El

señor G. C. fue condenado por aplicación del art. 570.6 del Código Penal, que prevé determinadas sanciones para «los que ofendieren de modo leve a los agentes de la autoridad, cuando ejerzan sus funciones, y los que, en el mismo caso, les desobedecieren». Entendió el juzgador, en efecto, que el demandante, a tenor de los hechos declarados probados, había cometido dos faltas: una de ofensas leves y otra de desobediencia leve a los agentes de la autoridad. El recurrente centra sus alegaciones en lo que se refiere a la condena por ofensas leves, al estimar que supone una vulneración de su derecho a la libertad de expresión. No hace, por el contrario, referencia alguna a la condena por desobediencia, aspecto éste sobre el que no cabe, pues, que nos pronunciemos, al no haber sido traído a este proceso.

Las ofensas consistieron, a lo que parece (ya que el juzgador no conecta precisamente los hechos con los tipos penales señalados, ni justifica o motiva la calificación de los mismos), en las manifestaciones verbales del recurrente, vertidas en alta voz en un bar sobre las 5.15 horas del 12 de enero de 1988, en el sentido de que no había derecho a que los Policías tomaran café, pues lo que tenían que hacer era patrullar por las calles, ya que para eso se les pagaba, y de que eso (la circunstancia de que dos Policías Nacionales de servicio se encontrasen en un bar, sin duda) lo iba a saber el Delegado del Gobierno, que era amigo suyo.

Nos hallamos, pues, ante un supuesto en que hay que decidir si una condena penal por tales manifestaciones contraviene el derecho fundamental del recurrente a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra» reconocido en el art. 20.1a) del Texto constitucional, o si bien tal condena se halla justificada por la defensa y salvaguardia de otros derechos y principios (como pudieran ser el honor de las personas o la función de los Cuerpos de Seguridad), reconocidos por la Constitución y protegidos por el Código Penal. Este Tribunal ha tenido ya diversas oportunidades de pronunciarse sobre este tipo de cuestiones, tanto referidas al ejercicio de la libertad de expresión por medios de comunicación de gran audiencia, como por ciudadanos al margen de tales (como ejemplos, S.T.C. 71/1990, para el primer caso; 165/1987 para el segundo). Y ha sido doctrina continuamente mantenida, desde su sentencia 104/1986 (caso Soria Semanal) que cuando los órganos judiciales aprecien la posible existencia de una conducta integrable en una contravención de los preceptos penales que protegen el honor de las personas y la dignidad de las instituciones (como es el caso del art. 570.6 del Código Penal), están obligados a efectuar un juicio ponderativo que les permita dilucidar, a la vista de las circunstancias presentes en el caso de que conozcan, si semejante conducta halla cabal acomodo en la práctica del derecho fundamental referido. El resultado de esa ponderación es, desde luego, susceptible de revisión en esta sede, al objeto de otorgar el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se revela constitucionalmente legítimo o denegarlo en el supuesto contrario. Naturalmente, de faltar la repetida ponderación o resultar la misma manifiestamente carente de fundamento, habría de entenderse vulnerado el citado precepto constitucional.

Debemos recordar igualmente que no podría encuadrarse en el ejercicio constitucionalmente legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión ni tendrían el valor de causa justificativa locuciones o manifestaciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público, sean formalmente injuriosas de las personas a las que se dirijan.

Sentado lo anterior, puede observarse, en el supuesto que examinamos, que la sentencia del Juez de Distrito no sólo no contiene el juicio ponderativo requerido, sino que



su misma motivación en tanto que resolución judicial —y además penalmente condenatoria— se demuestra claramente insuficiente, al circunscribirse el juzgador a declarar que los hechos probados constituían «las dos faltas cuya calificación hizo el Ministerio Fiscal en el acto del juicio celebrado, por cuanto una persona ofendió levemente a los Agentes de la Autoridad cuando ejercían sus funciones y también los desobedeció en el mismo caso». La sentencia del Juez de Instrucción, por su parte, motiva formulariamente la desestimación del recurso de apelación, sin entrar a valorar la queja del recurrente de vulneración de su derecho a la libertad de expresión, planteada en la vista de dicho recurso, según consta en las actuaciones.

De acuerdo con nuestra doctrina acerca de la exigencia de ponderación, esto ya sería bastante de por sí para otorgar el amparo impetrado. Debe añadirse, sin embargo, otra consideración que refuerza la necesidad de tal otorgamiento. En efecto, el demandante, al verter, en el interior de un establecimiento público, las opiniones reseñadas acerca de la presencia en el mismo y en tanto que clientes de dos Policías Nacionales de servicio, formuló una crítica al comportamiento de los agentes de la autoridad, censurando lo que en su escrito era una falta de celo en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y prevención, que, independientemente de su carencia de fundamento, no puede reputarse ajena al ejercicio legítimo de la libertad de expresión, por cuanto los sujetos pasivos de dicha crítica lo fueron en su condición de funcionarios públicos y por un ciudadano a quien le asiste la facultad de enjuiciar, dentro de los límites de corrección verbal apuntados, la labor que, en uso de esa condición, dichos funcionarios desempeñen.

(Sentencia número 65/1991, de 22 de marzo. R.A. 1067/88. «B.O.E.» de 24 de abril de 1991. Ponente: Luis López Guerra.)

#### ARTÍCULO 24.1

##### *Derecho a la tutela judicial efectiva*

Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, la tutela judicial efectiva se salvaguarda con la obtención, por regla general, de una resolución de fondo, que puede ser, sin embargo, liminar, es decir, de negativa inicial a entrar en el fondo, si se basa en una disposición legal y se razona su procedencia (S.S.T.C. 37/1982, fundamento jurídico segundo; 68/1983, fundamento jurídico 6.º; 93/1984, fundamento jurídico 5.º a); 153/1988, fundamento jurídico 4.º; 62/1989, fundamento jurídico segundo).

Ciertamente, como le recuerda al ahora demandante de amparo el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo del Auto aquí impugnado, la Audiencia de Oviedo considera que existe una total ausencia de dolo, «por lo que, tratándose de un delito doloso, lo que se viene a sostener es que el recurrente no obró típicamente». Así las cosas, no cabe impugnar en amparo un fallo absolutorio en razón a los fundamentos que le sirven de base y el Auto que *de facto* lo confirma, cuando estos fundamentos son del tenor mencionado. Pues, como ya se dijo en la citada S.T.C. 79/1987, fundamento jurídico segundo, «desde el punto de vista constitucional no merece crítica la tesis del Tribunal Supremo de que no puede recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la Sentencia de la que no derive perjuicio alguno para él».

(Sentencia número 51/1991, de 11 de marzo. R.A. 1427/88. «B.O.E.» 16 de abril de 1991. Ponente. Alvaro Rodríguez Bereijo.)

De lo expuesto resulta que, permaneciendo las internas en la misma situación continuada e ininterrumpida de huelga de hambre y sin alteración alguna respecto de estas circunstancias, las resoluciones judiciales ahora impugnadas, especialmente la dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, han modificado sustancialmente lo que ya había sido decidido por resoluciones judiciales firmes y ratificadas por este Tribunal en virtud del A.T.C. 406/1990, sobre la alimentación forzosa y el tratamiento médico de las internas en huelga de hambre, y que esta modificación se ha producido exclusivamente por la circunstancia del traslado de las internas, decidido por la Administración Penitenciaria, de la Prisión de Basauri en la que se hallaban al Centro Penitenciario de Logroño. Es decir, que un acto administrativo cuyo objeto es el simple traslado de las internas, puede producir, según las resoluciones impugnadas, una modificación de resoluciones anteriores y firmes y que, además, habían sido confirmadas por este Tribunal.

Ello entraña la infracción de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la Constitución y que comprende, conforme al art. 117.3 de la C.E. y reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. Ejecución e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales que alcanza también, como ampliamente se razona en la S.T.C. 174/1989, a las dictadas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que «adquieren firmeza de no interponerse contra ellas recurso alguno en tiempo y forma por parte de los sujetos legitimados» (fundamento jurídico tercero), y por ello, «[...] se evidencia que, efectivamente, el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Ocaña era una resolución firme que no podía ya ser modificada. Su modificación, sin base legal para ello —concluye esta sentencia (fundamento jurídico 6.º)— ha vulnerado, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes». A esta inmodificabilidad se refiere también en términos generales la reciente S.T.C. 11/1991, que, con cita de la S.T.C. 119/1988, reproduce su fundamento jurídico segundo en los siguientes términos: «La inmodificabilidad de las resoluciones firmes de los Tribunales constituye un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva, que no ha de verse como un mero aspecto formal y accesorio del derecho fundamental garantizado en el art. 24.1 C.E.»

Consecuentemente, ha de declararse que la tutela judicial efectiva ha sido lesionada desde el momento en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria de Logroño y la Audiencia Provincial de La Rioja posteriormente, aceptaron la tramitación de un asunto que ya había sido objeto de debate ante la jurisdicción ordinaria y que había concluido por resolución firme de fondo, desconociendo así dichos órganos judiciales lo establecido en el art. 18.1 de la L.O.P.J. y en el art. 408 y concordantes de la L.E.C. y la jurisprudencia de este Tribunal que, con referencia al art. 24.1 C.E., ha quedado citada.

(Sentencia número 67/1991, de 22 de marzo. R.A. 1896/90. «B.O.E.» de 24 de abril de 1991. Ponente: Fernando García-Mon.)

La S.T.C. 23/1988 ha establecido una doctrina que, en lo que aquí interesa, declara que «la tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto

implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.7 del Código Civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a las que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de las normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se basa sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la Ley y a la Constitución (S.T.C. 17/1981), añadiéndose a continuación que «dentro de la prestación que supone la tutela judicial se integra así el sometimiento del Juez a la Ley para resolver la pretensión planteada ante él, sometimiento que no excluye, sino por el contrario presupone, la posibilidad de plantear ante este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso. De no hacerlo así, dejando de aplicar indebidamente, por supuesta inconstitucionalidad, una norma legal relevante para el caso, habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte».

(Sentencia número 12/1991, de 28 de enero. R.A. 1098/87. «B.O.E.» de 25 de febrero de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia omisiva*

Estaríamos, por tanto ante una incongruencia omisiva a la que este Tribunal ha dado respuesta ya en múltiples resoluciones (entre otras muchas, las S.S.T.C. 59/1983, 5/1986, 8, 84, 116, 169/1988, 91/1989 y 175/1990). En esta última afirmábamos que desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, el problema de la relevancia que corresponde atribuir a la ausencia de respuesta judicial expresa respecto de alegaciones que de ser admitidas, impedirían un pronunciamiento de fondo, no es susceptible de ser resuelto con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo o no del derecho fundamental. Antes bien, en cada caso concreto deberán tenerse presentes las circunstancias que en él mismo concurren para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita que satisfaga suficientemente las exigencias del derecho a la tutela judicial.

(Sentencia número 198/1990, de 10 de diciembre. R.A. 1024/88. «B.O.E.» de 10 de enero de 1991. Ponente: José Gabaldón López.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*

Con carácter general, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la Constitución, comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos. Y, si bien la decisión sobre el cumplimiento de dichos requisitos, y la comprobación, en cada caso, de la concurrencia de

las exigencias materiales y formales para la admisión del recurso es competencia jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 C.E. al correspondiente órgano judicial; esto es, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se trata del recurso de casación penal, sin embargo, es propio de la Jurisdicción Constitucional, a través del recurso de amparo, preservar el indicado derecho fundamental, evitando que la imposición de formalismos enervantes o una interpretación de las normas que regulan las exigencias formales del recurso, claramente desviada de su sentido y finalidad, impidan la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación suscitada (S.S.T.C. 19/1983; 57/1984; 60/1985; 36/1986; 3/1987, y 185/1988, entre otras muchas).

(Sentencia número 98/1991, de 9 de mayo. R.A. 1035/88. «B.O.E.» de 29 de mayo de 1991. Ponente: Fernando García-Mon.)

### *Indefensión*

El derecho a la defensa y la correlativa interdicción de indefensión, establecidos en el art. 24.1 de la Constitución, comporta la posibilidad de que sus titulares puedan hacer valer ante el órgano judicial competente sus derechos e intereses legítimos. De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (S.T.C. 36/1987); se trata, pues, con dichos actos de comunicación, de garantizar la defensa de las partes, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellas perseguidas, coloca al interesado en una situación de indefensión, que es lesiva del derecho fundamental citado cuando la falta de comunicación no tiene su causa en la pasividad o negligencia del interesado que adquirió conocimiento del acto o resolución por otros medios distintos (S.S.T.C. 9/1981, 1/1983, 22/1987, 72/1988 y 205/1988).

(Sentencia número 202/1990, de 13 de diciembre. R.A. 1462/87. «B.O.E.» de 10 de enero de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

Recuérdese, por lo demás, la reiterada doctrina de este Tribunal relativa a que la indefensión prohibida por el art. 24.1 C.E. no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, sino sólo la que se traduce en real privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial, excluidas, por tanto, las debidas a la pasividad, error o impericia de las partes o profesionales que los defienden (S.S.T.C. 101/1989, 169/1990 y 174/1990).

(Sentencia número 34/1991, de 14 de febrero. R.A. 888/88. «B.O.E.» de 18 de marzo de 1991. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Reiteramos ahora, siquiera sea de modo conciso, la decisiva importancia que desde la perspectiva constitucional tienen los actos judiciales de comunicación, imprescindibles para salvaguardar el derecho de las partes de estar presentes, comparecer y defender sus intereses y conductas en toda clase de procesos del orden jurisdiccional que fuere.

La comunicación, el llamamiento a la parte legitimada, es decir, con derecho a comparecer y ser oída en contradicción, por ostentar interés legítimo o derecho bastante, ha de ser efectiva, cierta y real, de tal modo que conste la seguridad o certeza de la recepción y con ello la posibilidad, sin obstáculos, de ejercitar la oportuna defensa u oposición en el correspondiente proceso judicial. Esto es lo que quiere, efectivamente, el art. 24 C.E. al ordenar, de modo tajante, que en ningún caso pueda producirse indefensión, indefensión que sería más acentuada, de producirse, en el orden jurisdiccional penal, como es lógico.

(Sentencia número 99/1991, de 9 de mayo. R.A. 1127/88. «B.O.E.» de 29 de mayo de 1991. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

## ARTÍCULO 24.2

### *Principio acusatorio*

Ver Sentencias números 47/1991 y 72/1991, de 28 de febrero y de 8 de abril, sobre Juicios de faltas. Artículos 969 y 978 L.E.C. y 7 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

### *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Es doctrina constante de este Tribunal la de que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, incorpora en su enunciado un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto ha de ser alcanzado mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Estos factores —ha afirmado este Tribunal siguiendo de cerca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— pueden quedar reducidos a los siguientes: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tiempo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y, finalmente, la conducta de los órganos judiciales y la consideración de los medios disponibles (entre otras, S.S.T.C. 223/1988, fundamento jurídico tercero; 28/1989, fundamento jurídico 6.º; 81/1989, fundamento jurídico tercero).

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa, y con arreglo a los citados criterios, es evidente que la demora del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en efectuar el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para la defensa y representación, respectivamente, del solicitante en la segunda instancia, constituye una grave e injustificada lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

(Sentencia número 37/1991, de 14 de febrero. R.A. 1578/88. «B.O.E.» de 18 de marzo de 1991. Ponente: Jesús Leguina Villa.)

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

Que la inejecución en el juicio oral de pruebas previamente admitidas puede vulnerar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa lo ha señalado

este Tribunal en diversas ocasiones y no parece necesario insistir mucho en ello. El derecho que el art. 24.2 de la Constitución reconoce, «inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste —tiene dicho la S.T.C. 147/1987, fundamento jurídico segundo y reiterado en la S.T.C. 50/1988, fundamento jurídico tercero— en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas (subrayamos ahora) por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo». Esto no supone, obvio es decirlo, desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al *thema decidendi*, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional.

(Sentencia número 59/1991, de 14 de marzo. R.A. 1374/88. «B.O.E.» de 16 de abril de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

### *Presunción de inocencia*

En primer término, no resulta admisible la calificación que efectúa el recurrente del certificado médico inicial —olvidando las ratificaciones posteriores efectuadas por el Médico forense—. Considerar, como se hace en la demanda, que tal declaración de ciencia tiene el valor de atestado pugna con la propia naturaleza del certificado en cuestión, que es una pericia técnica, que se adjunta al atestado (arts. 284, 292, 293 L.E.Cr.). Tal pericia no pierde su propio carácter por el hecho de que se adjunte, incluya, mencione o relacione en un atestado. Sólo éste tiene consideración de denuncia, tal como estatuye el centenario art. 297, I, L.E.Cr. (así, desde S.T.C. 31/1981). El atestado, tal como cabe entender rectamente del citado precepto, se refiere a las manifestaciones que se contienen vertidas por los funcionarios de Policía Judicial en el curso de sus averiguaciones. Y un examen médico, es decir, una determinada pericia, no es averiguación alguna. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de recordar la precedente distinción entre atestados y otros elementos que lo acompañan o complementan, en especial en relación a los tests de alcoholemia (por ejemplo, S.S.T.C. 100/1985, fundamento jurídico primero, o 147/1987, fundamento jurídico segundo, entre otras). Estas pericias practicadas, necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, e incluso con antelación al inicio del proceso *latu sensu* entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de diligencias.

En los presentes Autos resulta innegable la condición de prueba preconstituida que el certificado médico inicial y los posteriores forenses incorporan, dado que la determinación de las lesiones sufridas sólo pueden acreditarse en el momento de producirse y mientras éstas pueden ser observadas, es decir, mientras duran sus efectos o secuelas. El único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que pruebas preconstituidas periciales puedan tener es interrogar al Perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por la parte que pretende o ratificar su dictamen o, como podía haber sido aquí el caso, impugnar el mismo. No haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto que prueba documentada, que no documental, el órgano judicial, tal como estatuye el art. 726

L.E.Cr., haya examinado «por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad». No ha de olvidarse que este precepto encabeza la regulación de la prueba documental y de la inspección ocular y que, por tanto, de no efectuarse tacha alguna sobre los citados elementos, el Tribunal dispone libremente de ellos y puede formarse su pertinente convicción legítimamente.

(Sentencia número 24/1991, de 11 de febrero. R.A. 1332/88. «B.O.E.» de 15 de marzo de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Hemos de determinar si ha existido en el caso actividad probatoria de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, que lo es *ius tantum*; pues sólo podrá hablarse propiamente de vulneración de tal derecho fundamental en caso de vacío probatorio. Y este vacío se produce, o bien por no haberse practicado prueba alguna en el juicio, por haberse obtenido las pruebas con vulneración de derechos fundamentales, o por no mediar razonamiento de cargo alguno, ser éste irrazonado o abiertamente absurdo.

La Constitución exige, para que la presunción de inocencia se transforme en certeza judicial de culpabilidad, un proceso penal con todas las garantías, en esencia: Contradicción, intermediación, publicidad y oralidad (entre otras, S.S.T.C. 64/1986, fundamento jurídico cuarto; 82/1986, fundamento jurídico segundo; 82/1988, fundamento jurídico segundo; 254/1988, fundamento jurídico primero, y 98/1990, fundamento jurídico segundo). Dadas estas notas, la Constitución requiere, pues, que la prueba se practique en el acto del juicio oral, tal como establece el art. 741 L.E.Cr. De este modo, el imputado puede conocer el hecho que se le imputa y los medios probatorios por los que se pretende fijar tal hecho por parte de la acusación; así lo vienen recordando nuestras resoluciones desde la primera que hubo que dictar en esta materia, a saber, la S.T.C. 31/1981, y hemos reiterado hasta la muy reciente S.T.C. 24/1991.

Igualmente se ha venido modulando esta doctrina en la medida en que sucede, como es aquí el caso, que por uno u otros motivos, los testigos que han depuesto en forma durante las diligencias de instrucción, no pueden comparecer en el acto de la vista. Si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías (por ejemplo, S.S.T.C. 62/1985, fundamento jurídico segundo; 25/1988, fundamento jurídico segundo; 159/1989, fundamento jurídico tercero a); 201/1989, fundamento jurídico tercero; 51/1990, fundamento jurídico segundo; 154/1990, fundamento jurídico segundo), estamos ante la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado (art. 730 L.E.Cr.).

No admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos; S.T.C. 154/1990, fundamento jurídico segundo; pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías (S.S.T.C. 107/1985, fundamento jurídico segundo; 182/1989, fundamento jurídico segundo).

En el presente caso ese acervo probatorio ha sido traído al juicio oral por todas las partes intervinientes al proponer como prueba la documental de lo actuado. Y tan es así, que sólo uno de los acusados, aquí no recurrente, solicitó que ciertas declaraciones testimoniales que le incriminaban, vertidas durante las diligencias de investigaciones, no fueran tenidas en cuenta en su contra. Los demás imputados, incluido el recurrente, tal como se demuestra con una lectura del acta del juicio oral, no efectuaron al respecto reserva alguna. Así las cosas, al proponer la prueba documentada en el sumario sin restricción alguna para ser reproducida en el juicio oral y sin exigir la lectura de los pasajes de su interés (art. 730 L.E.Cr.), con su consiguiente ponderación en términos de defensa, el actor ha propiciado que todas las declaraciones con garantías que obran en las diligencias de investigación se incorporen plenamente al conocimiento y consiguiente enjuiciamiento del Juzgador (S.T.C. 82/1988, fundamento jurídico tercero). En consecuencia, a la vista de lo preceptuado en el art. 726 L.E.Cr., el órgano judicial pudo tomar en consideración sin limitaciones tales declaraciones al estar documentadas (S.T.C. de 11 de febrero de 1991, fundamento jurídico tercero).

Ha de tenerse presente por otro lado, que, en el presente proceso constitucional, la tacha que efectúa el recurrente a las pruebas testimoniales registradas con anterioridad al juicio oral y, consecuentemente, preconstituidas, es la de que no se reprodujeron en dicho auto; no efectúa, en cambio, tacha alguna respecto de su legitimidad para ser tenidas como prueba de cargo. Ciertamente, sí impugna el recurrente las conclusiones que de tales diligencias derivan los órganos judiciales que han entendido de su causa, pero, existiendo en las resoluciones judiciales impugnadas un razonamiento al respecto que no puede estimarse arbitrario o infundado, tal impugnación se sitúa en el terreno de la divergencia sobre la valoración de la prueba, tema en el que, obviamente, este Tribunal no puede entrar, dado que ello supone injerencia en la potestad jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 C.E.).

(Sentencia número 41/1991, de 25 de febrero R.A. 1324/88. «B.O.E.» de 27 de marzo de 1991. Ponente: Don Alvaro Rodríguez Bermejo.)

Ha de analizarse ahora si a las declaraciones prestadas en las dependencias policiales por los recurrentes —sin duda incriminatorias para los mismos en cuanto se admitió en ellas la comisión de los hechos delictivos— ha de otorgarse o no alguna eficacia probatoria, ya que a las posteriores efectuadas en el acto del juicio no se niega tal carácter de prueba por aquéllos. La conclusión, en aplicación del anterior criterio constitucional, no puede ser sino afirmativa, puesto que la lectura del acta del juicio se desprende que aquellas declaraciones iniciales fueron reproducidas en ese acto en condiciones que permitieron a la defensa de los acusados no sólo su exacto conocimiento sino también su contradicción efectiva. Por ello, si como se ha dicho en la S.T.C. 161/1990 (fundamento jurídico segundo, *in fine*) [...] «lo que resulta determinante (a efectos de otorgar eficacia probatoria a las citadas diligencias) 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...», en este supuesto el requisito fue escrupulosamente observado, por que la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a cada uno de los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que



éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales y alegando que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones y tortura.

Con respecto a esta última afirmación basta con recordar lo que ya se ha señalado por este Tribunal (entre otras resoluciones, en su Auto 970/1987), respecto de alegación similar, esto es, que la declaración prestada bajo tortura supone, desde luego, prueba obtenida violentando derechos fundamentales, y como tal inadmisibles y radicalmente nula, pero que el mismo carácter delictivo de tales hechos debió dar lugar a la oportuna actuación de la parte que permitiera la investigación y depuración judicial de los mismos; omisión de la parte que no puede ser subsanada en vía constitucional de amparo, sin oportunidad de un pronunciamiento previo de los Tribunales ordinarios competentes, y cuando resulta prácticamente imposible algún tipo de evidencia. Así sucedió en el presente supuesto, en el que la presencia de Letrado en las declaraciones policiales, junto a la omisión de actuación alguna respecto de los malos tratos presuntamente sufridos, ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de ellos, impide su apreciación por este Tribunal y en esta Sede.

Sentado lo anterior, ha de concluirse pues, que las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas. Ciertamente así se verificó, porque los actuales recurrentes negaron ante la Sala la veracidad de la comisión de los hechos delictivos que inicialmente habían reconocido. Pero tal contradicción entre las declaraciones, no constituye —como se ha señalado en las S.S.T.C. 82/1988 y 161/1990— sino un elemento de juicio que el Tribunal Penal puede ponderar en conciencia, en relación con los restantes medios de prueba y en el ejercicio, en fin, de la facultad de valoración de la misma que a la jurisdicción ordinaria corresponde.

No se trata, por tanto, de que la única prueba de cargo practicada en este proceso se integre por las declaraciones policiales, sino de que el Tribunal pudo valorar en conciencia un conjunto de pruebas, entre las que sin duda se encontraban las declaraciones de los encausados en el acto de juicio, así como la reproducción en dicho acto de las anteriores declaraciones prestadas por los mismos en las dependencias policiales, y apreciar y valorar con inmediatez la rectificación que respecto de lo manifestado en las primeras, se verificó en las segundas. Ello no significa tampoco, por decirlo en los términos que se recogen en la S.T.C. 217/1989, que: «[...] la condena se base en el interrogatorio policial, sino que lo declarado en el juicio oral y en las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción en la vista oral, permitió al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras».

El hecho de que en esa ponderación, la Sala atribuyese mayor o menor verosimilitud a las declaraciones prestadas en el juicio, tras su contraste con las inicialmente efectuadas ante la Policía y en una apreciación conjunta de las mismas con las restantes pruebas practicadas —diligencia de registro, ratificación de la misma en el juicio por los agentes que la practicaron y testifical en fase sumarial, documental resultante del mencionado registro y prueba pericial sobre el arma encontrado en el domicilio registrado— llegase a la convicción de la culpabilidad de los recurrentes, es cuestión que, conforme se viene señalando por este Tribunal, escapa del ámbito propio del recurso de amparo así como del contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia; derecho, que como inicialmente se señaló, se sienta precisamente en el principio de la libre valoración de la prueba por los jueces y tribunales.

(Sentencia número 80/1991, de 15 de abril. R.A. 977/88. «B.O.E.» de 14 de mayo de 1991. Ponente: Luis López Guerra.)

Conforme a la 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 esa 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 S.T.C. 32/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatoria ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. 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 que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pues como excepción a la expresada regla general este Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida (que no son de interés en el presente supuesto).

El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado e las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el Secretario Judicial que, conforme a los arts. 280 y 281 de la LOPJ, ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse 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 (por todas, S.T.C. 161/1990, antes citada).

(Sentencia número 118/1991, de 23 de mayo. R.A. 1188/88. «B.O.E.» de 19 de junio de 1991. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

### *Presunción de inocencia. Responsabilidad civil*

Ha de rechazarse la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia; la condena, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, por responsabilidad civil, no guarda relación directa con dicha presunción ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del art. 24.2 de la Constitución; este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador y no a la responsabilidad indemnizato-

ria subsidiaria en el ámbito civil, aunque esta responsabilidad se derive de un delito declarado en sentencia penal, porque una vez apreciada la prueba en relación con la infracción criminal, la responsabilidad civil subsidiaria se produce como consecuencia de ciertas relaciones jurídicas o de hecho con los autores del delito (arts. 20 y ss. del Código Penal).

(Sentencia número 72/1991, de 8 de abril. R.A. 1699/88. «B.O.E.» de 14 de mayo de 1991. Ponente: José Gabaldón López.)

#### ARTÍCULO 117.5

##### *Juez ordinario predeterminado por la ley*

El precepto constitucional que se supone infringido por el órgano judicial es el art. 117.5 C.E., aunque también se invoca el art. 24.2 C.E. en relación al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Este Tribunal ha afirmado, en diversas ocasiones, que «el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria» (S.S.T.C. 75/1982, 111/1984, 66/1986 y 4/1990), y que «el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional» (S.T.C. 105/1985). En este sentido, la alegada vulneración del art. 117.5 C.E. podría implicar la del art. 24.2 C.E., pero ello carece de trascendencia en el marco de un proceso de inconstitucionalidad en el que directamente ha de tenerse en cuenta, como fundamento de la inconstitucionalidad en el que directamente ha de tenerse en cuenta, como fundamento de la inconstitucionalidad, el precepto más específico, el art. 117.5 C.E., sin necesidad de introducir en este caso como elemento diferenciador para el enjuiciamiento constitucional la referencia autónoma al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley del art. 24.2 C.E., que sólo podría servir de argumento adicional de apoyo a la eventual vulneración del art. 117.5 C.E.

El art. 117.5 C.E. ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 C.E. impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 C.E. no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucio-

nal, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 C.E.

El art. 117.5 C.E. impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo estrictamente castrense, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas. Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional» (S.T.C. 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales.

El precepto constitucional refuerza esta exigencia mediante el calificativo «estrictamente», que, en contra del parecer del Abogado del Estado, no se dirige sólo al órgano judicial, para que éste aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia (S.T.C. 4/1990), sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la jurisdicción militar. Como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 C.E.); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.

(Sentencia número 60/1991, de 14 de marzo. R.A. 1374/88. «B.O.E.», de 16 de abril de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

### ARTÍCULO 120.3

#### *Motivación de las Sentencias y autos*

Según esta doctrina, la obligación de motivar las Sentencias que el art. 120.3 de la Constitución impone a los órganos judiciales, puesta en conexión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1 de la propia Constitución —entendido como derecho a una resolución jurídicamente fundada—, conduce a integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, el enlace de las mismas con la ley y el sistema general de fuentes, de la cual son aplicación.

La motivación de las Sentencias es, por consiguiente, una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento, por otro lado coincidente con el

*interés general de la comunidad, en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución.*

Sin embargo, ese derecho a la motivación de las Sentencias ha sido matizado por la misma doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; no existiendo, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho o revisar la forma y estructura de la resolución judicial, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, que, por regla general, más que sospechosa de ser lesiva del derecho a la tutela judicial, entraña cualidad no sólo deseable, sino también legalmente predeterminada por el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A ello debe añadirse que, si bien el art. 120.3 de la Constitución refiere la obligación de motivar única y exclusivamente las Sentencias, la doctrina expuesta resulta también de innegable aplicación a las resoluciones que adoptan la forma de Auto; puesto que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, existe la misma razón para exigir su motivación, en la medida en que tal clase de resoluciones judiciales decide cuestiones que requieren exteriorizar las razones justificativas de la decisión, como así, por otro lado, dispone el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; si bien, teniendo en cuenta la distinta naturaleza que diferencia a los Autos de las sentencias, la parquedad de la fundamentación jurídica de los primeros merece un tratamiento más permisivo, siempre, claro está, que no vulnere manifiestamente el derecho constitucional a su motivación.

(Sentencia número 14/1991, de 28 de enero. R.A. 1.154/88. «B.O.E.» de 25 de febrero de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## ARTÍCULO 163

### *Cuestión de inconstitucionalidad*

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Tribunal (S.S.T.C. 17/1981, 94/1986, 106/1986 y 55/1990), la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. Por eso, uno de los requisitos imprescindibles para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad derivados de los arts. 163 y 35.2 de la L.O.T.C., es el llamado «juicio de relevancia», ya que, en otro caso, no cabría apreciar la existencia de las graves razones que permitieran acometer el juicio de constitucionalidad de la Ley.

Por todo ello, no es admisible el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a toda la legislación de menores, en su conjunto, o en gran parte de su articulado, pues no todos los preceptos en ella contenidos tienen una influencia decisiva para la resolución de los asuntos de los que conocen los Jueces de Menores que promueven las anteriormente mencionadas cuestiones.

Tampoco es lícito cuestionar el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en la medida en la que contiene, junto a normas de rango legal, otras que no pueden ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad por no tener rango de ley, ya que tal y como disponen los arts. 163 C.E. y 35.2 de la L.O.T.C., es requisito necesario para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma de cuya validez depende el fallo tenga dicho rango, circunstancia que sólo concurre en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. De ahí que queden fuera de este proceso la pretendida inconstitucionalidad de los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento para la ejecución de la LTTM, planteada en la cuestión número 1001/1988, sin perjuicio de que tales preceptos, si hacen un desarrollo de la norma legal incompatible con la interpretación de ésta que exige la Constitución deban ser tenidos por ilegales, y en consecuencia no aplicados por los Jueces (art. 6 de la L.O.P.J.).

(Sentencia número 36/1991, de 14 de febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad 1001/88, 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90 (acumuladas). «B.O.E.» de 18 de marzo de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 43.2

#### *Recurso de amparo: plazo*

Este Tribunal ha venido señalando en numerosas ocasiones que el plazo para recurrir en amparo es un plazo de caducidad que no puede quedar al arbitrio de las partes ni puede ser objeto de prórrogas artificiales, por lo que no es admisible alargarlo ni reabrirlo de forma artificial mediante la utilización de recursos inexistentes en la Ley, o manifiestamente improcedentes contra una resolución firme (S.S.T.C. 120/1986 y 28/1987, entre otras). Como tal ha de considerarse, en el presente caso, la utilización del recurso de nulidad de actuaciones contra una Sentencia firme y la posterior interposición de un recurso de reforma contra el Auto que la denegó. En tal sentido conviene recordar la doctrina sentada por este Tribunal en Sentencias tales como la 148/1988, 91/1988, 2/1989, y más recientemente la 185/1990 en la que se señala que el recurso de amparo es en la actualidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 240 de la L.O.P.J., «el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucionalmente causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído Sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios», éste es el caso que nos ocupa dado que contra la Sentencia dictada en la apelación de un juicio de faltas no cabe recurso ordinario o extraordinario alguno ante la jurisdicción ordinaria.

(Sentencia número 52/1991, de 11 de marzo. R.A. 1654/88. «B.O.E.» de 16 de abril de 1991. Ponente: Alvaro Rodríguez Berejio.)

Idéntica doctrina contiene la Sentencia número 72/1991, de 8 de abril. R.A. 1699/88. «B.O.E.» de 14 de mayo de 1991. Ponente: José Gabaldón López.

### III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULOS 171, 172 Y 182

#### *Citación del acusado*

Ver Sentencia número 99/1991, de 9 de mayo, sobre *Indefensión. Acto de comunicación*. Art. 24.1 C.E. y 793 L.E.Cr.

ARTÍCULO 229

#### *Recurso de apelación: personación tardía*

Resulta patente la presencia de una situación material de indefensión de relevancia constitucional causada al recurrente por la actuación procesal de la Audiencia Provincial de Burgos, a la luz de los datos expuestos y de acuerdo con una muy reiterada doctrina jurisprudencial elaborada por este Tribunal Constitucional y que no es preciso relatar aquí con detalle dada la publicidad de que gozan las Sentencias de este Tribunal por mandato del art. 164.1 de la propia Norma Suprema. De este modo, debe bastar con recordar de manera sucinta que el derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que el órgano judicial que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte (S.S.T.C. 112/1987, 151/1987, etc.). Y en lo que atañe a la comparecencia y personación tardías, este Tribunal ya ha sostenido en el ámbito del proceso penal (S.T.C. 66/1988) que la personación tardía del apelado en la segunda instancia, si bien le impedía participar en el trámite de instrucción (arts. 792.3 y 229 de la L.E.Cr.) e intervenir en la actividad probatoria que eventualmente se practicara (art. 792.5 de la L.E.Cr.), no privaba al apelado de su derecho a intervenir en la vista del recurso, siempre y cuando resultara todavía posible, conforme a una interpretación que viene razonablemente impuesta por el ejercicio del derecho a la defensa (art. 24.1 de la Constitución).

(Sentencia número 7/1991, de 17 de enero. R.A. 629/88. «B.O.E.» de 13 de febrero de 1991. Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 297

#### *Atestado*

Ver Sentencia número 24/1991, de 11 de febrero, sobre *Presunción de inocencia*. Art. 24.2 C.E.

## ARTÍCULO 726

*Certificado Médico*

Ver Sentencia número 24/1991, de 11 de febrero, sobre *Presunción de inocencia*. Art. 24.2 C.E.

## ARTÍCULO 784, regla 5.ª

*Seguro obligatorio*

El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a la parte que pretende hacer valer dicho derecho fundamental (S.T.C. 112/1987 y 251/1987, entre otras), este derecho ha sido reconocido para las Entidades aseguradoras del ramo automóvil por este Tribunal (S.T.C. 4/1982, 48/1984 y 114/1988, entre otras) al establecer que para condenar a una Compañía aseguradora como responsable civil directa o subsidiaria, con base, en la existencia de una póliza de seguro obligatorio o voluntario, es en todo caso necesaria la audiencia de la misma, salvo que no exista oposición alguna, aunque el alcance del derecho de contradicción puede ser limitado al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento. Por ello, en los supuestos de seguro obligatorio, en los cuales las Compañías aseguradoras tienen únicamente la condición de terceros civiles responsables, existe una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, oportunidad de intervenir en el mismo cuando aquéllas son requeridas a fin de que presten fianza conforme a lo dispuesto en el art. 784, regla 5.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(Sentencia número 57/1991, de 14 de marzo. R.A. 908/88. «B.O.E.», de 16 de abril de 1991. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

## ARTÍCULO 789.5, REGLA 4.ª

*Prosecución del procedimiento abreviado. Recursos*

Cabe recordar —de conformidad con la doctrina sentada en la S.T.C. 186/1990— que la fase de preparación del juicio oral presupone, siempre, la conclusión de la fase de instrucción o diligencias previas, pues la resolución prevista en la regla 4.ª del art. 789.5 de la L.E.Cr., en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el Capítulo II (la fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado) contiene un doble pronunciamiento: de un lado, la conclusión de la instrucción, y, de otro, la prosecución del procedimiento abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que



hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 3.ª del art. 789.5 de la L.E.Cr.). Dicho de otro modo, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso —art. 789.5, regla 4.ª—, también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del art. 789.5 de la L.E.Cr. y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones (fundamento jurídico 9). Por ello, el hoy recurrente tuvo la posibilidad, mediante la interposición de los recursos legalmente previstos (art. 787 de la L.E.Cr.), de oponerse ante el propio Juez Instructor —órgano competente, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento común, para tramitar la instrucción de la causa y la denominada fase intermedia o de preparación del juicio oral— a la continuación del proceso y de alegar en él lo pertinente en orden a la procedencia del sobreseimiento o, en su caso, acerca de la necesidad de completar la instrucción.

(Sentencias números 21, 22 y 23/1991, de 31 de enero. R.A. 534, 573 y 795/90. «B.O.E.» del 25 de febrero de 1991. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

#### ARTÍCULO 790

##### *Traslado de las diligencias a la defensa. Auto de apertura del juicio oral. Recursos*

En primer lugar, de conformidad con lo afirmado por este Tribunal Constitucional en la tantas veces citada S.T.C. 186/1990, el hecho de que la intervención del imputado en la fase de preparación del juicio oral tenga lugar en un momento posterior a la de las acusaciones es constitucionalmente válida, toda vez «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.Cr., 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 redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben 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.Cr. (fundamento jurídico 9).

Los hoy recurrentes han tenido una activa y variada actividad procesal durante el período de instrucción de las diligencias previas (numerosas comparecencias ante el Juez Instructor, peticiones de prácticas de diligencias; impugnaciones respecto de la personación de distintas personas en calidad de acusadores, etc.). Es evidente, por tanto, que los hoy recurrentes han tenido la oportunidad de alegar ante el Juez Instructor, a lo largo del extenso período de instrucción, todo lo que han considerado pertinente en defensa de sus pretensiones, por lo que tampoco cabe apreciar por este motivo lesión alguna de los derechos consagrados en el art. 24 de la Constitución.

(Sentencias números 21, 22 y 23/1991, de 31 de enero. R.A. 534, 573 y 795/90. «B.O.E.» de 25 de febrero de 1991. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Siguiendo el esquema procesal del procedimiento abreviado desarrollado en el fundamento jurídico cuarto, A) y B), de nuestra S.T.S. 186/1990, ha de recordarse que la indefensión en la que se podría encontrar el investigado, aún no imputado (condición

esta última que no nace hasta que se dicta Auto de apertura del juicio oral u otro que, con denominación diversa, solicite de las partes acusadoras la formulación de una acusación, la petición de sobreseimiento o la práctica de nuevas diligencias investigadoras), es la que produciría al tener súbitamente conocimiento de que existe una acusación en su contra sin haber sido informado en ningún momento anterior de que existía un procedimiento penal abierto en contra de él. Una actuación sorpresiva de este género incompatible con el principio de igualdad de armas que debe presidir también las actuaciones investigadoras dirigidas por el Juez de Instrucción, situaría efectivamente en situación de desventaja al ciudadano investigado.

Para evitar ello, el art. 118 L.E.Cr., con carácter general, y el art. 789.4 L.E.Cr., en la redacción dada por la L.O. 7/1988, con carácter específico para el procedimiento abreviado, imponen el deber del órgano judicial instructor de ilustrar al interesado del hecho de la causa abierta en su contra.

Finalmente se suscita la quiebra del derecho al proceso con todas las garantías por el hecho de que contra el Auto de apertura del juicio oral no se da recurso alguno. Tampoco puede ser acogida esta queja de la actora. La razón del rechazo estriba en que, por su propia naturaleza, el citado Auto no es susceptible de recurso. En efecto, desechada la equiparación entre el procedimiento ordinario y el abreviado, la denominada fase intermedia del primero de ellos y la fase de preparación del juicio oral en el segundo desempeñan, a su vez, funciones diversas. En el procedimiento abreviado, la fase de preparación del juicio oral no está destinada, como en el proceso ordinario, a concluir la instrucción, sino exclusivamente a posibilitar que las acusaciones formulen sus acusaciones, petición de sobreseimiento o, excepcionalmente, la solicitud de ulteriores diligencias. 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 (S.T.C. 186/1990, fundamento jurídico octavo). Desde esta perspectiva, cuya validez constitucional ya ha sido declarada, no resulta constitucionalmente necesario conferir a la parte la posibilidad de recurso. Por un lado, al recibir el traslado de la acusación, la defensa del acusado podrá proponer las pruebas que estima conducentes a la demostración de la inculpabilidad de su representado y, por otro, en el acto de apertura del juicio oral puede plantearse el sobreseimiento de la causa como artículo de previo pronunciamiento o la existencia de vulneraciones de las garantías constitucionales (art. 793.2 L.E.Cr.). De este modo, contrariamente a lo que supone la representación actora, no se produce lesión alguna en los derechos fundamentales del acusado.

(Sentencia número 54/1991, de 11 de marzo. R.A. 884/90. «B.O.E.», de 16 de abril de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

#### ARTÍCULO 793.1

##### *Juicio oral: citación del acusado*

El proceso penal se sustanció de acuerdo con la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, sobre delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Su art. 10 preveía, o exigía,

la presencia natural del acusado y la del Abogado defensor, y permitía, no obstante, como excepción (hoy también lo hace el art. 793 L.E.Cr. tras su reforma por la L.O. 7/1988) la celebración del juicio oral (y la Sentencia, por tanto) en ausencia del acusado, pero siempre que esa ausencia fuera injustificada, que el acusado hubiera sido citado personalmente y que hubiera —a juicio del Juez— elementos suficientes para juzgarle.

No aparecen, pues, de las actuaciones examinadas, que son todas las producidas, que el recurrente fuera citado ni que hiciera acto de presencia en el juicio una vez que se acordara la vista. No se cumplió, por tanto, como afirma el Fiscal, la normativa que establecen los arts. 171, 172 y 182 de la L.E.Cr., ni se acordó la segunda notificación prevista en el art. 176, suspendiéndose el juicio por la incomparecencia del acusado, juicio que tampoco debió celebrarse por la ausencia del Abogado defensor, como exigía el art. 10.1 de la L.O. 10/1980.

Es manifiesta, pues, la realidad de las alegaciones que aquí se formulan por el recurrente, el cual no fue citado personalmente para su asistencia al juicio que contra él se seguía ni, por consiguiente, pudo organizar su defensa ni defenderse en aquél, indebidamente celebrado en su ausencia, según antes se dijo, infringiéndose por los órganos judiciales el deber de tutela efectiva que impone el art. 24 C.E.

(Sentencia número 99/1991, de 9 de mayo. R.A. 1172/88. «B.O.E.» de 29 de mayo de 1991. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

#### ARTÍCULOS 847 Y 849

##### *Recurso de casación: unidad de alegaciones. Vulneración de los derechos fundamentales*

En lo que se refiere a los requisitos exigibles para invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales, es doctrina de este Tribunal, la de que el denominado principio de unidad de alegaciones en la casación se orienta exclusivamente a hacer posible al Tribunal de instancia el ejercicio de la competencia que en orden a la preparación del recurso le confiere el art. 858 de la L.E.Cr., teniendo sólo reflejo la distinción que contempla la propia Ley procesal en su art. 847, entre el recurso de casación por infracción de Ley y el recurso de casación por quebrantamiento de forma, a los efectos de la observancia y examen del cumplimiento, en su caso, de los requisitos establecidos para cada una de las infracciones denunciadas. El hecho de que en el art. 5.4 de la L.O.P.J. se consigne expresamente la infracción del precepto constitucional como fundamento del recurso de casación, no significa ni la sustanciación como categoría específica de un recurso de casación distinto ni, consiguientemente, la incompatibilidad de incorporar al ámbito de la casación penal la vulneración de derechos fundamentales mediante los cauces previstos en los números 1.º y 2.º del art. 849 de la L.E.Cr. También ha declarado este Tribunal que la necesidad de invocar oportunamente en el proceso la eventual vulneración de los derechos fundamentales y la finalidad de claridad necesaria en el planteamiento del recurso de casación, se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso (por todas, S.S.T.C. 185/1988 y 69/1990).

(Sentencia número 98/1991, de 9 de mayo. R.A. 1035/88. «B.O.E.» de 29 de mayo de 1991. Ponente: Fernando García-Mon.)

## ARTÍCULO 849.2

*Recurso de casación: documentos*

La petición que se nos formula no radica tanto en polemizar sobre los documentos que el Tribunal Supremo ha considerado inválidos para ser tenidos por tales en casación como en ponderar si la resolución del Alto Tribunal resulta excesivamente formalista y, en consecuencia, lesiva, para el derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, este derecho consiste, como resulta de sobra sabido, en la obtención de una resolución judicial fundada y, por lo general, de fondo (por todas, S.T.C. 163/1989, fundamento jurídico segundo). La naturaleza de la tutela judicial efectiva permite, pues, que se inadmitan a *limine* aquellas acciones o recursos que no cumplan los requisitos legales establecidos. El problema, por consiguiente, se traslada, no a la previsión legal de la causa de inadmisión de la acción o del recurso, sino a la suficiente razonabilidad de la decisión judicial que aplica al caso concreto la previsión legal.

A la luz de las consideraciones precedentes, ha de reconocerse que el Auto del Tribunal Supremo no satisface en todos sus extremos el derecho a la tutela judicial efectiva a la que el recurrente es acreedor en todo momento. La inadmisión del segundo de los motivos casacionales, que se basaba en unos certificados médicos y administrativos, resulta razonable, aunque escuetamente razonada; pues lo único que demuestran esos documentos es la existencia de una lesión sufrida por el denunciante y el tratamiento que determinados facultativos y centros hospitalarios le prestaron, pero no que ese fuera todo el tratamiento requerido, tal como demuestra el dictamen del médico forense. Tampoco se contradice lo señalado por éste y que, evidentemente, ha servido de base a la condena, por el hecho de que al lesionado se le concedieran menos días de baja laboral que días que tardó en reponerse, dado que no toda lesión supone una incapacidad laboral transitoria. A la vista de todo ello, no puede decirse que, en este aspecto, el Auto del Tribunal Supremo resulte contrario al derecho cuyo amparo impetra el recurrente.

En cambio, no puede seguirse idéntica conclusión en lo relativo a la inadmisión como documento de una sentencia firme penal en lo tocante a la declaración de hechos probados. Cualquier sentencia goza de la mayor consideración jurídica y, consiguientemente, documental. Por ello, cada sentencia, atendiendo al orden jurisdiccional en el que ha sido dictada, deberá ser debidamente ponderada para ser tenida o no ser tenida en cuenta por otro órgano judicial.

En los presentes autos, se plantea un supuesto peculiar: por un mismo hecho (un enfrentamiento entre dos personas) se siguen dos causas penales diversas, concluyendo cada una de ellas con resoluciones judiciales dictadas en diferentes momentos. En la presente causa, se dictó primero una resolución judicial por parte del Juzgado de Distrito de Lucena que, tras la apelación instada por el condenado, devino firme. El que tal resolución, aportada a la causa seguida por el delito del que el recurrente viene condenado, no fuera tenida en cuenta constituye uno de los motivos del recurso de casación. A la vista de la disparidad de las declaraciones de hechos probados contenidos en una y otra Sentencias, se hace necesario que el Tribunal Supremo adopte una resolución de fondo al respecto, puesto que el hecho-base de ambas Sentencias y, por tanto, de ambas causas, es idéntico y, pese a la identidad fáctica, por haberse vulnerado el principio de continen- cia de la causa, se han dictado resoluciones, no sólo de sentido contrario, sino que tienen por probado el hecho de modo diverso. Ante esta contradicción entre dos documentos igualmente solemnes —y con independencia del grado funcional de sus autores que

en nada afecta a su alcance y sentido— resulta ineludible un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal Supremo, puesto que el documento que se presenta como demostración de la equivocación del juzgador es una Sentencia penal firme dictada en una de las vicisitudes procesales por el mismo hecho. Las conclusiones a las que se llegue en la Sentencia que finalmente adopte el Alto Tribunal quedan, por tanto, imprejuizadas, pero, en todo caso, deberán partir de las consecuencias que para la estimación o desestimación del recurso de casación formulado por el demandante se deriven de la consideración documental de la Sentencia firme dictada por el Juzgado de Distrito de Lucena.

(Sentencia número 5/1991, de 14 de enero. R.A. 1304/88. «B.O.E.» de 25 de febrero de 1991. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

#### ARTÍCULOS 965 Y 3 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

##### *Juicio de faltas: citación*

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones enunciadas —las referidas a la primera instancia judicial—, del examen de las actuaciones judiciales se comprueba que, efectivamente, el hoy recurrente fue citado por telegrama para comparecer en el juicio de faltas, en el que si bien no se especificaba su condición de denunciado, sí se hacía constar que compareciera «con los medios de prueba de que intente valerse», tal como ordena el art. 965 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la citación de los presuntos culpables. Pero la sola constatación de la citación defectuosa —por incompleta— del hoy recurrente no comporta en sí misma la infracción del derecho fundamental a conocer la acusación, ni de ella es posible deducir, en todo caso, indefensión con relevancia constitucional para el hoy recurrente. Al respecto es preciso señalar, en primer término, que aunque en el telegrama no se especificara la condición de denunciado del recurrente, de la advertencia para que concurriera con «los medios de prueba de que intente valerse», resultaba perfectamente claro que, no siendo querellante, sólo podía ser llamado en calidad de denunciado, por lo que la alegada indefensión por este motivo carece de toda relevancia constitucional (para supuestos similares al que nos ocupa, S.S.T.C. 34/1985 y 54/1987, entre otras). Tampoco es posible apreciar en el presente caso lesión de los derechos a conocer la acusación y a la defensa por este concreto motivo (S.S.T.C. 15/1984; 34/1985; 141/1986, 163/1986 y 54/1987), máxime teniendo en cuenta que la condena del hoy recurrente se produjo, no en la primera instancia, sino en la Sentencia dictada en grado de apelación por el Juzgado de Instrucción, no produciéndose en la segunda instancia el desconocimiento que alega como motivo de indefensión.

(Sentencia número 194/1990, de 29 de noviembre. R.A. 731/87. «B.O.E.» de 10 de enero de 1991. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

#### ARTÍCULOS 969 Y 7 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

##### *Juicio de faltas: Derecho a ser informado de la acusación*

Tampoco cabe estimar la presunta vulneración del derecho a ser informado de la acusación, fundada en la falta de concreción de la posición procesal de la actora en la

cédula de citación, pues de acuerdo con reiterado criterio de este Tribunal, en los juicios de faltas, por pasarse de inmediato, una vez iniciado el proceso, a la fase oral, donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas, la acusación se concreta en el acto mismo del juicio. No hay, pues, falta de garantías constitucionales siempre que en el juicio de faltas se dé oportunidad a quien resulte acusado para presentar las pruebas de descargo pertinentes (S.S.T.C. 34/1985 y 54/1987, entre otras). Esto pudo hacerlo el representante de la ahora recurrente, quien conocía su posición procesal a través de todas las actuaciones anteriores y en especial de la vista que fue suspendida, en la cual quedó perfectamente delimitada la relación jurídico-procesal: Pudo, pues, el hoy recurrente, sin obstáculo alguno, comparecer en el juicio correspondiente con los medios de defensa y prueba que estimó conveniente.

(Sentencia número 72/1991, de 8 de abril. R.A. 1699/88. «B.O.E.» de 14 de mayo de 1991. Ponente: José Gabaldón López.)

#### ARTÍCULOS 969 Y 978 Y 7 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

##### *Juicio de faltas: principio acusatorio*

Ha de reiterarse ante todo la vigencia que, conforme a la muy reiterada doctrina de este Tribunal, tiene el principio acusatorio en el tipo de proceso que nos ocupa, esto es, en el juicio verbal de faltas. Como se ha dicho en la reciente S.T.C. 168/90 (recogiendo abundante jurisprudencia anterior, entre otras, S.S.T.C. 54/1985, 84/1985, 104/1985, 41/1986, 163/1986, 57/1987, 17/1988). «[...] el reconocimiento que el art. 24 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 todas las 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 ella, 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, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia».

El respeto al principio acusatorio exige que la pretensión punitiva se exteriorice; así lo ha entendido este Tribunal en anteriores ocasiones al señalar que no es posible admitir una acusación implícita (por todas, S.T.C. 163/1986). Y la anterior doctrina ha de reiterarse ahora, añadiendo, en relación con este supuesto, la diferencia que existe entre la incorrección jurídica de la calificación que eventualmente efectúe la parte y la inexistencia en sí de dicha calificación. Dicho en otros términos, la diferencia que ha de advertirse entre la incorrección desde un punto de vista técnico de la aludida acusación y su inexistencia. De forma que, en efecto, al Juzgador no le vincula la correcta tipificación que de la conducta efectúe el particular, ni tampoco la sanción concreta cuya imposición solicite el mismo, pero sí la ausencia de imputación alguna de haber cometido un ilícito penal y la correlativa de petición de condena y sanción penal por su parte. Y esto es lo acontecido en el supuesto presente, primero, porque no cabe entender como expresamente solicitada una condena por la simple manifestación de que se reclama una cantidad económica, que no es sino solicitud de reparación puramente

material del perjuicio sufrido, cuando la misma no se acompaña de una imputación de infracción alguna —aún expresada de la forma más sencilla y menos técnica—, de una petición de sanción o castigo, ni de reproche penal alguno, y, además, porque así lo entendió también el propio órgano judicial (Juzgado de Distrito número 1 de Salamanca) en su resolución, al fundamentar la Sentencia absolutoria única y exclusivamente en el hecho de no existir acusación en la causa, así como en la exigencia constitucional del repetido principio acusatorio para dictar sentencia condenatoria (fundamento jurídico primero).

Similar razonamiento y consideraciones son aplicables al desarrollo del juicio durante la segunda instancia. Tampoco en apelación solicitó el Ministerio Fiscal condena alguna sino, antes bien, la confirmación de la Sentencia absolutoria, y, en lo que respecta al perjudicado-apelante, nuevamente omitió el mismo una petición expresa de condena, reiterando su solicitud de indemnización económica, a la que añadió la de revocación de la anterior resolución; expresión, esta última, que debe entenderse exclusivamente referida a la citada reparación material que aquél no había visto satisfecha a través de la sentencia del Juzgado de Distrito, por no ir acompañada no ya de una tipificación penal de los hechos, sino ni siquiera de solicitud de sanción alguna.

No existió, pues, tampoco en la segunda instancia, acusación expresa formulada por el perjudicado, no respetándose, por tanto, la exigencia derivada de la jurisprudencia constitucional antes expuesta acerca de la interdicción de toda acusación implícita, lo que, además, se refuerza y complementa con la doctrina reiterada de este Tribunal acerca de la exigencia del principio acusatorio en cada una de las dos instancias judiciales (por todas, S.S.T.C. 163/1986 y 168/1990).

(Sentencia número 47/1991, de 28 de febrero. R.A. 670/88. «B.O.E.» de 27 de marzo de 1991. Ponente: don Francisco Tomás y Valiente.)

#### ARTÍCULOS 979 Y 980 Y 15 Y 16 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

##### *Juicio de faltas. Apelación. Intervención en las actuaciones*

Idéntica doctrina cabe mantener, porque, salvadas las diferencias de procedimiento, *la ratio* es la misma, en relación con el juicio de faltas, en el que, igualmente, si bien la personación tardía del apelado en el recurso puede impedirle desplegar alguna actividad procesal, señaladamente la probatoria cuando ésta proceda (art. 979 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no ha de privarle —en una interpretación del art. 980 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acorde con el art. 24.1 de la Constitución— de su derecho a intervenir en la vista, siempre que sea aún posible, para hacerse oír en ella en cuanto a su derecho convenga. Ello es en el juicio de faltas, como lo es asimismo en el procedimiento por delitos, exigencia del más general y común principio de contradicción, que impone la audiencia bilateral en todas las instancias; que cobra especial relieve en el acto de la vista, «para que las partes puedan hacer valer su derecho e intereses legítimos» (S.T.C. 37/1990, fundamento jurídico segundo), y que, en vía de recurso, implica, según tiene repetido este Tribunal, que el órgano judicial que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de *incomparecencia* por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte (S.S.T.C. 112/1987, fundamento jurídico segundo; 151/1987, fundamento jurídico cuarto).

(Sentencia número 89/1991, de 25 de abril. R.A. 1004/88. «B.O.E.» de 29 de mayo de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### IV. CODIGO PENAL

##### ARTÍCULOS 113 Y 114

##### *Prescripción de los delitos y faltas*

La prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser concebida como una institución de carácter procesal e interpretación restrictiva, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, cuya aplicación se haga depender de la concurrencia del elemento subjetivo de abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción o, al contrario, puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material, fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*, concepción según la cual la aplicación de la prescripción depende exclusivamente de la presencia de los elementos objetivos de paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido, con independencia y al margen de toda referencia a la conducta procesal del titular de la acción penal.

Es cierto que la primera de dichas construcciones conceptuales es característica del derecho privado y la segunda más acorde con la finalidad del proceso penal y así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias, entre las que basta citar las de 31 de mayo y 11 de junio de 1976, de 27 de junio de 1986 y de 28 de junio de 1988, Sentencia esta última de la que es oportuno aquí destacar que, después de reiterar la concepción material de la prescripción penal, ajena a condiciones procesales del ejercicio de la acción, señala que esta doctrina más moderna, fue ganando la jurisprudencia, que repudió toda analogía entre la prescripción civil y la prescripción del delito y que esta última tenga naturaleza procesal.

La Sentencia que es objeto del amparo aplica el art. 113 del Código Penal interpretándolo, con el apoyo de consideraciones de orden constitucional, según la primera de las doctrinas que se dejan expuestas y, en congruencia con ella, estima que la paralización del procedimiento debido a excesiva acumulación de trabajo en el Juzgado, no imputable al perjudicado por la infracción penal, no determina la aplicación de la prescripción.

Mantiene, en consecuencia, una teoría actualmente superada por la más reciente jurisprudencia, pero que en modo alguno puede calificarse de irrazonable o arbitraria, como lo acredita el hecho de que la propia jurisprudencia, en tiempos no muy lejanos, haya mantenido el mismo criterio interpretativo hasta que se ha producido un cambio de orientación en el sentido que hemos expuesto.

Por consiguiente, es inexacto que la Sentencia recurrida haya alterado el sistema de fuentes del Derecho o desconocido la ordenación constitucional y legal sobre el control de las leyes, siendo lo cierto que el Juez se ha limitado a aplicar los arts. 113 y 114 del Código Penal, de acuerdo con la interpretación que ha elegido entre las dos alternativas que la doctrina ofrece, en ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 de la Constitución, y, por tanto, que ha ofrecido a la parte que alegó la prescripción de la falta penal una respuesta, que cualquiera que sea el grado de crítica que suscite, satisface el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el



art. 24.1 de la Constitución, en cuanto que no incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad de las que pudiera derivarse un resultado lesivo del citado derecho fundamental, debiéndose recordar aquí, en defensa de tal conclusión, que este Tribunal ha repetidamente afirmado que el recurso de amparo constitucional no es un instrumento para corregir, en términos objetivos y abstractos, los errores en que los órganos judiciales hayan podido incurrir en la aplicación e interpretación de las normas, ni para imponerles una determinada interpretación entre aquellas que el Derecho le ofrezca.

En fortalecimiento de las consideraciones que se dejan expuestas es importante añadir que el contenido y sentido de las mismas viene amparado por lo resuelto en la S.T.C. 157/1990, dictada por el Tribunal en Pleno en cuestiones de inconstitucionalidad del art. 114.2 del Código Penal, planteadas por los Juzgados de Distrito de Peñarroya-Pueblonuevo (Córdoba) y de San Feliú de Guixols (Gerona), en la que se desestiman dichas cuestiones y, en lo que aquí interesa, se formula la siguiente declaración: «debe recordarse también que este Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones (S.S.T.C. 152/1987, 255/1988 y 83/1989 y A.A.T.C. 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 del Código Penal comprende o no la paralización procesal originada por el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional, este Tribunal ha considerado, en concordancia con lo anterior, que ambas interpretaciones, siempre y cuando sean razonadas y fundadas, son conformes con el art. 24.1 C.E. y no pueden ser revisadas por este Tribunal. En este sentido, es evidente que no corresponde a este Tribunal fijar una línea interpretativa de lo dispuesto en el art. 114 del Código Penal en orden a cual 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 del juicio 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, ponderando también las circunstancias del caso para estimar si ha existido una auténtica y real paralización del procedimiento».

En consecuencia, la decisión del Juez de no aplicar la prescripción de la falta por considerar que la paralización del procedimiento fue debida a una excesiva acumulación de trabajo no imputable al perjudicado por la falta, cuyo derecho a la tutela judicial debe también ser protegido, constituye una aplicación de normas penales no declaradas inconstitucionales, que no vulnera el derecho a la tutela judicial del denunciado.

(Sentencia número 12/1991, de 28 de enero. R.A. 1098/87. «B.O.E.» de 25 de febrero de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

### *Prescripción de las faltas*

Para resolver sobre la existencia o no de la violación constitucional denunciada derivada de la motivación de la Sentencia impugnada acerca de la prescripción de la falta enjuiciada, es preciso recordar la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional sobre dicha materia —régimen legal de la prescripción de las faltas— en la reciente Sentencia del Pleno —S.T.C. 157/1990, de 18 de octubre—, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 732/1987 y 2020/1988.

A los efectos aquí planteados, cabe reseñar, de una parte, que conforme se afirma en la citada sentencia «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 solo hecho, el derecho que los perjudicados u ofendidos por la infracción enjuiciada tienen 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 —añade dicha Sentencia— 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 la vía civil correspondiente». (Fundamento jurídico cuarto). De otra parte, que como el Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones —entre otras en S.S.T.C. 152/1987; 255/1988, y 83/1989— 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, pues siempre y cuando sean razonadas y fundadas, son conformes con el art. 24.1 C.E. y no pueden ser revisadas por este Tribunal. Por ello, es evidente que «no corresponde a este Tribunal fijar una línea interpretativa de lo dispuesto en el art. 114 del Código Penal 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, ponderando también las circunstancias del caso para estimar si ha existido una auténtica y real paralización del procedimiento». (Fundamento jurídico quinto).

(Sentencia número 194/1990, de 29 de noviembre. R.A. 731/87. «B.O.E.» de 10 de enero de 1991. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

#### ARTÍCULO 570.6

##### *Ofensa leve a la autoridad*

Ver Sentencia número 65/1991, de 22 de marzo sobre *Derecho a la libre expresión del pensamiento*. Art. 20.1a) C.E.

## V. OTRAS LEYES

### CODIGO PENAL MILITAR

#### ARTÍCULO 127

##### *Rehusar el cumplimiento del servicio militar*

El art. 3.2 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, establece que la competencia de la jurisdicción militar «quedará limitada al ámbito estrictamente castrense res-

pecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar». Por su parte el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, reconoce la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar. El art. 127 del Código Penal Militar establece que «el español que, declarado útil para el Servicio Militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el Servicio Militar, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión».

De la conjunción de estos tres preceptos deriva que la jurisdicción militar es la competente para conocer del delito de negativa a la prestación del Servicio Militar previsto en el art. 127 del Código Penal Militar.

El Juez cuestionante estima que esta conducta punible no es incluíble en el ámbito estrictamente castrense, y ello por un doble orden de razones. En primer lugar, porque la regulación del Servicio Militar pertenece al Derecho administrativo, de modo que la protección jurídica de ese servicio, al igual que lo es en el orden contencioso-administrativo, también en el orden penal cabría que fuera atribuida a la jurisdicción ordinaria, puesto que debe corresponder a la misma jurisdicción, la ordinaria, toda la normativa que prepara al ciudadano para cumplir su deber constitucional o ampara su derecho para la exención del mismo, tanto en lo que se refiere a las decisiones administrativas en asuntos de Servicio Militar y de prestación social sustitutoria, como a la imposición de sanciones penales, como ocurre en lo relativo a la prestación social sustitutoria. Se afirma así que el atribuir a la jurisdicción militar la negativa a prestar el Servicio Militar rompe la unidad hasta del art. 30 C.E., en que se regulan las cuestiones de la obligación de entrar en filas.

El art. 117.5 C.E. parte de la idea de la unidad jurisdiccional y de la especialidad singular de la jurisdicción militar en el ámbito de lo estrictamente castrense, pero no impone, como sostiene el Juez proponente, una «unidad» de atribución de un mismo asunto, en todas sus vertientes, penal, civil, administrativa, etc., ya sea la jurisdicción militar o a la jurisdicción ordinaria. Nuestro Tribunal Supremo, al determinar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la jurisdicción militar, ha venido afirmando reiteradamente que el ámbito asignado por la ley a la jurisdicción militar no incluye todo lo castrense, pues materias como las relativas al control de la Administración militar han sido asignadas por la ley a la jurisdicción ordinaria, en este caso a la jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencias de la Sala de Conflictos de 19, 21 y 27 de diciembre de 1990). Por ello, no es aceptable el argumento de que, como la materia de Servicio Militar en su vertiente contencioso-administrativa es conocida por la jurisdicción ordinaria, las conductas penales relacionadas con el tema deberían ser conocidas también por la jurisdicción penal ordinaria. El que determinados aspectos administrativos de la materia del Servicio Militar sean conocidos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta irrelevante a efectos de determinar constitucionalmente cual sea el ámbito de lo estrictamente castrense y, en lo que aquí importa, para determinar el Juez penal competente para enjuiciar la responsabilidad penal por conductas relacionadas con el Servicio Militar.

Tampoco es argumento válido al respecto el que la negativa a prestar un servicio social sustitutorio por el objetor de conciencia sea un delito que, a diferencia de otros sistemas, se haya dejado fuera de la justicia militar, pues es una lógica consecuencia del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y consiguiente liberación de la obligación de cumplir el Servicio Militar, sustituida por una prestación de carácter social que por su propia naturaleza no puede ser considerada como «militar». Se trata de una manifestación del derecho constitucionalmente reconocido a la objeción de con-

ciencia (S.T.C. 15/1982) que debe ser regulado en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia (S.T.C.160/1987), lo que incluye la no consideración como delito militar la negativa a prestar el servicio social sustitutorio. El art. 30 C.E. es el que rompe la unidad entre la obligación de entrar en filas, que es de naturaleza militar y la liberación de esa obligación por el ejercicio del derecho constitucional a la objeción de conciencia, que puede estar acompañada por la imposición de un servicio social sustitutorio, de naturaleza no militar.

El segundo argumento en favor de la inconstitucionalidad de la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento del delito es el de que antes de la entrada en filas o en el Servicio Militar, tanto los actos como las conductas previas no puedan considerarse como militares, de forma que la negativa a entrar en el Servicio Militar o «campamento» es meridianamente «precastrense», dada la naturaleza administrativa de la llamada a las armas, por lo que la conducta criminal consistiría en la omisión o incumplimiento de una obligación meramente administrativa, pero no de naturaleza militar. Se parte así de una pretendida distinción entre el deber general del ciudadano de cumplir su Servicio Militar, que sería de carácter «civil», y el deber del que se acoge a dicho llamamiento y cumple dicho deber, en cuyo momento se transformaría en un deber específico militar.

Desde luego, la obligación de cumplir el Servicio Militar es un deber cívico, de ciudadanía, y sólo tiene sentido si es el ciudadano el obligado a prestarla. Pero el que se trate de un deber cívico del ciudadano no implica el carácter «civil» de una obligación que el primer inciso del art. 30.2 C.E. califica como una obligación militar, ni desnaturaliza el carácter militar del servicio obligatorio y, por ende, de la obligación de prestarlo.

El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el art. 127 del Código Penal Militar es el cumplimiento del Servicio Militar obligatorio (y no, como se afirma en el Auto, las actividades administrativas previas a la entrada en el Servicio Militar), obligación que impone la ley en función del deber de todas las personas de ciudadanía española de defender a España (art. 30.1 C.E.), deber primario que es el que permite al legislador establecer obligaciones militares y dentro de ellas un Servicio Militar obligatorio (art. 30.2 C.E.), por una duración limitada, a cargo de ciudadanos declarados físicamente idóneos. La previsión legal de este tipo delictivo, aparte de asegurar la igualdad de todos los españoles en el efectivo cumplimiento de una obligación constitucionalmente impuesta, protege el interés del Estado de la defensa militar de España, y es congruente con la obligatoriedad del propio Servicio Militar, obligatoriedad que significa también coerción y forzosidad, pues no debe olvidarse que la realización de ese servicio es una importante restricción de la libertad personal, que supone además cargas y sacrificios para el afectado, que se justifican por el deber de defensa de España que establece el art. 30.1 C.E. El Texto constitucional, a la vez que se impone una revisión profunda de la regulación del Servicio Militar obligatorio —para ponerla en consonancia con los principios y valores constitucionales (art. 8.2 C.E.), y para asegurar, de acuerdo al principio de concordancia práctica, el mínimo de sacrificio y limitación de la libertad del ciudadano que sea compatible con la dotación efectiva de medios humanos indispensables para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional» (S.T.C. 160/1897)—, también legitima al legislador para establecer las medidas de coerción que estime adecuadas para asegurar que la obligación de prestar el Servicio Militar se cumpla. Y, dada la incoercibilidad específica de este tipo de obligaciones personales, la posibilidad de imponer sanciones penales, tipificando como delito, como

hace el art. 127 del Código Penal Militar la negativa expresa y sin causa legal de cumplir el Servicio Militar.

La relevancia constitucional del deber de defensa de España y del cumplimiento de la obligación militar impuesta por la ley a realizar el Servicio Militar obligatorio, no sólo ha permitido al legislador calificar como delito la conducta de quien se niegue injustificadamente a cumplir ese Servicio Militar, sino también, dados los bienes, valores e intereses constitucionales, en relación con el bien jurídico de defensa nacional, puestos en juego por la omisión del cumplimiento de ese servicio, calificarlo como delito militar en sentido propio, tanto en su aspecto objetivo como también por la condición subjetiva del justiciable.

La protección de la particular situación jurídica que caracteriza al Servicio Militar en todo su conjunto, condiciona la tipicidad del hecho y faculta al legislador para calificarlo como de naturaleza militar, en cuanto tutela específicamente el cumplimiento del deber ciudadano del Servicio Militar, lo que afecta directamente al orden propio, la disciplina y el régimen de funcionamiento de la defensa nacional encomendada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas (S.T.C. 75/1982).

Con las cautelas con las que en esta materia puede hacerse la referencia al Derecho comparado, no es ocioso recordar que la tutela penal de la obligación de cumplir el Servicio Militar se encuentra tipificada, en la generalidad de los sistemas comparados próximos, como delito de naturaleza militar, sometido al conocimiento de los correspondientes órganos judiciales que conocen de los delitos de esta naturaleza. Se considera así que este tipo de delito es típica y propiamente militar en cuanto daña al Servicio Militar en sentido genérico y trata de evitar o limitar la negativa ilícita a la prestación de ese servicio.

El Auto cuestionante argumenta además que el ámbito de la jurisdicción militar no es el estrictamente militar, sino el estrictamente castrense, lo que haría referencia al campamento militar en cuanto relación de trabajo, excluyendo una conducta «precastrense» como la prevista en el art. 127 del Código Penal Militar, por lo que la atribución del conocimiento de ese delito a la jurisdicción militar «podría constituir violación de las fronteras» que impone el art. 117.5 C.E.

Por de pronto, ha de aclararse que este precepto constitucional establece un límite negativo al legislador que le impide ampliar la jurisdicción militar más allá de ese límite, pero que no le impediría asignar a la jurisdicción ordinaria asuntos como el presente, por todo lo anteriormente expuesto. Alguno de los argumentos que se utilizan en el Auto son más bien de oportunidad o conveniencia, entrando por ello en el terreno de la legítima opción del legislativo que no corresponde valorar a este Tribunal. El tema no es si, como resulta obvio, este delito podría ser conocido por los Jueces ordinarios, sino si el art. 117.5 C.E. permite que sea conocido por la jurisdicción militar.

En relación con el cumplimiento del Servicio Militar existen en la Ley 19/1984, de 8 de junio, una serie de fases administrativas de alistamiento, clasificación provisional y definitiva y distribución del contingente anual, a través de las cuales el «mozo» puede llegar a ser declarado útil para el Servicio Militar y, en función de ello, llamado a la situación de actividad o servicio en filas, y obligado a incorporarse a la realización del servicio. De acuerdo al art. 217 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar (Real Decreto 611/1986) «el cumplimiento del servicio en filas se iniciará a partir del día de incorporación efectiva en filas en las Unidades o Centros de Instrucción del Ejército». Quien se niega a realizar el Servicio Militar generalmente no se incorpora al servicio y por ello no asume los deberes específicos, de servicios de armas concretos, que presuponen que el ciudadano se ha colocado ya bajo las armas y se ha sometido a la disciplina militar.

La incorporación supone ya cumplimiento de la obligación de prestar el Servicio Militar. La omisión de esa incorporación, no poniéndose o negándose a ponerse a la efectiva disposición de los Ejércitos, es un hecho concerniente al Servicio Militar, pues constituye el incumplimiento total de ese servicio obligatorio y de los deberes militares correspondientes. El Auto proponente parece confundir las consecuencias que de la incorporación a filas se derivan para la aplicación global del régimen penal y disciplinario militar (art. 8.2 del Código Penal Militar) con el tema de la naturaleza de la obligación de prestar el Servicio Militar, que no puede depender en su calificación, ni tampoco en la asignación competencial a la correspondiente jurisdicción, de un acto de sujeción voluntario del obligado. No es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del derecho militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa, y por ello mismo el art. 117.5 C.E. no puede ser interpretado en el sentido etimológico que defiende el Auto proponente, ni su contenido normativo puede ser integrado por disposiciones infraconstitucionales de carácter legal o reglamentario.

Las obligaciones militares, como otras obligaciones públicas, surgen *ex lege* sin necesidad de un acto voluntario de sujeción o sometimiento del ciudadano, y pueden entenderse contraídas desde el momento en que el individuo ha sido enrolado en la milicia (*delatus in numerus*) y llamado a incorporarse a filas, ese enrolamiento y esa llamada es el hecho que, distinguiendo al interesado de todo otro ciudadano, puede determinar la aplicación de sanciones penales de carácter militar incluíbles en el ámbito de lo estrictamente castrense.

El sujeto activo del delito no es, por tanto, cualquier ciudadano español, sino un ciudadano concreto declarado apto, que ha sido llamado efectivamente a realizar el Servicio Militar. La norma penal no tiene como destinatarios a todos los ciudadanos, sino sólo a ciertas personas que tienen una especial cualidad en ese momento, se trata de sujetos calificados en términos jurídicos por haber sido llamados al Servicio Militar, y, por ello, de un delito referido a un ciudadano *uti miles*.

Adscribir el conocimiento del delito previsto en el art. 127 del Código Penal Militar a los Tribunales de la jurisdicción militar no supone, por tanto, una infracción del límite de lo estrictamente castrense del art. 117.5 C.E. Se tipifican como delito conductas que suponen sustraer a la milicia la disponibilidad de un ciudadano con el que las Fuerzas Armadas pueden y deben contar, al haber sido llamado, aunque, por un acto voluntario del obligado, todavía no se haya incorporado efectivamente a filas. El perjuicio que la conducta omisiva del sujeto expresa y la lesión del interés, la de asegurar efectivamente la prestación del servicio, son estrictamente militares, por lo que esa omisión de cumplimiento ha podido ser configurada como un delito militar, y no de carácter común, y ha podido ser sometida legítimamente al conocimiento de la jurisdicción militar, en cuanto es una conducta incluíble dentro de lo estrictamente castrense.

Por consiguiente, el legislador, al encomendar a la jurisdicción militar el conocimiento del delito previsto en el art. 127 del Código Penal Militar, no ha violado el art. 117.5 C.E. ni ha desconocido la competencia propia de la jurisdicción ordinaria, ni por ello, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 C.E.

(Sentencia número 60/1991, de 14 de marzo de 1991. R.A. 1374/88. «B.O.E.» de 16 de abril de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

**LEY DEL TRIBUNAL TITULAR DE MENORES DE 11 DE JUNIO DE 1948**

## ARTÍCULO 15

*Procedimiento*

La contradicción con el art. 24 de la Constitución es, en consecuencia, la que fundamenta realmente la duda que los Jueces proponentes albergan sobre el art. 15 L.T.T.M. Antes de entrar, en el análisis de este problema conviene precisar, sin embargo, cuáles son las disposiciones internacionales que hemos de tomar en cuenta para acatar el mandato del art. 10.2 de nuestra Constitución, pues no todas las mencionadas en las cuestiones son Tratados o Acuerdos internacionales ratificados por España. Así sucede con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekín, en el anterior sistema de transcripción) o con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 (R-87-20). Tanto aquéllas como ésta expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley. Las disposiciones a tomar en consideración son, por tanto, las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma, así como, autorizados por el principio *iura novit curia*, las que recoge la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro ordenamiento en 31 de diciembre de 1990, una Convención que, como es claro, en razón de su fecha, no pudo ser aducida como parte de nuestro ordenamiento por los Jueces proponentes.

Expuesto ya antes el contenido del precepto cuestionado en su tenor literal, no es necesario hacer consideración alguna para evidenciar su incompatibilidad con los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 C.E. El art. 15 L.T.T.M. excluye rotundamente la aplicación de «las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones» y, en consecuencia, es superfluo enumerar uno por uno los mencionados derechos fundamentales, que establecen, entre otras cosas, los principios básicos que las «reglas procesales vigentes» deben incorporar. Quizá proceda sólo precisar, puesto que ello no deriva *prima facie* de la letra del precepto constitucional, que también el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial, y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación.

La segunda parte del precepto que ahora consideramos no contiene referencia alguna al procedimiento y en parte ha quedado sin contenido desde la sustitución de los Tribunales colegiados por órganos unipersonales. La precisión que en el mismo se hace de que las decisiones de la jurisdicción de menores (también en ejercicio de la facultad reformadora) sean denominadas acuerdos, y no sentencias, e incluso la caracterización que, *a contrario*, se hace de la actuación de esta jurisdicción como actuación no judicial evidencian también, sin embargo, la misma concepción del procedimiento ante los Juzgados de Menores como procedimiento del todo ajeno a la legislación procesal y en el que, por tanto, no se garantiza el respeto de los derechos fundamentales que enuncia el art. 24, derechos cuyo disfrute requiere normalmente la *interpositio legislationis*.

Esta palmaria discordancia entre el procedimiento configurado por el art. 15 L.T.T.M. y los derechos fundamentales que garantiza el art. 24 C.E. no basta, sin embargo, para sostener la inconstitucionalidad de aquél. Como es obvio, dicho procedimiento sólo será constitucionalmente ilegítimo si, debiendo acomodarse a los derechos fundamentales que a todos garantiza la Constitución en relación con el proceso, no lo hace, pero no si, en virtud de su naturaleza propia, puede ser regulado si acomodarse al modelo que deriva del art. 24 C.E. Dicho entre otros términos: el procedimiento previsto en el art. 15 L.T.T.M. sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión del art. 24 C.E. si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta.

Este problema puede ser abordado, en principio, por dos vías distintas. Una, que ha sido utilizada por la mayoría de los jueces proponentes y empleada también por el Ministerio Fiscal, consistente en deducir la naturaleza del procedimiento a partir de la naturaleza de las infracciones que lo originan y de las medidas (auténticas penas, dicen algunos jueces) que a su término se imponen. Otra, también aludida en alguna de las cuestiones y en las alegaciones del Ministerio Fiscal, es la de razonar a partir de los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia.

El primero de estos métodos no permite alcanzar conclusiones absolutamente firmes. Es cierto que las acciones u omisiones que pueden dar origen a un procedimiento de reforma son las que el Código Penal califique de delitos o faltas (art. 9.1 A) L.T.T.M.), pero también las infracciones «consignadas en las leyes provinciales y municipales» (art. 9.1. B) L.T.T.M.) e incluso conductas no tipificadas penalmente (art. 9.1. C) L.T.T.M.). De otra parte las medidas que el Juez de Menores puede adoptar, enumeradas en el art. 17 L.T.T.M., no se adoptan en ejercicio del *ius puniendi*, ni tienen finalidad retributiva. En la mayor parte de los casos entrañan una restricción de la libertad personal del menor pero tampoco cabe equipararlas a las penas de privación de libertad.

Más expedito parece, en consecuencia, el método consistente en interpretar el art. 24 C.E. a la luz de lo dispuesto en los Tratados y Convenios a los que se refiere el art. 10.2 C.E., para precisar si los derechos que en el mismo se enuncian deben reconocerse también a los menores sujetos a un procedimiento corrector ante un Juzgado de Menores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, C.D.N.) no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso «se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales» se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual «se presu- mirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales».

Nuestro sistema no se ha acomodado aún, sin embargo, a esta recomendación. Es cierto que el Código Penal (art. 8.2) exime de la responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años y considera atenuante (art. 9.3) la edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, pero también es evidente que no considera incapaces de infringir las leyes penales a los menores de ninguna edad, pues tanto el art. 9.1 A) L.T.T.M., como el citado art. 8.2. del Código Penal implican una voluntad del menor en la realización de las acciones tipificadas como delitos o faltas. Por eso, aunque en el futuro, mediante una reforma profunda del sistema, no sería imposible regular un pro-



cedimiento corrector distinto del proceso penal y aplicable sólo a los menores considerados incapaces de infracción penal (una incapacidad que en buen número de países se extiende precisamente hasta los dieciséis años, esto es, la edad a la que, entre nosotros, se es ya penalmente responsable), en la actualidad, operando la jurisdicción penal para la reforma de menores sobre personas a las que, aunque consideradas penalmente irresponsables, se les atribuye la realización de delitos o faltas, el procedimiento regulado por el art. 15 L.T.T.M. no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el art. 40.3 b) de la C.D.N., sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales.

Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.), como de la C.D.N. resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar. Así se desprende ya de lo dispuesto en el art. 14.4 del P.I.D.C.P., cuyo tenor literal («En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social») al ordenar que la minoría de edad sea tenida en cuenta para la ordenación del proceso, impone también implícitamente la obligación de que en la ordenación de éste se aseguren los derechos que, con carácter general, para todos los procesos penales, enumera el apartado anterior (3) del mismo artículo.

De manera explícita y rotunda, esta obligación se establece también en el art. 40.2 b) de la C.D.N., según el cual, a «todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente:

i) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.

ii) Será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o de sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

iii) La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.

iv) No será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

v) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial...».

Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede, que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de nuestra Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15

L.T.T.M., al excluir la aplicación de «las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones» ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

Esta declaración requiere, sin embargo, dos puntualizaciones importantes. La primera es la de que esta declaración de nulidad del precepto en cuanto que regulación del procedimiento corrector, no implica su erradicación total del ordenamiento en la medida en la que el objeto de las cuestiones es sólo el análisis de dicho precepto como procedimiento a seguir en el ejercicio de la función reformadora y no de la función protectora de la jurisdicción de menores, cuestión esta última de la que se ya ocupó este Tribunal en su S.T.C. 71/1990.

La segunda es la de que las especiales características del proceso reformador que nos ocupa, determinan, sin embargo, que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos. Tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones, podría justificar su restricción. En tal sentido conviene recordar que este principio admite excepciones en los términos señalados en las leyes de procedimiento, y así se recoge en el propio art. 120.1 de la C.E., y en conCORDANCIA con el mismo, en el art. 233 de la L.O.P.J. Específicamente en el ámbito internacional, y por lo que respecta a los procesos seguidos contra menores, se prevé dicha posibilidad. Así, en la regla 8 de las llamadas «Reglas de Beijing», se señala que para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad, y que en principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de «un menor delincuente». Asimismo, tal restricción se reconoce en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M., en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada S.T.C. 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2.b) de la C.D.N. y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea).

(Sentencia número 36/1991, de 14 de febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad 1001/88, 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90 (acumuladas). «B.O.E.» de 18 de marzo de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## ARTÍCULO 16

### *Apreciación de los hechos y aplicación de medidas*

El art. 16 L.T.T.M., cuya constitucionalidad se cuestiona, dispone que «los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en leyes especiales que se atribuyan

a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales».

Los órganos judiciales que plantean las cuestiones fundamentan su duda, como ya queda dicho, en la difícil compatibilidad de dicho precepto con los arts. 9.3 y 25.1 C.E. La muy genérica descripción de las conductas que pueden dar lugar a la adopción de medidas correctoras hace imposible establecer un sistema de relaciones claro entre éstas y aquéllas y viola así tanto el principio de seguridad jurídica como el de legalidad, especialmente en cuanto éste implica también el de tipicidad.

Este fundamento no puede desecharse, como propone el Ministerio Fiscal, excluyendo la aplicabilidad del principio de tipicidad. Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio de *ius puniendi* en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar (las especificadas en el art. 17 L.T.T.M.) comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución en su contra de las garantías de las que gozaría si no lo fuese.

Por ello, ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, tampoco ausente de la pena en sentido estricto (art. 25.2 C.E.) permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social.

De acuerdo con todo ello, si el art. 16 L.T.T.M. no fuese susceptible de otra interpretación que aquella que vé en él una simple autorización al Juez para que éste, con absoluta discrecionalidad, califique las conductas y determine, en consecuencia, también con absoluta libertad, las medidas a adoptar, no habría otra alternativa que la de declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

Pero esta interpretación no es, sin embargo, la única posible. El tenor literal del precepto cuestionado, al señalar que el Juez apreciará los hechos calificados en el Código Penal como delitos o faltas, en relación con las condiciones sociales y morales del menor y que al tiempo de determinar la responsabilidad del mismo prescindirá del concepto y alcance jurídico con que tales hechos son calificados penalmente, debe ser entendido sólo como una prohibición de que se utilice en la jurisdicción de menores el catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad en todo su rigor y extensión, por tratarse de inimputables penales. Pero dicha prohibición no implica que el Juez no vea su libertad de calificación de los hechos limitada por la tipificación contenida en los preceptos penales transgredidos, ni que su discrecionalidad para la adopción de medidas no deba tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas. Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete

a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia L.T.T.M. —las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil—, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. Tanto la razonada flexibilidad del Juez como la existencia de límites en la imposición de las medidas correspondientes ha sido reconocida en el ámbito internacional. A mayor abundamiento, la regla 6.1 de las «Reglas de Beijing» dispone que, debido a «las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se faculta un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la Administración de Justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, Sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones». Por otra parte, la regla 17.1 señala que la resolución en esta materia se ajustará a los siguientes principios:

«a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condeando por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada...»

De conformidad con todo lo expuesto, ha de declararse que el art. 16 de la L.T.T.M. no es contrario a la Constitución, interpretado en los términos y con las garantías que acabamos de exponer, todo ello sin perjuicio de reiterar la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia.

(Sentencia número 36/1991, de 14 de febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad 1001/88, 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90 (acumuladas). «B.O.E.» de 18 de marzo de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## ARTÍCULOS 18 Y 23

### *Límite y revisión de los acuerdos*

Finalmente, resta por examinar la constitucionalidad de los arts. 18 y 23 de la L.T.T.M. El primero señala, en lo que al proceso corrector se refiere, que las medidas de reforma prolongadas que, en su caso, pudiesen imponerse al menor no podrán prolongarse más allá de la mayoría de edad civil. El segundo dispone que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revisten carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor.

La duda sobre la constitucionalidad de estos preceptos se origina también en la difícil conciliación de la indeterminación en la duración de las medidas correctoras que de ellos resulta con el principio de legalidad penal en cuanto que éste implica también la predeterminación de las penas.

Esta supuesta contradicción con el art. 25 de nuestra Constitución no puede ser afirmada, sin embargo, en relación con un precepto (el del art. 18 L.T.T.M.), cuya defec- tuosa redacción se limita a establecer un límite absoluto a la duración máxima de las medidas correctoras, sin prejuzgar en lo demás cuál haya de ser la duración de estas medidas en cada caso concreto. Ese límite es, por lo demás, congruente con la naturale- za propia de tales medidas, así como con la finalidad reformadora que con ellas se per- sigue, pues alcanzada la mayoría de edad civil cesa la acción tutelar propia de esta jurisdicción, sin que, por tanto, pueda entenderse que dicho límite conculque el princi- pio de legalidad en los términos ya apuntados.

Tampoco la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformado- ra contraría tal principio, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retribu- tivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia. Es claro, por lo demás, que el menciona- do precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

(Sentencia número 36/1991, de 14 de febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad 1001/88, 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90 (acumuladas). «B.O.E.» de 18 de marzo de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## **LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL**

### **ARTÍCULO 5.4**

#### *Violación de los derechos fundamentales*

Ver Sentencia número 98/1991, de 9 de mayo, sobre *Recurso de casación*. Artícu- los 847 y 849 L.E.Cr.

### **ARTÍCULO 18.1**

#### *Inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes*

Ver Sentencia número 67/1991, de 22 de marzo, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Art. 24.1 C.E.

### **ARTÍCULO 240.2**

#### *Nulidad de actuaciones*

No siendo contrario al art. 24 C.E. el art. 240.2 L.O.P.J., según ha declarado este Tribunal en su S.T.C. 185/1990 y no siendo directamente vulneradora de derecho fun-

damental alguno la aplicación que los órganos judiciales han hecho del art. 240.2 de la L.O.P.J., en la cual fundaron la decisión denegatoria de la nulidad de actuaciones; la impugnación en el presente proceso de amparo ha de entenderse dirigida contra la Sentencia firme que puso término al proceso, por el hecho de ser culminación de un procedimiento viciado, contra la que, por no existir frente a ella ningún recurso ordinario ni extraordinario ni otros medios de rescisión de la cosa juzgada ante los órganos judiciales, el recurso de amparo constitucional se convierte, en virtud de la inserción de la cláusula limitativa del art. 240.2 de la L.O.P.J. en el actual sistema procesal, en el único remedio frente a la situación de indefensión causada por vicios procesales detectados después de declarada la firmeza de la Sentencia.

(Sentencia número 202/1990, de 13 de diciembre. R.A. 1462/87. «B.O.E.» de 10 de enero de 1991. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

## **L.O. 6/1984, DE 24 DE MAYO, REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO DE «HABEAS CORPUS»**

### ARTÍCULO 2. PÁRRAFO 3

#### *Habeas Corpus*

Para responder a la petición del actor, pues, ha de seguirse idéntico procedimiento ya empleado en la referida resolución de 1989. En primer término, han de reiterarse las tres preguntas que, dialécticamente, efectuábamos en dicha Sentencia y que son éstas: «Primera: ¿Es aplicable a la Guardia Civil el régimen disciplinario militar y en particular lo era para sancionar la hoy recurrente en los dos supuestos que dieron lugar a los expedientes disciplinarios (...)? Segunda: En el caso de que la anterior cuestión obtenga respuesta afirmativa, ¿es competente la jurisdicción militar para ejercer el control jurisdiccional sobre las sanciones disciplinarias impuestas a un guardia civil? Tercera: Más en concreto, ¿corresponde a la jurisdicción militar conocer de la solicitud de «Habeas Corpus» cuando la detención supuestamente ilegal proceda de un acto de cuya revisión jurisdiccional deba conocer la jurisdicción castrense?» La respuesta que se dio entonces y se reitera ahora es la afirmativa. Es decir, que al igual que en la S.T.C. 194/1989 se hacía, ante el planteamiento del recurrente considerando imposible que el Instituto de la Guardia Civil se regule, en virtud del art. 15.1 L.O.2/1986, por el régimen que le es propio, aún no promulgado, la respuesta ha de ser que el régimen transitorio puesto en marcha por el legislador no contraviene la Constitución; así lo reiteró la citada S.T.C. 196/1989 en su fundamento jurídico 4.º, tras sintetizar las resoluciones emitidas por nosotros al respecto, síntesis a la que cabe remitirse ahora, de nuevo, por entero. Y, por tanto, conviene únicamente citar de modo expreso el antepenúltimo párrafo del citado fundamento: «Reiteramos una vez más que la normativa disciplinaria aplicable ahora a la Guardia Civil es la propia de las Fuerzas Armadas. Pero repetimos que esto es así “mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas” (A.T.C. 1264/1988), y añadimos que esta previsión legislativa contenida en el art. 15.1 de la L.O. 2/1986 y antes en el art. 38.2 de la L.O. 6/1980, no puede

quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida; del régimen disciplinario militar. El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez las indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión.»

Tras recordar en el fundamento jurídico quinto la citada Sentencia, que «los círculos relativos a la aplicación del régimen disciplinario militar y el ámbito revisor de la jurisdicción militar no son forzosamente superponibles o coextensos», se afirma que ello es consecuencia de la interpretación restrictiva del «ámbito estrictamente castrense» que se deriva del art. 117.5 C.E. Este fue el supuesto que estaba en la base de la S.T.C. 93/1986, en la que se suscitaba la constitucionalidad de tal control a una sanción impuesta a un miembro del entonces Cuerpo de Policía Nacional, es decir, con anterioridad a la L.O. 2/1986. Ahora bien, el recurrente ni es miembro de tal Cuerpo, sino de la Guardia Civil, Instituto armado de naturaleza militar por imperativo legal [arts. 9.b), 13.1 y 15.1.I de la L.O. 2/1986] y ha recibido sendas sanciones de autoridades facultadas para imponérselas. Estas sanciones son recurribles tanto en vía jerárquica como contencioso-militar (arts. 50 y 52 L.O. 12/1985). Y, como ya manifestábamos en esta última resolución, con las debidas matizaciones impuestas por el art. 117.5 C.E., la regulación de la jurisdicción militar dada por la L.O. 4/1987 es terminante; en su art. 17 se dispone que «corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación» de las normas disciplinarias. «Ahora bien —proseguíamos— con la Guardia Civil ocurre, al contrario que con el Cuerpo Nacional de Policía, que la naturaleza militar que le ha atribuido el legislador posconstitucional por voluntad constitucionalmente permitida, aunque sin duda derogable y modificable, incluye a tal Instituto armado en el ámbito castrense, y aunque ello no significa que todo ilícito cometido por un guardia civil quede como regla general sometido a ese ámbito jurisdiccional (como ya se resolvió en la S.T.C. 76/1982 en relación con un posible delito de tortura), sí obliga a afirmar que las sanciones disciplinarias impuestas a un guardia civil, como en los casos que nos ocupan, por faltas tipificadas en el art. 9.15 (aquí, art. 9.16) de la L.O. 12/1985 sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente (art. 13 L.O. 2/1986) pertenece al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 C.E.).»

Este razonamiento lleva a determinar que para los miembros de la Benemérita, mientras siga la vigente ordenación, «el Habeas Corpus» corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por jurisdicción castrense y tal afirmación, que en principio se desprende con naturalidad lógica de los anteriores razonamientos, es algo más que eso, pues se deriva también inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la L.O. 6/1984 reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus», y del art. 61.3 de la L.O. 4/1987, que se remite al anterior, que establece que «en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de “Habeas Corpus” el Juez Togado Militar».

(Sentencia número 44/1991, de 25 de febrero. R.A. 1559/88. R.A. 1559/88. «B.O.E.» de 27 de marzo de 1991. Ponente: don José Gabaldón López.)

**LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA****ARTÍCULO 3.4***Deberes de la Administración Penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos*

De lo expuesto se deduce sin necesidad de mayores precisiones, que la diferencia entre lo resuelto por el Auto impugnado en este recurso y los que fueron objeto de impugnación por los internos en ayuno voluntario en los procesos anteriores, no radica más que en algunos matices sobre el momento en que se permite la alimentación forzosa y la asistencia médica de los ayunantes. Y si se declaró compatible con la Constitución y con los derechos fundamentales entonces invocados que la alimentación forzosa tuviera lugar una vez que la vida de los reclusos en huelga de hambre corriera grave peligro, lo que se determinaría previo los oportunos informes médicos y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estableciera, no puede extraerse de esta declaración que la fijación del momento a partir del cual se permita la alimentación forzosa, haya de sujetarse necesariamente al mismo momento en todos los casos en que resulte aplicable el art. 3.4 de la L.O.G.P. Porque, en síntesis, lo que ahora se pide en este recurso de amparo, no es más que la anulación de unas resoluciones judiciales que difieren sólo parcialmente y en forma motivada del momento en que, a juicio de los órganos judiciales competentes, ha de procederse a la intervención sanitaria y alimentación coactiva por parte de la Administración Penitenciaria para asegurar el derecho a la vida del interno que se niega a ingerir alimentos. Y no es lo mismo, naturalmente, reconocer, como se hizo en las S.S.T.C. 120/1990 y 137/1990, que no es incompatible con la Constitución el derecho-deber que con base en el art. 3.4 de la L.O.G.P. ejerció en aquellos casos la Administración Penitenciaria que, elevando a rango constitucional las atribuciones que el citado precepto otorga a la Administración, convertirlos en derechos susceptibles de amparo constitucional. Y esta es, en definitiva, la posición que adopta el Ministerio Público en este recurso con base en el derecho a la vida de los reclusos que nadie ha debatido en las actuaciones judiciales precedentes ni, menos aún, resulta negado o exento de consideración por las resoluciones ahora impugnadas, según llegan a reconocer, como hemos visto, tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, porque es el inminente o evidenciable peligro de muerte, lo que justifica, según unas y otras resoluciones, la intervención coactiva de la administración del centro penitenciario para prestar asistencia terapéutica y alimentaria a los reclusos en huelga de hambre.

Pues bien, establecer el momento y la forma en que haya de procederse de manera coactiva para evitar riesgos intolerables para la vida del interno, no es algo que corresponda hacer a este Tribunal, dado que ello supondría una clara injerencia en la competencia propia de la Administración Penitenciaria y, en su caso, de los órganos judiciales establecidos al efecto. Comprobado, como ocurre en este caso, que las resoluciones impugnadas y, especialmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, no impiden, como se pretende sostener en el recurso, que la Administración Penitenciaria cumpla lo dispuesto en el art. 3.4 de su Ley Orgánica, en orden a velar por la vida, integridad y salud de los enfermos, no es procedente anular dichas resoluciones por una supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados que, como se desprende de lo razonado, no se ha producido.



(Sentencia número 11/1991, de 17 de enero. R.A. 1881/90. «B.O.E.» de 13 de febrero de 1991. Ponente: Fernando García-Mon.)

## LEY 3/1967 DE 9 DE ABRIL

### DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA

#### *Auto en que se fijan daños y perjuicios*

En el supuesto debatido, la resolución recurrida es un Auto que se dicta en aplicación de la Disposición adicional segunda de la Ley 3/1967, de 9 de abril, cuyo tenor literal, en lo que aquí interesa, es el siguiente: «A) cuando en un proceso penal incoado por hecho cubierto por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor se declare la rebeldía del acusado o recayere sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiere renunciado a la acción civil ni la hubiere reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el Juez o el Tribunal que hubiere conocido de la misma dictará Auto en el que se determinará la cuantía líquida máxima que pueda reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado amparados por dicho seguro obligatorio. El Auto referido contendrá la descripción del hecho y la indicación de las personas que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de ellos.»

El Auto recurrido, después de identificar en su primer antecedente de hecho el juicio de faltas y la Sentencia absolutoria dictada en el mismo, y describir sucintamente, en el antecedente segundo, el hecho que dio lugar al juicio, consignando que no hubo renuncia de la acción civil, ni reserva de su ejercicio para la vía civil, dedica su único fundamento jurídico a expresar que se dicta en aplicación de lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/1967, de 8 de abril, y en su parte dispositiva, señala el vehículo que intervino en el accidente, los nombres del conductor y propietario del mismo, de la Compañía aseguradora y de la persona que resultó lesionada y a continuación estima, como cantidad máxima reclamable, la de 446.400 pesetas por los 279 días que la atropellada tardó en curar de las lesiones producidas y 77.000 pesetas por las secuelas derivadas de la misma, fijando el total de la cantidad en 513.400 pesetas, suma de las dos partidas anteriores.

A la vista de dicho contenido, resulta indudable que el Auto recurrido no sólo cumplió correctamente la norma legal que aplica, sino que satisfizo plenamente el derecho del justiciable a la motivación del mismo; pues en él se contienen todos los elementos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de la cantidad que el Juez, en uso de su facultad de apreciación de la prueba practicada en el juicio, ha considerado como límite máximo de la indemnización reclamable; límite que, como es sabido, no impide la reclamación de otras cantidades en la vía civil.

Dicho Auto tuvo por objeto producir un título ejecutivo para exigir, fuera del proceso penal, la indemnización correspondiente de acuerdo con el máximo indemnizatorio apreciado por el Juez y tal finalidad se cumple con la determinación de los datos y requisitos que determina la Ley aplicada, sin que sea exigible que se reproduzca, en toda su extensión, la descripción de los hechos que se declaren probados en la Sentencia.

cia de la cual es consecuencia el Auto, ni que exteriorice de manera prolija y detallada cuál ha sido el juicio valorativo que le ha llevado a la cantidad señalada, puesto que bien claramente se establecen los conceptos integrantes de dicha cantidad, que corresponden con el número de días que tardó la persona atropellada en curar de sus lesiones, así como a la entidad de las secuelas derivadas de ellas, las cuales no era necesario especificar en cuanto que venían ya establecidas en la Sentencia como consistentes en un edema muscular en tobillo derecho y algias residuales, sin que la suficiencia de dicha motivación pueda oponerse la falta de inclusión de indemnización sobre daños morales, dado que tal ausencia no supone defecto de motivación, sino tan solo que el Juez ha considerado, en ejercicio de su exclusiva potestad de juzgar, que éstos no se han producido o que no han alcanzado entidad suficiente para dar lugar a una indemnización mayor que la fijada.

En consecuencia, no ha existido lesión constitucional que denuncia la recurrente, cuyo recurso de amparo sólo se explica si se entiende que, bajo la cobertura de una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial, lo que verdaderamente se hace es manifestar una simple discrepancia con el límite indemnizatorio señalado por el órgano judicial, carente de relevancia constitucional.

Y para concluir, procede igualmente rechazar la alegación del Ministerio Fiscal relativa a la obligación que, a su juicio, tenía el Juez de oír previamente a las partes antes de determinar la cantidad máxima indemnizable, puesto que esa falta de audiencia previa contradictoria afectaría, en su caso, a un eventual derecho de defensa, carente, en este caso concreto, de relación alguna con el derecho fundamental invocado por la recurrente, y, además, tal trámite de audiencia, no sólo no viene previsto en la Ley, sino que expresamente se excluye en el párrafo segundo de la norma aplicada, al limitarlo exclusivamente a los supuestos de falta de elementos probatorios o de que éstos se hubieran admitido sin posibilidad de intervención de los interesados; supuestos sobre los cuales nadie ha hecho la más mínima alegación y que, de haber concurrido, según dejamos dicho, carecerían de trascendencia respecto del derecho fundamental aquí invocado.

(Sentencia número 14/1991, de 28 de enero. R.A. 1154/88. «B.O.E.» de 25 de febrero de 1991. Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.  
Abogado del Estado

## ARTICULO 8.7.º ESTADO DE NECESIDAD. ABORTO. EXIMIENTE COMPLETA

*(STS de 11 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

**Segundo.** El estado de necesidad es, en definitiva, una situación de conflicto entre bienes dignos de protección, en la cual el Ordenamiento jurídico estima, conforme a Derecho, o por lo menos tolera, según la naturaleza de la colisión, la lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de ellos.

El tema del aborto, como es bien sabido, está lleno de polémicas y en él inciden problemas de muy diversa naturaleza y consideración. Por encima de todos hay que señalar que su no punición, en los supuestos generales que la Ley contempla o que pueda contemplar en el futuro o en los casos especiales que derivan de hacer uso de determinadas instituciones penales configuradas en la leyes, por los Tribunales de Justicia no supone otra cosa que decidir por razones de política criminal en el primer caso y de aplicación del sistema penal vigente en el segundo, que al hecho de abortar en las circunstancias concretas que se contemplan por las razones que en cada caso sirven de presupuesto a la exclusión no deben asociarse consecuencias penales.

El conflicto de intereses al que antes se hacía referencia es claro: por una parte la protección del *nasciturus*, sin duda de ningún género, digno y merecedor de la mayor atención desde el punto de vista jurídico por serlo socialmente (cf. arts. 29 y concordantes del Código Civil), mientras que por otra parte existe también un derecho al libre desarrollo de la personalidad humana de la madre que es merecedora, igualmente, de protección en los términos que la Ley establezca como consecuencia de las exigencias sociales de cada momento histórico. De ahí que las distintas legislaciones ofrezcan aquellas soluciones que en cada situación se consideren más conformes a los principios generales por los que se rigen y a las propias realidades sociales sobre las que se asienta la colectividad. Ese ha sido el sentir, sin duda, cualquiera que sea el juicio que a cada persona pueda merecer, del nuevo art. 417 bis del Código Penal de descriminalización o despenalización par-

cial de aborto, de acuerdo con el sistema de indicaciones al que más adelante, en el siguiente recurso, se hará referencia. La realidad social a la que el Código Civil, con vocación generalizadora y cuasiconstitucional, llama para dar contenido a la operación de búsqueda del sentido y alcance de las normas, puede y debe servir para orientar al legislador y también al juzgador, con sometimiento incondicionado siempre al principio de legalidad.

Como es frecuente en el campo del derecho, y acaso más en el penal, las instituciones por las que se rige ofrecen aspectos objetivos y subjetivos de la más variada índole que, de alguna manera, son inseparables y cuya apreciación conjunta resulta indispensable para la mejor comprensión de la conducta que se enjuicia. Ello sucede, sin duda, en el caso que estamos estudiando para decidir conforme al Derecho.

Está claro (cf. sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril) que las causas de exención de la responsabilidad criminal establecidas en el art. 8 del Código Penal también pueden actuar, en principio y con los límites que le son inherentes, respecto del delito de aborto.

La Sala sentenciadora destaca que no hubo un embarazo intencionado y que no había obligación de sacrificarse porque la procreación no puede entenderse comprendida en el tercer requisito fijado por el legislador español en el art. 8 apartado 7 del Código Penal.

Como antes se anticipaba se trata de una familia casi recién establecida; cuatro años, con tres hijos muy pequeños, en una situación de paro sin cobertura, con la obligación de atender a los niños que ya constituían ese hogar, en tal estado que un nuevo nacimiento podría provocar la imposibilidad de atenderlo en términos de dignidad humana, que sin duda era el deseo de los padres: sacar adelante a los tres hijos pequeños que acaso ya no podría realizarse con el nuevo nacimiento en el sentir de los progenitores, no sólo desde el punto de vista económico, decisivamente importante, sino también de la atención, básica también, de la madre que vería perturbada incluso su salud física y psíquica aunque no fuera de manera importante y grave por los sucesivos embarazos y crianzas (así lo dice expresamente el juzgador de instancia en el 4.º Fundamento de Derecho como inferencia lógica, que por serlo, de ella ha de partirse) datos que, en definitiva, se corresponden a valores de intimidad y dignidad. De la fragilidad de la salud psíquica de la madre hubo pruebas, dice la sentencia, en el juicio oral.

Así las cosas y con explícito reconocimiento, cualquiera que sea la interpretación más correcta del art. 15 de nuestra Constitución del valor inmenso de la vida que anuda en el «nasciturus», hay que entender que la citada sentencia, que reflexiona con autenticidad en cuanto a las bases sobre las que se asienta y con dudas respecto a las correspondientes consecuencias, propios del discurso y del intelecto sobre la naturaleza de la eximente y sobre su aplicación como tal o como atenuante, en este caso es acertada.

En cualquier supuesto, si el conflicto antes descrito no era real, por vía de hipótesis, la serían en el fuero interno para los procesados absueltos desplegando con igual intensidad los efectos eximentes de la circunstancia por razones del elemento culpabilístico. Todos los factores concurrentes descritos conducen, en una tarea individualizadora, a entender que se daban, en efecto, todos los requisitos de la eximente aplicada respecto a los tres absueltos.

**ARTICULO 9.9.º ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO.  
ESTIMACION EN DELITOS IMPRUDENTES**

*(STS de 7 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

**Tercero.** Bajo la misma apoyatura procesal se alega, por inaplicación, la circunstancia atenuante 3.ª del art. 9 como muy calificada en relación con el art. 61.5, ambos del Código Penal, es decir, el arrepentimiento espontáneo.

Se plantea así el tema de si en los delitos culposos cabe o no la aplicación de esta atenuante. La doctrina científica y la jurisprudencia ofrecen consideraciones plurales. En general se considera que esta circunstancia no resulta plenamente apta para operar en los delitos culposos (véanse sentencias de 18 de junio de 1959 y 22 de diciembre de 1971) aunque a veces se mantuvo la opinión contraria (sentencia de 16 de marzo de 1967).

Mas en concreto debemos citar las siguientes sentencias: la de 18 de junio de 1958 entiende que no es de apreciar pues no es circunstancia apta para operar en los delitos culposos que, al no requerir malicia ni volición del resultado, comparthen ordinariamente la pesadumbre por su involuntario acaecimiento, siendo en todo caso normal que quien causa sin intención un incendio procure extinguirlo, pues en el supuesto de no hacerlo y presenciar inactivo su progreso, cabría incluso trastocar su naturaleza inicialmente culposa en dolosa; la de 19 de junio de 1959 no niega la posibilidad de que alguna vez pueda ser aplicada; las de 26 de febrero de 1960 y 18 de marzo de 1968 sí lo hacen porque la no realización de actos de esta naturaleza podría constituir otro delito distinto; la de 15 de junio de 1964 decididamente se inclina por su aceptación y en igual sentido la de 18 de marzo de 1967. La sentencia de 22 de diciembre de 1971 declara que, si bien la atenuante de arrepentimiento espontáneo no es en términos absolutos rechazable siempre, en los delitos culposos es difícil concebirla.

En general puede decirse que no hay, en efecto, una incompatibilidad entre el arrepentimiento espontáneo y la culpabilidad culposa, sobre todo teniendo en cuenta que aquél ha resultado, como dice la sentencia de 31 de marzo de 1990, progresivamente objetivado (recordando sentencias de 11 de marzo de 1987 y 23 de junio y 2 noviembre de 1988). Es decir, como señala la sentencia de 2 de noviembre de 1988 la jurisprudencia muestra una tendencia a la objetivación de esta circunstancia al referirse a la conciencia de un obrar antijurídico del que nace la voluntad de restaurar el orden social y jurídico perturbado (Sentencias de 11 de marzo, 29 de septiembre, 1 de diciembre de 1987 y 23 de junio de 1988), con absoluta indiferencia hacia los móviles que pueden ser de naturaleza ética o simplemente utilitaria.

Aceptada, pues, la idea de su fundamentación, ha de construirse sobre bases objetivas por razones de política criminal que indudablemente representan un valor muy positivo en el Derecho Penal que no puede ni debe desconocerse, debe admitirse la existencia de tal circunstancia en los delitos culposos cuando la actuación del agente sea subsumible en alguno de los supuestos que en la Ley Penal se contemplan, siempre que la conducta no venga impuesta por la misma (confróntase art. 489 ter) porque entonces su comportamiento constituye el cumplimiento de una obligación impuesta por el Derecho Penal y cuya infracción constituye un delito autónomo.

**ARTICULOS 10.1.º Y 406.1.º. ASESINATO. ALEVOSÍA.  
DOCTRINA GENERAL**

(STS de 12 de julio de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

**Segundo.** Procede, en cambio, estimar el segundo de los motivos de la acusación particular en la parte referida a la aplicación de la alevosía, en lugar de la agravante de abuso de superioridad, con la consiguiente calificación de la muerte, no como homicidio, según entendió el juzgado *a quo*, sino como asesinato. La petición se apoya —como todo este polifacético motivo— en el número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fue apoyada por el Ministerio Fiscal. La alevosía, parificada en las Partidas y el Fuero Real con la traición o deslealtad, aparece ya en la Novísima Recopilación como aseguramiento del hecho, pasa con ambos rasgos al Derecho español codificado y gana en el Código de 1870 un tercer rasgo, el de cobardía, representado por la ausencia de riesgo para el agresor. Hoy es entendida mayoritariamente, al menos en la jurisprudencia, como una circunstancia en la que predomina el carácter objetivo, o si se prefiere, como una agravación debida a la antijuridicidad derivada de los medios comisivos que plasman en el aseguramiento de la ejecución y en la indefensión de la víctima (véanse, por todas, las sentencias de 21 de octubre de 1985 y 15 de febrero y 24 de octubre de 1988). La lectura de la definición auténtica recogida en el número 1 del art. 10 del Código Penal revela que son «los propios medios, modos o formas en la ejecución» los que han de tender «directa y especialmente a asegurarla», así como a evitar el riesgo proveniente de una posible reacción defensiva por parte del atacado, de lo que se infiere que la faceta subjetiva de esta agravante se circunscribe al uso consciente de aquéllos, aunque sólo sea por el aprovechamiento de una ocasión determinada, asumiendo o interiorizando, por decirlo así, esa tendencia que en principio juega en el ámbito externo, mecanicista y causal. A la vista, pues, de las anteriores consideraciones, resulta evidente que la muerte del niño Ramón José F. M. no fue acompañada sólo de un cierto abuso de superioridad, sino de la genuina agravante de alevosía, con todo lo que ello comporta. El acusado, a la sazón de diecisiete años, y su víctima, de sólo ocho, se encuentran en un lugar apartado, pasadas ya las nueve de una noche de invierno, y aquél, una vez que resuelve matarlo, pone en práctica su propósito «seguidamente, asestándole con un palo un fuerte golpe en la cabeza, en la región parietal derecha, detrás de la oreja, el cual le causó la muerte de forma instantánea». En tales condiciones la indefensión de la víctima era absoluta, el logro del resultado letal, seguro, y la posibilidad de riesgos para el agresor por la defensa que pudiera hacer el niño, nula.

**ARTICULOS 16 Y 407. COMPLICIDAD. ELEMENTO CULPABILISTICO**

(STS de 17 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Nuestro Código Penal, como es bien sabido, contempla dos formas de participación periférica respecto al hecho y a la culpabilidad: la cooperación necesaria

del art. 14.3 y la cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, no necesaria, del art. 16, inscribiéndose la primera en la autoría y la segunda en la complicidad con efectos penológicos especialmente importantes.

Pero, en todo caso, es imprescindible que la acción que realice el cooperador, necesario o no, esté impregnada de culpabilidad, en este caso dolosa, de acuerdo con el principio esencialísimo de culpabilidad que impera en nuestro Derecho Penal. De ahí la permanente revisión que ha de hacerse hoy al llamado acuerdo previo de voluntades para la realización de una acción contraria a Derecho en el sentido de determinar con toda precisión y fijeza en qué consiste el acuerdo y cuáles eran sus verdaderos contornos. Ponerse de acuerdo para «ajustar cuentas», en el entendimiento más favorable a quienes lo toman, es una expresión tan genérica y abstracta que no permite otra cosa que la que inequívocamente se deduce de ella, en la acepción usual: pedir explicaciones, exigir una satisfacción, incluso por la fuerza, etc.; pero lo que no es posible aceptar es que de un acuerdo tomado en estos términos se pueda obtener la conclusión de que en los partícipes concurría un *animus necandi* en cualquiera de sus manifestaciones, ni siquiera una intención de lesionar o de agresión corporal que, en este caso concreto, hay que excluir teniendo en cuenta que el arma fue exhibida por la víctima, que lo que podemos llamar componentes del grupo que pretendía «ajustar cuentas» no llevaban armas, ni de fuego, ni blancas, dato especialmente expresivo, la forma y rapidez como ocurrieron los hechos en los que no hubo ningún tipo de acometimiento ni rodeo, ni obstaculización a la defensa de la víctima. Transformar un acto de reclamación, cuya etiología se desconoce y cuyo desarrollo queda descrito en la sentencia, en un acuerdo de voluntades para llevar a cabo un homicidio, imprescindible para aceptar la calificación que se propone, es aceptar un giro espectacular en la exteriorización de un comportamiento con desconocimiento del principio de culpabilidad ya referido. La presencia de los procesados absueltos no pudo suponer un «apoyo moral» para el condenado, porque la dinámica comisiva del acontecer sufrió un cambio cualitativo cuando la víctima sacó la pistola y José Luis se la arrebató y hace con ella los cinco disparos.

### ARTICULO 33. PRISION PREVENTIVA. ABONO. LIMITACIONES

(STS de 3 de diciembre de 1990. Pte. Sr. De Vega Ruiz)

**Segundo.** El Fiscal recurre por estimar indebido el abono que al penado se le hace en la causa en relación al tiempo en que estuvo privado de libertad por hechos, de los que fue absuelto, acaecidos y juzgados con anterioridad a aquellos por los que fue condenado, como se acaba de indicar.

El motivo ha de ser estimado por ser evidente la infracción, por aplicación indebida, del art. 33 del Código Penal así como el art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901, reseñada.

Es cierto que en el derecho penal la interpretación de los preceptos ha de hacerse en favor de los reos, pero no es menos cierto que si las palabras o las

situaciones jurídicas son claras y no ambiguas, no es preciso entonces interpretación de clase alguna (*in claris, non fit interpretatio*).

Son varios los argumentos que avalan la estimación antes dicha:

a) Si el art. 33 del Código señala un derecho evidente que al penado corresponde para que la prisión preventiva sufrida se le abone en el cumplimiento de la condena, no es menos cierto que esa prisión preventiva, según un primer criterio, ha de haber sido sufrida durante la tramitación de la causa en la que se quiere hacer el abono, lo que no es el supuesto de hecho que la instancia tuvo a su alcance.

b) Frente a la tesis más restrictiva que sólo admite el abono de la prisión cuando ésta se haya acordado y sufrido en la misma causa (Sentencia de 22 de diciembre de 1944), hay otra corriente que en beneficio del penado llega a admitir el abono de la prisión sufrida para otra causa distinta siempre que ésta sea coetánea y simultánea a aquella en la que la privación de libertad se produjo. Son criterios distintos pero los dos dentro de los límites razonables. Lo que no se puede admitir es la extensión del abono de esa prisión a las causas posteriores y a los hechos posteriores, pues que lejos de consolidar un derecho penitenciario humano y progresista, podría originar la mayor inseguridad jurídica al permitir al delincuente disponer de una especie de «cuenta corriente», en expresión de la Memoria del Fiscal General del Estado de 1985, con objeto de que a esa cuenta se computen las futuras infracciones que el sujeto cometa. Ello equivaldría poco menos que a autorizar al sujeto para la comisión de delitos «a cargar en el saldo de privación de libertad que tiene a su favor».

c) Efectivamente, es cierto que el párrafo tercero del art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la aplicación del art. 70 del Código cuando se trate de condenas obtenidas en distintos procesos, pero no lo es menos que ello sólo es posible en caso de procesos por hechos que pudieran ser objeto de uno sólo conforme al art. 17 de la propia Ley procesal o delitos conexos, con lo cual mal puede servir de precedente a supuestos como el aquí ahora contemplado.

d) Si se parte de la idea, lógica y racional de otro lado, de que el sujeto ha sufrido en sus propias carnes un injusto quebranto al haber estado privado de libertad sin motivo alguno legal, ello no justifica una compensación en «pena futura» como si de una invitación a delinquir se tratara, más sí una indemnización por los prejuicios sufridos a través de la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia prevista en los arts. 292 al 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sería absurdo que a quien ha sufrido aquel trato injusto se le ofrecieran para su compensación dos vías: la de la indemnización prevista por el legislador de un lado, la compensación de las privaciones de libertad sin límite alguno de otro. La vía de la indemnización, *lege data*, es justa si se quiere valorar, como se debe, una indebida privación de libertad en tanto que ésta constituye uno de los bienes más preciados que posee la persona que al delinquir ha de merecer el trato severo pero justo que corresponde a quien se enfrentó a la sociedad, pero a quien hay que procurar su recuperación y reintegro en la comunidad. La compensación económica es el reconocimiento del error sufrido por quien ni siquiera violó el derecho.



**ARTICULO 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.  
DOLO ESPECIFICO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS**

*(STS de 13 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

La doctrina de esta Sala —cf. Sentencias 31 de enero y 26 de abril de 1990— viene exigiendo como requisito subjetivo del delito de atentado la presencia de un *ánimus* o dolo específico, bien sea en forma directa, si se persigue con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad, o bien de segundo grado, o de consecuencias necesarias, cuando aun siendo otra la finalidad del agente, constándole la condición de Agente de la Autoridad del sujeto pasivo, acepta que aquel principio quede vulnerado a consecuencia de su proceder.

El ánimo de ofensa o menosprecio va implícito en los actos realizados cuando no se acreditan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Si el Agente de la Autoridad actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida por el sujeto activo, la acción violenta contra su persona, evidencia la voluntad de acometer o emplear fuerza, y el ánimo de quebrantar el principio de autoridad, necesario en una sociedad con un buen nivel de convivencia.

**ARTICULOS 257 Y 258. DEPOSITO DE ARMAS. DOCTRINA GENERAL.  
COMPONENTE TEMPORAL**

*(STS de 21 de septiembre de 1991. Pte. Sr. Carrero Ramos)*

**Cuarto.** Los arts. 257 y 258 aplicados a los procesados ingresaron en el Código Penal, procedentes de la legislación especial antiterrorista, en virtud de la Ley Orgánica 82/1978 de 28 de diciembre; la interpretación de la voluntad finalística del legislador tiene que relacionar su texto con la represión de las actuaciones conducentes a un fin subversivo como confirman las prevenciones sobre promotores o jefes y organizadores. En el caso presente en los hechos probados se ha pronunciado el Tribunal de instancia descartando la finalidad subversiva o terrorista por ello ha razonado en la calificación la inexistencia de organización y jefatura, aplicando a los únicos autores del delito el tratamiento penal de meros cooperadores (con la singularidad de que no existan sujetos con los que cooperar). Ciertamente la Sentencia de 10-3-79 reconoce la posibilidad del sujeto único.

Al establecer el legislador en el tercer apartado del art. 258 que constituye depósito de armas de guerra la existencia de una sola de ellas cuando su sistema de fuego sea ametrallador (por razón de su mayor peligrosidad sin duda) introduce una ficción legal (de suyo no lo sería una arma sola), criterio excepcional al de reunión de tres armas sentado en el primer párrafo. Ficción que por su mismo carácter, en el área penal debe ser objeto de interpretación restrictiva, valorando muy ponderadamente todos los elementos objetivos y subjetivos exigibles.

Configuran este tipo autónomo, dentro de su capítulo y sección, la conducta de establecimiento o mantenimiento de un depósito de armas, cuya disponibilidad caracteriza el delito como de tracto sucesivo, el objeto material que se trate de

armas de guerra y como tales se tienen las de fuego ametrallador, bastando en este caso por ficción imperativa legal una sola para constituir depósito y el elemento subjetivo del ánimo específico inferible de aquella conducta.

Interesa analizar el concepto de depósito a estos efectos penales el cual por su propio valor semántico lleva implicada una idea de estabilidad. En efecto si aún para la tenencia-tipo general se necesita una cierta detentación temporal mínima (no la habría por ejemplo en el caso de quien toma el arma de otro al solo objeto de ver su modelo y marca, devolviéndola acto seguido, o para apartarla del sitio, etcétera) en este caso especial del depósito es aún más definitorio su carácter de duración, de un mínimo de permanencia, circunstancia consustancial a la idea de depósito. Ello enlaza en el terreno del ánimo con la finalidad de reunir y mantener guardados los objetos de ilícita posesión (en este caso uno sólo por su polivalencia agresiva).

Así lo confirma la doctrina ya reiterada de esta Sala al valorar específicamente ese tipo delictivo. En Sentencias de 9-10-86, 16-2-88 y 14-6-90 se razona su apreciación o no exigiendo siempre que concurra un propósito de retención, guarda o custodia del arma con alguna permanencia, pues la «tenencia» no puede, para el párrafo del Código, desconectarse de la idea matriz de «depósito» que preside los arts. 257 y 258, no pudiendo equivaler a la mera detentación transitoria. Máxime si, como sucede en el relato histórico probado del presente caso, está descartado el móvil de índole subversiva contra la seguridad de la comunidad social cuya protección jurídico penal inspiró la definición de este tipo primitivo. Al no darse en medida suficiente aquella permanencia no puede afirmarse que llegara a existir tal depósito.

Todo lo cual conduce a la estimación de la acción impugnativa del recurso, parcialmente, en cuanto a este delito concreto. Al salir de esa figura agravada del depósito de armas de guerra no escapan los hechos enjuiciados a la ilicitud, sino para encajar en el tipo general menos grave de la tenencia del arma sin los requisitos legales para ello (tipo homogéneo).

## **ARTICULO 280. FALSIFICACION DE MARCA. CONCEPTO**

*(STS de 10 de diciembre de 1990. Pte. Sr. García Pérez)*

**Segundo.** La definición de marca que recogía el art. 118 del Estatuto de la Propiedad Industrial, de 26 de julio de 1929, ha sido sustituida por la que actualmente se comprende en el art. 1 de la Ley de Marcas, 32/1988, de 10 de noviembre; pero, en cualquier caso, ha de tenerse presente la Doctrina de esta Sala —cf. SS. 17-05-57, 16-05-63 y 18-05-76— que, dentro de la compleja protección penal de la Propiedad industrial, reduce, tratándose de marcas, el campo objetivo de la modalidad delictiva prevista en el art. 280 Código Penal a las copias del signo (o medio) distintivo, de modo que se origine confusión, para el consumidor medio, entre los productos (o servicios).

## **ARTICULOS 303 Y 306. FALSIFICACION DOCUMENTAL. DOCUMENTO OFICIAL POR INCORPORACION. CRITICA**

*(STS de 11 de octubre de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Segundo.** Más interés ofrece, y mejor acogida merece, el segundo y último motivo de este recurso que, con sede formal en el número 1 del art. 849 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, postula la calificación de los hechos no como delito de falsedad en documento público, sino como delito de falsedad en documento privado. Ciertamente es que, según razona el juzgador *a quo*, la jurisprudencia ha venido siendo terminante en cuanto a que la incorporación de documentos inicialmente privados a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, para obtener así una resolución inalcanzable sin tal mutación de la verdad, produce en aquéllos un cambio de naturaleza, transformándose en oficiales (o públicos). La relación de sentencias en tal sentido es interminable y entre ellas se cuentan por destacar algunas recientes, las de 8 y 26 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1989, todas con abundantes citas, y tampoco faltan muestras referidas a la naturaleza de documento mercantil por destino, como, por ejemplo, la Sentencia de 7 de octubre de 1987. Sucede, sin embargo, que la doctrina mayoritaria ha expresado una y otra vez sus reservas frente a la indicada exégesis y parece oportuno replantearse la cuestión dentro del respeto progresivo al principio de legalidad y de un entendimiento más estricto de los tipos legales implicados en el problema.

**Tercero.** Ya en esa línea, el tenor literal del art. 306 del Código Penal contempla el supuesto de que las falsedades designadas en el art. 302 se cometan en documento privado, mientras que en el art. 303 se requiere que dichas modalidades falsarias recaigan en documento público u oficial o en letra de cambio u otra clase de documentos mercantiles, de manera que lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manifestaciones o acoger el contenido inveraz. Aun aceptando que el documento privado falso se transmite después en público, oficial o mercantil, lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado. El art. 306 del Código Penal tipifica un delito que, incluso entendido como de resultado (según el sector doctrinal mayoritario), se consuma con el fin de propia maniobra falsaria y la concurrencia simultánea del ánimo de causar perjuicio a tercero (como infracción de resultado cortado) o del perjuicio mismo sin que a partir de ahí pueda «enriquecerse» con elementos ulteriores que quizá se encuentren temporalmente muy lejanos. Cosa distinta es que la presentación en juicio o el uso del documento permita descubrir su falsedad y perseguir a su autor (y demás posibles responsables) conforme al repetido art. 306, y no por el 307, que excluye expresamente a quienes hubieran tomado parte en la falsificación.

**Cuarto.** La conclusión alcanzada en el razonamiento anterior se refuerza, además, por otras consideraciones. Así como el art. 303 distingue para los documentos públicos, oficiales y mercantiles entre dos delitos igualmente puntuales, el de la falsificación misma y el de la presentación en juicio o uso del documento falso (marginando tácitamente de la autoría de este último a los responsables del primero, conforme estiman la doctrina y la jurisprudencia), así también en el ámbito de los documentos privados el legislador opta por un dualismo paralelo, sin que quepa mezclar las conductas definidas en uno u otro para acabar alterando en perjuicio del reo el alcance del art. 306. El comportamiento descrito en el art. 307 operará, en todo caso, como agotamiento del delito tipificado en el repetido art. 306 por lo que atañe a los responsables de éste, pero nada más.

## ARTICULO 325. ACUSACION Y DENUNCIA FALSAS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 19 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

**Unico.** El elemento subjetivo del delito, que cuestiona el recurso, debe ser objeto de cuidadosa investigación y examen y de rigurosa exigencia, porque una laxitud de criterio sobre este punto podría afectar al derecho obligación de denuncia que es un aspecto importante de la libertad de expresión (*vid.* sentencia de 22 de septiembre de 1989). La doctrina de esta Sala vino exigiendo, como intención dolosa, la voluntad de imputar a persona determinada un delito o falta de los que dan lugar a un procedimiento de oficio, consciente el autor de la inocencia del acusado, y algunos pronunciamientos judiciales añadían el propósito de perjudicar como un ánimo específico del autor, lo cual daba al delito un carácter pluriofensivo por cuanto los bienes jurídicos protegidos resultaban ser la Administración de Justicia y el honor. Debe entenderse, sin embargo, como primordial y característico, el ataque contra la Administración de Justicia, aunque la acusación falsa comporte efectos lesivos y perjudiciales para el honor del sujeto denunciado, y por tanto, el elemento subjetivo se cumple, en el aspecto intelectual, por el conocimiento de que el hecho imputado es falso y constitutivo de delito o falta, en concurrencia con la voluntad de poner en marcha un procedimiento penal para el castigo de las acciones denunciadas.

## ARTICULO 325 BIS. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 8 de octubre de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

**Quinto.** El motivo primero por infracción de Ley (cuarto del recurso), aduce, con amparo en el n.º 1 del art. 849 de la LECr., la infracción, por aplicación indebida del art. 325 bis, párrafo primero del Código Penal a la conducta del recurrente.

A juicio del que impugna la Sentencia faltan los dos elementos objetivo y subjetivo, del delito imputado: la violencia o intimidación de una parte, y la intención de que se retracte el denunciante, por otra. El argumento empleado es común a los dos factores integradores del delito, desde el momento que la propia sentencia —dice el recurrente— reconoce que el procesado se limitó a una gestión benévola y humanitaria a petición de los padres del defendido, joven con minusvalía psíquica, al padecer oligofrenia profunda, como lo prueba que fue absuelto en la causa que se le siguió por robo violento con base en la eximente de enajenación mental, delito que fue el que provocó el que ahora se enjuicia.

La misma génesis del precepto aplicado, prosigue el recurrente, demuestra que el mismo se introdujo, según comentario doctrinal, con base en la grave obstrucción de la justicia que se produce para impedir el libre transcurso de los procesos y las pruebas en éstos practicadas, especialmente en casos como el terrorismo o delitos de *gangs* o grupos de presión.

La *ratio legis* del precepto pudo ser muy bien la que aduce el recurrente, pero es harto sabido que la *mens legislatoris* si bien puede ayudar a la interpretación de un instituto jurídico no la agota, en cuanto ha de atenderse preferentemente a la objetiva *mens legis*, aparte de que en el argumento invocado no es excluyen los demás supuestos de obstrucción a la Justicia y se atiende primordialmente a los de importancia más grave.

Lo cierto es que ateniéndonos en primer término, como es obligado a la interpretación gramatical y lógica del precepto aplicado, nos encontramos, en primer lugar, con el elemento objetivo de la intimidación plasmado en las frases pronunciadas por el procesado que aunque usara de un tono moderado y de amenaza soterrada, fueron acompañados de otras, lo suficientemente expresivas como para atemorizar al denunciante y su madre, hasta el punto de acceder aquél a los deseos del recurrente de adulterar la diligencia de reconocimiento en la forma que indico y que su pericia profesional le sugería, a fin de desvirtuar el primer reconocimiento hecho por vía fotográfica, y que no era otra que la de no poder asegurar en la nueva diligencia, si era más alto o más bajo, más grueso o más delgado el individuo primeramente identificado. En este *modus operandi* queda envuelta la intención, la tendencia (recuérdese que estamos ante un delito tendencial) de conseguir la retractación del denunciante. Si ésta finalmente no se produjo, ello no afecta la consumación del delito de acuerdo con su recordada naturaleza jurídica (SS. 23 julio y 28 septiembre 1988). El motivo, por otra parte, es independiente del dolo o intención, como tantas veces se ha dicho.

El motivo, pues, es preciso desestimarlos.

## ARTICULO 325 BIS. DELITO CONTRA LA ADMINSTRACION DE JUSTICIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 10 de octubre de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

**Primero.** El primero de los motivos formulados por el Ministerio Fiscal, al amparo del número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de la ley «por inaplicación del art. 325 bis párrafo final del Código Penal».

Recuerda el Ministerio Fiscal que, en su día, formuló acusación contra el procesado Juan Villar Rodríguez «por estimar que las amenazas proferidas contra Francisco Javier Lara Larios... estaban encaminadas a forzarle cambiar las declaraciones que, en su día, había prestado en las diligencias previas 2123/86 del Juzgado de El Vendrell, por un delito contra la salud pública en el que aparecen como inculpadas ambas personas», y añade que «la sentencia recurrida sostenía que dicha conducta no puede incardinarse en el art. 325 bis del Código Penal al referirse al mismo sólo a denunciantes ejercientes de la acción penal, peritos, intérpretes y testigos en el procedimiento y no a inculpados como sucede en el caso presente».

Ante todo, es de advertir que con el término de inculpado o coincepado se conoce a la persona, o una de las personas, contra la, o las, que se ejercita la acción penal en el proceso de esta naturaleza, por lo que debe considerarse una de

las «partes» del mismo, y, por *ende*, no cabe negar, como hace la sentencia recurrida, que el mismo pueda ser sujeto pasivo del delito contra la Administración de Justicia del art. 325 bis del Código Penal, que específicamente habla de «denunciante o parte».

Desde otro punto de vista, es preciso reconocer que las declaraciones de los coimputados, coautores o coprocesados tienen una doble vertiente: por un lado constituyen confesión —respecto de su intervención en los hechos de que se trate—, y, al propio tiempo, testimonio (la sentencia de 5 de abril de 1988 habla de «testimonio impropio»), en cuanto a la intervención o participación de los otros inculpados en los mismos hechos.

Llegados a este punto, no cabe ignorar que, según ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como la de esta Sala, las declaraciones de los coimputados poseen el carácter de actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia; lógicamente, con las cautelas destacadas por la propia jurisprudencia, que no es preciso analizar ahora.

El Tribunal Constitucional —en la sentencia de 7 de julio de 1988— afirma que la declaración de los coencausados, por su participación en los mismos hechos, no está prohibida por la ley procesal, y no cabe duda del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos; recordando que el propio Tribunal ha declarado reiteradas veces que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (*vid.* autos 479/86, de 4 de abril; 293/87 de 11 de marzo, y 343/87, de 18 de marzo).

Esta Sala, por su parte, como recuerda la sentencia de 18 de febrero de 1989, ha declarado reiteradamente la validez de los cargos derivados de declaraciones de coimputados que no provengan de finalidad autoexculpatoria o de animadversión (*vid.* sentencias de 14 de octubre de 1988 y de 26 de enero de 1988, entre otras muchas).

El delito del art. 325 bis del Código Penal tiene como «bien jurídico protegido» el interés del Estado en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. La conducta típica puede consistir tanto en una *vis moral*; y se trata de un típico «delito de tendencia», en el sentido de que la consumación del mismo no requiere que el sujeto pasivo llegue a realizar el acto exigido, sino que basta con que ésta sea la finalidad perseguida («intentar» que tal resultado se produzca).

## **ARTICULOS 349 (Y 319, DEROGADO). DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA**

(STS de 27 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vardillo)

1. El núcleo del tipo en las infracciones penales que estamos examinando, está expresado en el verbo «defraudar». El delito fiscal o contra la Hacienda Pública (cfr. la redacción de los citados arts. 319 y 349) encaja por esencia, dentro de esta especificidad, en el marco de los delitos contra el Patrimonio descansando su originalidad, o relativa originalidad, fundamentalmente en la naturaleza del

sujeto pasivo, que ha de serlo la Hacienda Pública, así como en la materia que constituye el objeto de la defraudación.

2. Siendo un delito tendencial, en forma igual o análoga a lo que sucede con otras muchas infracciones penales y más en concreto los llamados, en general, delitos económicos, cuyo contenido es el apoderamiento, el animo de lucro o *animus defraudandi*, es este elemento subjetivo del injusto, esencial. Y a este respecto nos remitimos a lo que ya se dijo respecto de la inferencia de los hechos psicológicos y al descubrimiento del dolo respecto de la procesada.

3. Desde el punto de vista de lo que puede denominarse filosofía del sistema penal, el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, teniendo en cuenta la esencialidad de los distintos y no siempre coincidentes criterios doctrinales, está íntimamente relacionado con los arts. 1.1 de la Constitución, que proclama a la Justicia como valor fundamental del Ordenamiento Jurídico, y el 31 de la misma Ley Fundamental, en orden a la función que los tributos han de desempeñar en un Estado democrático de Derecho al exigir una contribución de todas las personas a los gastos públicos según la capacidad económica del contribuyente mediante un sistema tributario justo, de igualdad y progresividad; se trata en definitiva de proteger el orden económico, dentro del más amplio orden social, conforme el Ordenamiento jurídico que ha de realizar la justicia material dentro de los parámetros de la Ley positiva. El dato es importante en la tarea, siempre compleja y difícil, de enjuiciar comportamientos incluidos en el Derecho penal. De ahí que también al Derecho Tributario le sean de aplicación, en su faceta sancionadora, los principios penales que rigen el Derecho penal común en su doble vertiente sustantiva y procesal; así la presunción de inocencia, la interpretación favorable al acusado extensible a las cuestiones fácticas y jurídicas, a la asistencia letrada, el derecho a ser debidamente informado, etc. Todo ello es esencial y solo así cobra su verdadera y alta significación este tipo de infracciones en cuanto expresión de grave insolidaridad.

En este sentido no parece impropio recordar la equiparación existente entre la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado que tiene su antecedente inmediato, su origen y su partida de nacimiento, como ha dicho la doctrina científica, precisamente en la «doctrina legal», es decir, en la jurisprudencia de la vieja Sala Tercera de este Tribunal Supremo cuya sentencia de 9 de febrero de 1972 proclamó una línea de absoluto progreso en este orden de cosas, ajustada hoy de manera total a los principios de nuestra Constitución y que con los adecuados temperamentos es de aplicación al caso debatido.

4. No sólo la doctrina científica y la jurisprudencial han puesto de relieve y destacado la trascendencia en este tipo de actividades delincuenciales, a través de la llamada delincuencia económica o de los negocios, y más en concreto, de la elusión de las cargas fiscales, sino que también el Consejo de Europa ha manifestado su inquietud insistentemente en este sentido; así entre otras la Recomendación número R(81)12 de 25 junio de 1981 en la que hay una expresa referencia en el apartado V número 12 a las infracciones fiscales.

5. El problema de las formas comisivas ha sido igualmente por la jurisprudencia de la Sala: también dejando de declarar se consigue el resultado lesivo. Así las tendencias de 29 de junio de 1985, 2 de marzo de 1988, y 26 de noviembre de 1990, entre otras, a las que expresamente nos remitimos por su especial significación.

Ni el viejo art. 319 ni el actual 349 contienen limitación expresa alguna respecto de los medios comisivos más allá de los que por lógica derivan del carácter esencialmente defraudatorio de la conducta respecto de sus modalidades típicas. Por ello se entiende, en general, que ha quedado abierto el elenco de posibles medios comisivos para la realización de los delitos fiscales o contra la Hacienda Pública.

Por consiguiente, tanto engaña o defrauda quien oculta la declaración como quien la presenta, si en ella se falsean los correspondientes datos, si hay, ello es obvio, propósito defraudador. También el silencio es capaz de generar este delito, incluso éste puede ser (es, sin duda) una forma de realización más importante cuantitativamente, y cualitativamente en su expresión y en el resultado (V. sentencia de 2 de marzo de 1988). El deber jurídico de declarar se le impone al ciudadano en el art. 31 de la Constitución, ya citado, así como en el 35 de la Ley General Tributaria que se concreta en cuanto al Impuesto sobre la Renta en el art. 34 de su Ley reguladora, normas que se integran en el tipo penal al ser los arts. 319 y 349 normas penales en blanco.

En conclusión, el tema ha sido objeto de pronunciamientos por esta Sala en sentido positivo; así, entre otras, las sentencias de 2 de marzo de 1988 y 26 de noviembre de 1990. La elusión del pago de impuestos, una de las formas alternativamente contempladas en la descripción normativa, puede consignarse declarando mal, de manera consciente, o no declarando, si en la no declaración concurre el elemento culpabilístico, indispensable, como corresponde a un Derecho penal basado en la culpabilidad del sujeto. Que exista o no *animus* defraudatorio es un problema de inferencias, como ya se ha indicado, en función de los datos anteriores, coetáneos y posteriores que corresponde decidir al juzgador *a quo*, y si dicha deducción no es ilógica, es decir, contraria esencialmente a las reglas de la propia experiencia humana y de la racionalidad, no son susceptibles de revisión aunque la parte pueda atacarlas por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6. El delito fiscal o contra la Hacienda Pública puede ser, pues cometido bien por completa omisión de la declaración de la renta, sin exteriorizar ningún ingreso, como por comisión, consistente en declarar menos de lo debido, de tal forma que, siendo las dos actitudes rechazables, es la primera, como se ha anticipado, la que supone un mayor grado de reprochabilidad penal, ya que representa un máximo (no decir nada y por tanto defraudar todo) frente a una declaración en la que exista una parte mayor o menor ocultada. Todo ello con independencia de la concreta situación que en este caso se contempla, como ya quedó también dicho, consistente en la realización de actos positivos de la procesada en el sentido de llevar a cabo una labor obstaculizadora de la labor inspectora. El viejo artículo 319 presumía el ánimo defraudatorio en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstaculización a la acción de los investigadores de la Administración Tributaria. El precepto sería, hoy, sin duda, inconstitucional, pero ello no supone que tales circunstancias no puedan ser tenidas en cuenta, entre otras, para inferir el elemento culpabilístico. Como el elemento subjetivo del injusto también concurrió, como con acierto destaca la sentencia de instancia, a través de un proceso de inferencias, según se ha insistido en ello, conforme a la lógica y a las reglas de la experiencia nada puede objetarse a la afir-



mación de que también este elemento culpabilístico estuvo presente en el comportamiento que se juzga.

#### **ARTICULO 364. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. OCULTACION POR OMISION. COMISION CULPOSA**

*(STS de 27 de octubre de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)*

En realidad la cuestión que bajo la problemática de la culpa presenta el recurrente se refiere a la posibilidad de admitir una realización por omisión del tipo del art. 364 Código Penal: la cuestión de la omisión de la acción típica no se debe confundir con la referente a la falta del cuidado debido y exige un tratamiento previo, dado que al procesado no se le imputa haber destruido, sustraído u ocultado activamente documentos. Ciertamente el art. 364 no contiene una definición expresa de la forma omisiva; sin embargo, ello no impide, en principio que la realización del tipo se pueda llevar a cabo mediante una omisión. La cuestión requiere, de todos modos, una verificación especialmente, referida al delito del art. 364.

La infidelidad en la custodia de documentos es un delito propio de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. Como tal protege fundamentalmente la seriedad del ejercicio de la función pública en perspectiva es claro que no sólo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destrucción, ocultación y sustracción sino también los omisivos consistentes en no impedir que los documentos sean destruidos, ocultados o sustraídos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera: en ambos casos, acción u omisión de impedir el resultado, el funcionario infringe el deber de custodiar los documentos, que constituye la columna vertebral del tipo penal del art. 364 Código Penal Precisamente en estos casos, en los que el tipo penal se estructura sobre la infracción frente a determinados bienes jurídicos, la doctrina ha reconocido que es posible afirmar que cabe tanto una realización omisiva como activa del tipo.

Aclarado lo anterior, es posible plantear la cuestión específica de este caso referente al ocultamiento por omisión, dado que, salvo en un caso, los documentos constituidos por los sumarios enumerados en el capítulo de hechos probados, han sido encontrados y, respecto de los restantes consta su desaparición, pero no su destrucción o sustracción. En la STS de 10-6-87 esta Sala ha definido lo que se debe entender por ocultación afirmando que ésta será de apreciar cuando «desaparecen los documentos o se sitúan fuera del lugar habitual de custodia». A ello conviene agregar algo implícito en la formulación de la sentencia mencionada: que el concepto de ocultación requiere, además, que la situación de los documentos sea desconocida por quienes tengan legítimo acceso a los mismos (concretamente en el caso que ahora juzgamos las partes de los procesos y el Tribunal) y su descubrimiento requiera operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan impliquen por sí mismas una perturbación del servicio público. Así entendido el concepto de ocultación, no cabe duda que en el caso de autos los documentos (sumarios) han estado ocultos hasta que se procedió a su búsqueda como consecuencia del procedimiento disciplinario incoado por el Con-

sejo General del Poder Judicial (verificado por esta Sala sobre la base del art. 899 LECr.).

Esta situación es indudablemente consecuencia del incumplimiento por parte del procesado de las obligaciones que le imponía su posición de garante surgida de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica. En efecto, en los hechos probados se hacen constar que el proceso dejó «de registrar y ordenar las causas» y que éstas eran «ilocalizables o de difícil localización». La comprobación de la inadecuación de las instalaciones de la secretaría, por parte, no impedía cumplir con el deber generado por la posición de garante, pues es público y notorio que se trata de un estado general de cosas, pero que no ha desembocado en incumplimientos similares en otras dependencias de la misma Audiencia Provincial a la que pertenecía la Sección en la que se desempeñaba el recurrente.

Por último, se trata de una omisión de cumplimiento de un deber de garantía que resulta equivalente a la realización activa del tipo penal. En efecto, esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión, o un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades, pues no se requiere, por regla, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento. Este último es precisamente el caso del art. 364 Código Penal, que sólo requiere un resultado sobre el objeto de la acción (los documentos) que debe concretar en la destrucción o desaparición del mismo. En consecuencia, no siendo problemático que el procesado hubiera podido evitar el resultado con el cumplimiento de su deber de garantía, la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo no resulta discutible.

En suma, la omisión de cumplimiento del deber de garantía, es decir, del especial de evitar el ocultamiento de los documentos, es bien diferente de la realización de una acción sin el cuidado debido. Esta diferencia determina que no sea admisible la tesis del recurrente sobre la insuficiencia del tipo penal del art. 364 Código Penal para fundamentar la condena, pues no se trata de que en la sentencia se haya sancionado por medio del mismo la conducción descuidada de una oficina pública, sino del incumplimiento del deber de impedir el ocultamiento activo de los mismos.

Planteada la cuestión en estos términos, la cuestión de realización dolosa o culposa del delito del art. 364 Código Penal en forma omisiva no presenta ninguna particularidad.

#### **ARTICULO 411, PARRAFO ULTIMO. ABORTO CON RESULTADO DE MUERTE. NUEVO REGIMEN DE LA CUALIFICACION. CONCURSOS**

*(STS de 15 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

Prescindiendo de otras consideraciones sobre el acierto o no del legislador respecto a la fórmula que acaba de citarse, es lo cierto que, en orden al art. 411, últi-

mo párrafo, conforme a la nueva redacción del art. 1 del Código Penal que venimos examinando, si el aborto se ha producido por imprudencia será de aplicación tal agravación que no vendrá ya producida por un resultado ajeno en todo al sujeto activo del delito de aborto, sino por una evidente imprudencia respecto de la muerte de la mujer embarazada, porque otra solución, sin perjuicio de reconocer las graves dificultades que su interpretación comporta, lo que explica la pluralidad de entendimientos del precepto y los inevitables cambios jurisprudenciales, conduciría a una fórmula que no parece ser querida por la Ley, de tal manera que, mediando dolo, sea éste directo o eventual (pues la subsanación de la conducta de uno u otro apartado es indiferente desde el punto de vista de la calificación, sin perjuicio del ejercicio de la facultad individualizadora de la pena; confróntese art. 61 y concordantes del Código Penal) estaríamos en presencia de un concurso de delitos porque desde la perspectiva legal sólo se contempla un dolo y el dolo eventual no es otra cosa, desde el punto de vista del derecho positivo, que una modalidad de aquél, mientras de *lege ferenda* no se establezca otra cosa. Por ello, en estos casos estaremos en presencia de un supuesto de dolo respecto del aborto y de dolo también respecto de la muerte y, por consiguiente, de un concurso de delitos, como acaba de señalarse, solucionable por la vía del art. 68, mientras que si la muerte es imputable a título de culpa es aplicable el precepto que ahora se discute, como también se indicó.

#### **ARTICULO 420.3 (AHORA 421.2). LESIONES. DEFORMIDAD. CONCEPTO**

*(STS de 15 de noviembre de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)*

**Primero.** Doctrina constante y pacífica de esta Sala es que la belleza en abstracto constituye un valor cultural básico. Y que, en lo que al hombre respecta, su morfología puede tener consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e incluso, psiquiátrico de la persona. Se trate de una mujer o de un varón. Y con independencia de su profesión o edad puesto que toda persona tiene derecho a mantener su belleza o a que no se acentúe su fealdad.

El recurrente sostiene que la deformidad desde el plano legal se concibe como irregularidad física visible y permanente, en el sentido de ostensible a simple vista. Es cierto; la deformidad debe ser permanente, considerando tal la insubsanable por el transcurso del tiempo, sin que las eventuales mejoras obtenibles mediante ulteriores intervenciones reparadoras pueda hacer perder a la deformidad este carácter de permanencia. Ha de ser también física, es decir, somática, con independencia de que pueda asimismo tener trascendencia sobre el psiquismo. Y ha de ser ostensible, o sea visible, lo que no quiere significar, en absoluto, que merezca tan sólo esta calificación la que afecte a la cabeza o manos, como el recurrente pretende, por ser las zonas del cuerpo humano que, de ordinario, no cubren las prendas de vestir. La noción de deformidad se extiende hoy a la generalidad del cuerpo, tanto porque éste se expone ahora con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena, como porque en la actualidad se conoce mejor que antes cuanto puede quedar afectada la vida afectiva o de rela-

ción por taras situadas en zonas del cuerpo ordinariamente tapadas. (Por todas, sentencias de 23 de abril y 18 de noviembre de 1986 y 30 de mayo de 1988).

### **ARTICULO 429.1.º VIOLACION. DUALIDAD DE PENETRACIONES. ACCION PUNIBLE UNICA**

(STS de 13 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

**Primero.** El único motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal en beneficio del reo (*vid.* art. 876, párrafo segundo, de la ley de Enjuiciamiento Criminal) denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 429.1 del Código Penal, alegando en apoyo del mismo, que ha sido deducido por la vía del número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que «la segunda penetración no deja de ser un momento dentro del acto sexual único como consecuencia del propósito y por el tiempo de realización del mismo».

Según el *factum* de la sentencia recurrida —intangible, dado el cauce procesal elegido por la parte recurrente (*vid.* art. 884.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)—, «el procesado Francisco Bueno Bueno, tras forzar la voluntad de Carmen Fernández Ayerdi, en la forma que en el mismo se describe, la penetró vaginalmente con el pene, eyaculando fuera porque la víctima no dejaba de moverse»... «y, posteriormente, volvió a penetrarla vaginalmente, tras lo cual se marchó...». Se describen, pues, dos penetraciones vaginales y el Tribunal de instancia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de violación, condenando a sendas penas de trece años de reclusión menor.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en situaciones similares a la que es objeto de esta causa, que «... los casos de iteración inmediata del acceso carnal con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidadora o de violencia, es decir entre los mismos sujetos y en el marco de una misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar debe apreciarse la existencia de una sola acción punible» (*vid.* sentencias de 31 de enero de 1986 y de 27 de mayo de 1988).

**Segundo.** La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, implica que, desde el punto de vista jurídico, la conducta enjuiciada, pese a relatarse en ella una doble penetración vaginal, debe ser considerada como constitutiva de «una sola acción punible», al concurrir la identidad de sujetos, activo y pasivo, identidad de ocasión y circunstancias, e inmediatez de tiempo y lugar. Consiguientemente, una sola «acción punible» debe corresponder a un solo delito. Por tanto, procede estimar el motivo examinado.

### **ARTICULOS 480 y 481.1.º DETENCION ILEGAL. DIMENSION TEMPORAL. SUBTIPO AGRAVADO**

(STS de 25 de octubre de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

**Primero.** No le falta razón al Fiscal cuando en el primer motivo de su recurso denuncia la inaplicación de los arts. 480 (párrafo primero) y 481.1 del Código

Penal. El delito de detención ilegal no requiere ninguna motivación concreta, antes al contrario, basta en su vertiente subjetiva con el dolo referido a los elementos del tipo (como *dolus naturalis* de la doctrina finalista) o a tales componentes y, además, al conocimiento de la antijuridicidad (conforme al *dolus malus* de la doctrina causalista), y en el presente caso los procesados privaron de libertad a una persona, no encerrándola, como desplazamiento físico desde fuera, pero sí, al menos, reteniéndola en el lugar en que ya se encontraba, debiendo recordarse, además que el propio subtipo agravado del repetido n.º 1.º del art. 481 recoge la modalidad consistente en que la detención (en sentido amplio) fuera consecutiva a un delito contra la propiedad, que es, precisamente, lo que aquí ocurrió: la detención tuvo su origen en un robo y constituye, hasta cierto punto, una incidencia o secuela del mismo.

**Segundo.** De otro lado, en lo que afecta a la posible dimensión temporal del delito de detención ilegal, procede señalar que la jurisprudencia se inclinó tradicionalmente por entender que éste «se consuma en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar..., sin que obste a esa plenitud de su perfeccionamiento el mayor o menor lapso de tiempo», según se lee aún, por ejemplo, en la Sentencia de 16 de febrero de 1988, y aunque más tarde se ha ido abriendo paso la exégesis que ve la distinción con las coacciones no sólo en la afectación de la facultad ambulatoria, sino también en una cierta proyección temporal o permanencia por lo que atañe al genuino contenido de la repetida detención (así las Sentencias de 9 de abril, 12 de junio y 16 de diciembre de 1986, y de 3 de noviembre de 1987, entre otras), no cabe duda que tal requisito se cumplió teniendo en cuenta que la privación de libertad se prolongó en el caso de autos durante tres cuartos de hora aproximadamente. El motivo debe ser pues, estimado.

#### **ARTICULO 489 BIS (AHORA 489 TER). OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL. SUBTIPO AGRAVADO**

*(STS de 24 de octubre de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

El bien jurídico protegido en este delito es la solidaridad humana, es decir, el deber elemental que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorrer a quien se halla en situación de peligro respecto a la vida o a la integración física.

La omisión de socorro a la víctima del accidente, causada por el conductor de un vehículo, constituye un subtipo agravado de la figura genérica al que son de aplicación los principios y requisitos que informan y exige la modalidad principal o tipo genérico. Por ello, si no hay peligro manifiesto y grave desamparo de la víctima ocasionada en el accidente porque la víctima esta ya muerta o porque otras personas distintas de la que ocasionó aquél atiendan a la persona lesionada, el delito no existe; así la doctrina de la Sala más reciente (Sentencias, entre otras, de 30 de mayo de 1973, 23 de abril de 1975, 23 de junio de 1980, 27 de noviembre de 1982, 5 de diciembre de 1983 y 27 de marzo de 1987) y gran parte de la doctrina científica.

Es evidente que el deber ético que impone al auxiliar a otra persona, elevado a la categoría de exigencia jurídico-penal por nuestro código, alcanza una especial

dimensión cuando la omisión se ejercita sobre la víctima causada por el agente (Sentencia de 24 de noviembre de 1989), aunque en los supuestos en los que la intervención de otras personas garantiza ya la prestación de la ayuda (teniendo además muy en cuenta la intoxicación etílica que el procesado sufría) no puede estimarse que el delito se ha producido (ver sentencia de 6 de octubre de 1989), de todo lo cual infirió el Tribunal de instancia, y la deducción no está carente de lógica, que el proceso tuvo conciencia de que otras personas estaban ya auxiliando a la víctima lo que, al menos constituye un tema sujeto a la duda en el que el principio *in dubio pro reo* impedirá constituir en este momento procesal otra calificación, en este caso, de signo acusatorio y, por tanto, condenatorio.

### **ARTICULO 489 BIS (AHORA 489 TER). OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL. SUBTIPO AGRAVADO**

*(STS de 15 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)*

**Tercero.** antes de examinar el concreto punto planteado se hace preciso recordar que en el plano de la antijuricidad del delito descrito en el art. 489 bis, párrafo tercero, del Código Penal, el auxilio omitido ha de ser auxilio debido a la víctima del accidente causado por el omitente, deber de socorro que en el caso de conductor de un vehículo con el que se perpetró el hecho adquiere especiales acentos de antijuricidad a él personalmente dirigida y configurada ya en el ámbito de la norma administrativa por el art. 49 del Código de la Circulación, ratificado por el art. 51 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, texto articulado de 2 de marzo de 1990, que imponen a los conductores implicados en un accidente obligaciones de inmediato auxilio a las personas lesionadas en el mismo, lo que está indicando el especial reproche de la misma conducta omisiva en el indicado precepto penal a virtud de aquel previo deber jurídico de actuar que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de la penalidad que le convierte en garante de la asistencia al lesionado en orden a evitar en lo posible su agravación, asistencia que es carga personal e ineludible para todo conductor que causa con el vehículo una víctima, abstracción hecha de la eficacia causal que su auxilio pueda tener en la futura curación del herido siempre que el mismo no haya muerto instantáneamente y que tal muerte súbita se haga a todas luces patente, originando una «certeza moral» de la misma, como tampoco exime de prestar la asistencia, el problemático, esperado o inicial auxilio que puedan prestar otras personas, presentes o no, salvo que éste tenga visos de efectividad, y con más motivo si no se dan en absoluto tal auxilio de terceros por lo que, en todo caso, el concepto de persona desamparada que se exige en el tipo básico, ha de entenderse trasplantado el subtipo en el sentido relativo acabado de exponer (Sentencias de 13 de enero de 1975, 30 de junio de 1976, 29 noviembre de 1987, 23 de octubre de 1981, 9 de junio de 1982, 29 de noviembre de 1983, 12 de noviembre de 1984, 9 de abril y 10 de mayo de 1985, 27 de diciembre de 1986, 27 de marzo de 1987, 23 de marzo de 1988, 6 de octubre de 1989, 25 de enero de 1990 y otras).

**ARTICULO 501.4.º ROBO CON TOMA DE REHENES. CONCEPTO DE REHEN. RELACION CON LA DETENCION ILEGAL**

(STS de 18 de octubre de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

**Tercero.** El delito de robo con toma de rehenes, uno de los supuestos que el n.º 4 del art. 501 sanciona con pena de prisión mayor desde la importante reforma del Código Penal de 1983, plantea diversas cuestiones, la primera de las cuales es la relativa al concepto de rehén, en cuyo punto se advierten dos posturas en nuestra jurisprudencia:

a) Una más amplia que hace posible que cualquier detención ilegal de las que aparecen definidas como tales en el art. 480, cuando se realiza para facilitar el apoderamiento de la cosa mueble o ajena o la fuga del culpable, quede comprendida en este concepto, postura que aparece en las sentencias de 15-3-88, 14-4-88, 15-4-88, 26-12-88, 28-9-89 y 3-5-89, entre otras muchas.

b) Otra más estricta que, partiendo de la significación gramatical de la palabra rehén, entiende que no basta para el n.º 4 del art. 501 cualquier limitación de la libertad deambulatoria propia de la detención ilegal, sino que es necesario que alguien quede como garantía o escudo protector mientras está pendiente el cumplimiento de una exigencia del autor y en tal concepto sea utilizado, bien para remitir o facilitar la comisión del delito, bien para asegurar una posible huida (así SS. de 28-3-85, 17-5-85, 23-1-88, 14-3-88, 28-4-89, 3-10-89 y 9-2-90, entre otras).

Cualquiera que sea el concepto que se acoja de los dos antes expuestos, para solucionar el posible concurso de leyes entre esta figura y la detención ilegal, la doctrina de esta Sala acude al criterio de la especialidad y aplica la norma más específica de las dos, que es la que tipifica el robo con rehenes, con una limitación importante que hay que tener en cuenta en todos estos delitos complejos, pues cuando el delito de robo ha concluido, bien por su consumación, bien por haber terminado la dinámica delictiva de frustración o la tentativa, si entonces se produce la detención ilegal, ambas infracciones han de pensarse por separado como concurso real (SS. de 28-3-85 y 14-4-88).

En todo caso hay que tener en cuenta que para la aplicación de la figura de robo con rehenes ha de existir cierta intensidad en cuanto a la privación de libertad, porque en los supuestos ordinarios de aplicación del n.º 5 del art. 501, que constituyen la figura penal básica en esta clase de delitos de robo, siempre existe algún modo de coacción en la persona que ha de distinguirse de la toma de rehenes porque en este último caso se rebasa en el tiempo y también en el *modus operandi* lo que, de otro modo, habría de constituir el citado delito básico (sentencia de 28 de septiembre de 1989, entre otras).

**ARTICULO 501. PARRAFO ULTIMO. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION. USO DE MEDIOS PELIGROSOS. PORTE INICIAL**

(STS de 6 de noviembre de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

**Cuarto.** Una jurisprudencia, ya superada actualmente, estimó abarcado en la previsión del precepto el uso de armas o medios peligrosos que, aun no penándose

consigo, se tomasen *in situ* para su inmediata utilización (Cfr. sentencias de 21 de enero de 1977, 7 de octubre de 1978 y 17 de diciembre de 1982).

No obstante, la doctrina legal enseñoreada posteriormente —así sentencias de 14 de septiembre de 1987 y 12 de febrero de 1988— se explicita en el sentido de que la agravación prevista en el precepto indicado para el uso de armas u otros medios peligrosos se condiciona a que el agente las «lleve», y esta exigencia sólo cobra sentido —y deja de ser superflua— cuando la actividad criminal empieza con ese porte, de manera que se acepte el riesgo inherente a la disponibilidad misma de esos instrumentos en el curso de una conducta cuyo desenlace no pueda adelantarse con seguridad. En realidad no puede equipararse la actuación de quien se arma *ab intio*, creando originariamente el riesgo y quien sólo episódicamente llega a tener en sus manos alguna de las armas o medios antedichos. El presupuesto fáctico de la setencia parte de que las piedras con que golpeó el procesado a la víctima las cogió y utilizó en el momento de negarse aquélla a entregarle el dinero, no habiéndose acreditado que las portara. El motivo ha de ser, pues, desestimado.

**ARTICULOS 504.4.ª Y 510.2.º ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.  
LLAVE. CONCEPTO FUNCIONAL. TARJETA DE CREDITO.  
CAJERO AUTOMATICO**

(STS de 21 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

El concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional; y esta declaración viene reiterada en la doctrina jurisprudencial (sentencias de 5 de noviembre de 1987, 6 de marzo de 1989, y 27 de febrero de 1990, por hacer cita de las más próximas), con apoyo en la equiparación o asimilación que hace el número 4 del art. 504 entre llaves y «otros instrumentos semejantes»; por consiguiente, las tarjetas de crédito, que no son llaves en el aspecto morfológico de la expresión, sí lo son en el aspecto funcional, por cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático, o para abrir el receptáculo del mismo cuando se halla instalado en el exterior del establecimiento bancario. Las tarjetas de crédito cumplen una primera función, la específica de llaves, puesto que son el único medio previsto para la apertura de un local o receptáculo sin hacer uso de clave o de número secreto alguno, y deben tener la conceptualización de llaves falsas al ser instrumentos legítimos de cierre substraídos a su titular (art. 510.2 del Código Penal). Dicho carácter de llave no se desvirtúa por el hecho de que tenga atribuida una segunda función, la de servir para la operación de extraer dinero pulsando un número secreto asignado exclusivamente al titular de la tarjeta, porque la acción típica del n.º 4 del art. 504 del Código está cumplida con la simple apertura del espacio cerrado, y la obtención del dinero, si se conoce y se pulsa adecuadamente el código de identificación, consumará la acción de apoderamiento, que quedará en otro caso, en grado imperfecto de ejecución. No agravaría, finalmente, dicha interpretación el principio de legalidad porque no existe una extensión analógica de «llave» superadora del art. 25 de la Constitución Española, sino una simple aplicación analógica expresamente autorizada en el



Texto penal bajo la fórmula legal de enumerar o mencionar previamente algunos medios concretos, de suerte que el juicio de semejanza o analogía no queda entregado a la libre valoración del Tribunal.

### **ARTICULOS 504.4.º Y 510.2.º ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES SUSTRADAS AL PROPIETARIO. CONCEPTO**

(STS de 14 de septiembre de 1990. Pte. Sr. Vivas Marzal)

**Primero.** Respecto al concepto de llaves falsas, y, más concretamente, en lo que concierne al art. 510.2 Código Penal, el término «sustraídas», que el legislador emplea, ha suscitado, desde siempre, una doctrina jurisprudencial que ha interpretado el precepto con laxitud y gran amplitud, siendo paradigma de lo que se dice la S. 18 mayo 1985, la cual sentó la siguiente doctrina: Dentro del art. 510.2 Código Penal, y a propósito del concepto y definición legal de llaves falsas, se hallan incluidas «las llaves legítimas sustraídas al propietario», es decir que en tales casos, y como se ha dicho con frase lapidaria, se trata del hurto de la llave o llaves para cometer un robo —art. 504.4 Código Penal—, debiéndose interpretar la palabra «propietario» como todo tenedor legítimo de dichas llaves, y como «sustracción», cualquier tipo de apoderamiento de las mismas con tal de que sea ilegítimo, sin que, en ningún momento, se atienda al valor intrínseco de las mentadas llaves, comprendiéndose, en consecuencia, en la definición mencionada, tanto la llave o llaves sustraídas propiamente al usuario o titular legítimo de las mismas, como las retenidas indebidamente y las apropiadas, así como las olvidadas en vivienda o local ajeno de modo circunstancial, las escondidas por el dueño o legítimo usuario, y obtenidas por el infractor mediante búsqueda —debajo del felpudo o estera anterior al umbral de la puerta de entrada o en hueco disimulado y apropiado para albergar la llave o llaves— habiéndolo declarado así, este Tribunal, en SS. 12 junio 1947, 27 abril 1960, 29 febrero 1952, 14 octubre 1961, 4 noviembre 1969 y 11 diciembre 1971, incluyéndose también las extraviadas o perdidas —véase antiguo núm. 2 del art. 514 y el párr. 2.º del actual art. 535 Código Penal—, siendo más dudoso el caso en el que la llave ha quedado en la cerradura por olvido del titular, en cuyo supuesto esta Sala ha entendido que no se trata de llave falsa, o prácticamente a disposición de quien la tomara, v.g. sobre la mesa de la portería o en el clavero o cuadro de un hotel, en cuyos supuestos, este Tribunal, en SS. 27 abril y 30 noviembre 1950 y 5 junio 1957, estimó que se trataba de delito de robo con fuerza en las cosas, mientras que declaró lo contrario, si bien los supuestos de hecho no eran exactamente los mismos que en los casos anteriores, en las SS. 30 junio 1960 y 9 octubre 1963. Pudiéndose agregar que, como ya se ha dicho, las llaves o llave olvidadas, no pertenecen al primer ocupante, ni dejan de corresponder al titular legítimo de las mismas, prosiguiendo en el patrimonio del referido titular o usuario, los que, a tenor de lo dispuesto en el art. 461 CC, ni siquiera pierden la posesión de ellas, las cuales —olvidadas— no pueden equipararse a cosas perdidas y menos aun a *res derelictae*, constándole, por lo demás, al infractor, en tales casos que, las llaves, pertenecen a otro, aprovechando tan favorable coyuntura, para tomarlas, y, con ellas, franquear la entrada en el hogar o inmueble ajenos o abrir la puerta y objeto cerrado de que se trate.

**Segundo.** La doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer se ha mantenido de modo uniforme e invariable, pero recientemente se ha abierto importante fisura en tan monolítica postura, pues esta Sala mediante SS. 16 febrero 1988 y 6 y 17 febrero 1989, se ha inclinado a restringir el concepto debatido reputando; «llave falsa», tan sólo a la que llega a poder del infractor, mediante robo, hurto, retención indebida, acción engañosa, es decir y en definitiva, «por un medio que constituya infracción penal», como se dice, con propósito generalizador, en el Proyecto del Código de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, por lo que si la entrada en el local de autos se perpetró mediante el uso de llaves extrañadas al titular, no habrá uso de llaves falsas, y no dejará de constituir hurto si lo que se pretende reviste caracteres de robo. Pero esta doctrina con ser, o intentarlo, renovadora, reposa sobre bases deleznable, pues el apoderamiento de llave perdida o extrañada por su titular legítimo constituye infracción penal, como lo demuestra el art. 532.2 Código Penal, redactado de conformidad con la LO 25 junio 1983 y el núm. 3 —hoy día 2— del art. 587 Código Penal. En conclusión, y en resumen, el apropiarse de bienes ajenos o extrañados con ánimo de lucro, íntegra, con arreglo a su valor, delito o contravención, pero en todo caso infracción penal, con lo cual ese origen antijurídico de la llave o llaves que se utilizan para la depredación enclava el comportamiento del infractor, de lleno, dentro de la fórmula legal, «sustraídas», que se encuentra en el 510.2 Código Penal. Procediendo, consecuentemente con lo razonado y expuesto, la desestimación conjunta de los dos motivos del presente recurso, amparados, uno y otro, en el art. 849.1 LECrim., y el primero, en aplicación indebida de los arts. 500, 504, 505, 506.2 y 510.2 Código Penal y, el segundo, en inaplicación del art. 514 Código Penal

#### **ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. RETENCIONES PARA HACIENDA**

*(STS de 25 de septiembre de 1990. Pte. Sr. García Ancos)*

De los hechos declarados probados, a los que necesariamente nos hemos de ceñir, se infiere la concurrencia, en la actuación del agente, de todos y cada uno de los requisitos que el art. 535 Código Penal exige para entenderse cometido ese delito, cual son, en esencia: haber recibido una cantidad de dinero, en este caso importante, en calidad de depositario, administrador, etc., o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla; no haber hecho entrega en su momento oportuno de ese numerario a su legítimo propietario; y todo ello en propio beneficio (enriquecimiento injusto) y en lógico perjuicio del tercero afectado por la apropiación. Y esto es lo que, en síntesis, realizó el inculpado, ya que: a) Como titular de una empresa en la que trabajan diversos empleados, tenía al mismo tiempo, por mandado legal, la cualidad de depositario gestor (la denominación es indiferente) de las retenciones que pagaban sus empleados como tributarios a la Hacienda Pública. b) En tal cualidad, tenía la obligación (obvio es decirlo) de entregar puntualmente esas cantidades retenidas a su verdadero destinatario y único acreedor. c) No lo hizo así, apropiándose inicialmente, en beneficio propio y en perjuicio de ese legal destinatario, de las correspondientes sumas dinerarias.

**ARTICULO 548. INCENDIO. NATURALEZA JURIDICA.  
PELIGRO ABSTRACTO Y RESULTADO**

*(STS de 13 de julio de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)*

El delito de incendio previsto en el art. 548 del Código Penal es un delito de peligro abstracto no de mera actividad, sino de resultado. Es el resultado de la acción, el incendio, lo que convierte la acción peligrosa. En otras muchas figuras de peligro abstracto es la sola acción la originadora del riesgo, sin que la estructura del tipo exija resultado alguno: v. gr., basta conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, para que se perfeccione la conducta prevista por el art. 340 bis a). 1.º, del Código penal. Aquí, no. Se requiere el incendio de un edificio, pero no de todo él, sino de alguna de sus partes o plantas siempre que exista peligro de propagación al resto, como ha estimado esta Sala de sentencias varias (*ad exemplum*, de 2 de noviembre de 1988). Se cumplen, por tanto, las exigencias del tipo objetivo por haber afectado el incendio al «conjunto de la habitación, importante hasta el punto que hizo necesaria la intervención del servicio público de extinción de incendios y el desalojo de los preventivos al generarse con ello grave riesgo de su vida». Y que el procesado conocía que en el edificio se hallaban más personas es asimismo hecho probado, puesto que consta que otros cuatro ciudadanos se encontraban detenidos con él en el Depósito Municipal de la localidad de Tarrasa. El incendio, pues, había afectado a una entera celda con posibilidad de propagación autónoma al entero edificio. El comportamiento integra la figura prevista por el art. 548 del Código Penal. El motivo se ha de desestimar.

**ARTICULO 563 BIS. CHEQUE EN DESCUBIERTO.  
BIEN JURIDICO PROTEGIDO. EMISION IRREGULAR**

*(STS de 13 de diciembre de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

**Tercero.** Por la propia naturaleza de los títulos valores, se produce en ellos una incorporación del derecho al documento, llevándose así a cabo consecuencias de la literalidad y autonomía. Y concretamente en el cheque, que ineludiblemente ha de librarse contra un banco o entidad de crédito, según el art. 106.3 LCC de 16 julio 1985, tal incorporación es total y absoluta, pues el librado sólo está obligado al pago, si el título está como exige el art. 108.2 de la aludida Ley «regularmente emitido», y ninguna irregularidad mayor que la del libramiento por parte de quien exclusivamente no es titular de la provisión, ni del título valor que legitima para girar sobre la misma. Por consiguiente, aun cuando tal documento no tuviese en un aspecto estrictamente formal y en el ámbito del derecho mercantil, la cualidad de cheque, ello no obsta la aparición de la figura delictiva que precisamente sanciona la vulneración de la seguridad, normalidad y estabilidad del tráfico mercantil fiduciario, y obvio es que la emisión de un cheque por persona que no tiene la disponibilidad para ello, pues necesita el concurso del otro titular de la cuenta contra la que se libra, y sin ella, no podrá ser hecho efectivo, está claramente provocando una quiebra importante en el tráfico fiduciario, pues ello es desconocido por la persona a quien se le entrega en pago de una deuda precedente.

**ARTICULOS 6 BIS A) y 321. ERROR DE PROHIBICION. INTRUSISMO**

*(STS de 21 de febrero de 1991. Pte. Sr Moyna Ménguez)*

**Segundo.** El tema de la culpabilidad se trata también en el motivo anterior, con indudable corrección por cuanto pertenece a la estructura subjetiva del delito, pero al destinar un segundo motivo —el segundo— al examen del error de prohibición, exigencias de método aconsejan tratar este punto conjuntamente. La sentencia dio lugar al error la nota de invencible al admitir que el sujeto acusado no tuvo conciencia de la antijuricidad de su conducta, y, en consecuencia, se pronunció absolutamente sobre los hechos; pero no puede ser ignorado que la cuestión suscitada ha sido muy debatida en los últimos diez años tanto en el ámbito administrativo como en el penal, de ello son ejemplo las sentencia sobrantes en los repertorios jurisprudenciales, y es obvio que el controvertido estado de opinión y las decisiones judiciales sobre este punto no podían ser desconocidas de unos laboratorios dedicados a la producción y comercialización de especialidades de uso de veterinario, y, por supuesto, de quien ostentaba su representación y delegación, que no podía excusarse simplemente como base en el cumplimiento de los requisitos fiscales y en haber pasado, sin denuncia de irregularidades, las inspecciones farmacéutica y veterinaria de los organismos oficiales. Ha de admitirse, al menos, una actuación con dudas sobre la antijuridicidad, de la que pudo salir por los varios medios que tenía a su alcance, y concretamente recabando la información y antecedentes precisos en el ámbito de la empresa que representaba o de los organismos administrativos competentes; en definitiva, el error de prohibición debe tener carácter de evitable o vencible, al que ha de darse el tratamiento penal previsto en el art. 6.bis. a). último párrafo, del Código Penal, estimando en estos términos el segundo motivo del recurso.

**ARTICULO 8. 1.º OLIGOFRENIA. GRADOS**

*(STS de 22 de febrero de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

**Segundo.** La mayoritaria opinión de esta Sala establece que la oligofrenia engloba varios grados delimitados por sus características sintomáticas y por la intensidad de sus efectos que comprenden la idiocia, la imbecilidad y la debilidad mental, estados que tienen diferente repercusión en la imputabilidad y responsabilidad del agente, pues, así como la primera las excluye radicalmente y la segunda puede eximir o simplemente atenuar, según grado, la intensidad, la última, es decir, la debilidad mental, sólo siendo muy acusada las atenúa, en tanto que la mera levedad o torpeza, carentes de efectos modificadores de la responsabilidad, no produce ni tan siquiera efectos atenuatorios (sentencia de 4 de julio de 1978), estableciendo la de 30 de marzo de 1982 que la oligofrenia profunda engendra la eximente, la media la eximente incompleta, y la debilidad mental una causa atenuatoria y, por fin, las de 22 de noviembre de 1984, 22 de enero de 1987 y 27 de abril del mismo año enseña que tanto los idiotas como los imbéciles son totalmente inimputables, mientras que los débiles mentales lo son más o menos parcialmente, siendo totalmente imputables los simplemente torpes.

**ARTICULOS 8.3.º Y 9. 1.º Y 10.º. ATENUANTE POR MINORIA DE EDAD. CRITERIO CRONOLOGICO.**

(STS de 23 de febrero de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

**Segundo.** Y respecto a la edad cronológica es preciso indicar que es ella a la que sin duda se refiere el legislador penal, dotando así de precisión y seguridad a esta circunstancia que opera como eximente si el culpable es menor de dieciséis años (número 3 del art. 8 del Código Penal) y como atenuante privilegiada si no alcanzó la edad de dieciocho (número 3 del art. 9). Ello no obsta a que cuando, a pesar de la edad, se acredite una inequívoca disociación entre la edad biológica y la edad cronológica, incluyendo en aquélla la edad mental, pueda operar la circunstancia de atenuación por vía de análoga significación (número 10 del art. 9); pero el simple dato de acabar de cumplir dieciocho años (V. sentencia de 22 de noviembre de 1982) equivaldría a desnaturalizar la circunstancia según la voluntad indiscutible del legislador.

**ARTICULOS 9.4.º, 407 Y 565. HOMICIDIO CULPOSO. FALTA DE LESIONES. PRETERINTENCIONALIDAD. CONCURSO**

(STS de 21 de enero de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

**Tercero.** La posición del recurrente ignora la doctrina firmemente asentada por esta Sala desde la S. de 28 de marzo de 1984, según la cual, desaparecida la preterintencionalidad heterogénea (lesiones seguidas de homicidio como supuesto más típico) por obra de la reforma de 1983 que suprimió el art. 50 en conexión con el anterior art. 1, párrafo tercero, del Código Penal, sólo subsiste la preterintencionalidad homogénea que se da entre delitos que atacan el mismo bien jurídico, pero con distinta intensidad (lesiones de manera característica), únicos a los que es aplicable la atenuante cuarta del art. 9 del Código Penal; de suerte que la primera y desaparecida especie de *preterintentionem* viene suplantada por un concurso de delitos o de falta y delito: el inicial doloso (hecho-base) y el resultante culposo (hecho-consecuencia), en tanto que pudo preverse el resultado más grave (culpa inconsciente), o que previsto no fuera aceptado por el agente (culpa consciente), pues si tal resultado se quiso de algún modo —directo o eventual—por el sujeto, la figura preterintencional se desvanece y surge con contornos definidos el delito doloso (SS. 12 de julio y 28 de octubre de 1984, 21 de enero de 1985, 13 de abril de 1985, 19 de diciembre de 1985, 7 de febrero y 15 de noviembre de 1986, 24 de julio y 27 de noviembre de 1987, 22 de marzo y 2 de noviembre de 1988, 21 de marzo y 13 de noviembre de 1989 y otras).

**ARTICULOS 10.8.º Y 407. ABUSO DE SUPERIORIDAD. HOMICIDIO**

(STS de 8 de febrero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**Segundo.** La circunstancia agravante de abuso de superioridad, constituye una alevosía menor o de segundo grado, que al igual que la agravante de dicho

nombre, sólo puede ser aplicable en los delitos contra las personas, o en los que contemplen conjuntamente el ataque a la vida o la integridad personal y la agresión a otros bienes jurídicamente protegidos.

La doctrina de esta Sala de una forma muy reiterada ha declarado que el contenido de la agravante que examinamos está constituido por un elemento objetivo, consistente en una aminoración o debilitamiento de la defensa de la víctima, aun cuando no la elimina manifestada por la superioridad personal, instrumental o medial caracterizada por la mayor facilidad comisiva que ambas variantes otorgan, y además, un elemento subjetivo que requiere no sólo la conciencia de la diferente capacidad agresiva y defensiva, es decir el conocimiento por parte del autor de las circunstancias del hecho, sino además la actitud de aprovechamiento en el sentido de que se prevalega de él, lo que puede suponer una mayor culpabilidad, un plus de responsabilidad, una abyección de sentimientos, o incluso una antijuricidad más intensa —cfr. Sentencias del 26 de octubre de 1989 y 18 de marzo de 1990—.

La aplicación de esta circunstancia de agravación, debe serlo restrictivamente, por cuanto generalmente el resultado lesivo responde por una parte a una cierta superioridad dentro de la situación en que aquél se ubica, rechazándose, por otra parte, la circunstancia cuando existe una riña entre agresor y agredido. Igualmente, y aun cuando los medios comisivos utilizados pudieran configurarlas si son fruto de circunstancias que, por sí mismas, predicen su inaplicabilidad, en cuanto excluyen la posibilidad del grado de reflexión necesario para apreciar que concurre una actitud de aprovechamiento de la concreta situación de inferioridad de la víctima pues aquella superioridad no fue buscada, ni si quiera aprovechada, sino simplemente surgida en la dinámica comisiva.

En el caso aquí enjuiciado, del *factum* de la Sentencia impugnada, no puede deducirse, ni esa elección por parte del procesado, del medio empleado por él, uso de una marga, ni el ánimo tendencial de debilitar la defensa de la víctima, sino que su utilización, en el curso de la riña que mantenía con la víctima, fue el fruto del desarrollo de la pelea entablada.

## ARTICULO 10.13.º. CUADRILLA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 18 de febrero de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

**Segundo.** Para que concurra la agravante de cuadrilla, no basta la concurrencia de más de tres malhechores, sino que es preciso, además, que éstos lleven armas (no sólo armas de fuego, sino cualesquiera instrumentos ofensivos), y que exista un acuerdo de los delincuentes en orden a la ejecución del delito —bastado a tal fin que éste sea tácito y momentáneo— (vid. sentencias de 22 de mayo de 1871, 3 de octubre de 1935, 1 de mayo de 1985 y 20 de febrero de 1981, entre otras).

En el presente caso, según resulta claramente del *factum* de la sentencia recurrida los hechos enjuiciados fueron sometidos por los «cuatro» procesados, mas a la hora de precisar en que forma lo hicieron se dice en aquél que Antonio C. «sacó una navaja automática», uno de los procesados Cristóbal, Antonio U. o Daniel,

«que tomó a su vez otra no identificada», y «los dos restantes, objetos no determinados, entre ellos cadenas» y que, aceptando el fin letal, «comenzaron todos ellos a dar golpes...».

De lo dicho se desprende que, si bien en la comisión del delito intervinieron más de tres personas, al no haberse podido precisar el tipo de instrumento utilizado por cada uno de los intervinientes, no es posible apreciar la concurrencia de la agravante de la «cuadrilla», por cuanto, para ello, sería preciso determinar, previamente, si la totalidad de los instrumentos empleados podían ser considerados «armas», en el sentido que la jurisprudencia ha entendido este término al referirse a la circunstancia agravante examinada. De ahí que proceda la desestimación de este motivo; con independencia de que la intervención de los procesados, en la forma que lo hicieron, ha sido tenido en cuenta y valorada por el Tribunal de instancia al apreciar la concurrencia de la agravante de «abuso de superioridad», como ya se ha dicho.

## ARTICULO 19. RESPONSABILIDAD CIVIL. RELACION CAUSAL

(STS de 6 de marzo de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

**Segundo.** El motivo en examen, plantea el interesante problema de la relación de causalidad entre la acción delictiva del agente y los perjuicios sufridos por el agraviado, relación o nexo exigido por el art. 104 CP para fundar la responsabilidad civil.

El tema ha venido a seguir —*pari passu*— los mismos avatares dogmáticos que la causalidad fundamentadora de la responsabilidad penal. En esta última el curso de la evolución doctrinal ha sido desde la teoría de la equivalencia de condiciones (representado en la jurisprudencia por el apotegma *causa causae causa causati*), hasta las teorías de la adecuación y de la relevancia, doctrinas éstas que han dado paso a la última tesis de la imputación objetiva que si bien identifica el nexo causal con el concepto natural y científico de la *conditio sine qua non* del resultado, exige, una vez trasplantado el ámbito jurídico penal, que sea relevante desde el plano de la tipicidad, o sea conforme al «sentido» del correspondiente tipo, el cual inspira a su vez en condiciones generalmente apropiadas o adecuadas. Es decir, que la llamada causalidad adecuada basada en la marcha normal de las cosas, en el curso de la vida, ha de estar enmarcada en los límites de la tipicidad.

Tal pensamiento evolutivo ha sido ya acogido por la jurisprudencia (SS 13 de octubre 1987 y 12 de junio de 1989).

Cifándonos ahora al tema de la indemnización de perjuicios, dos son los parámetros que gobiernan el tema: Primero, el de la constancia de tales perjuicios (lo mismo que los otros dos extremos de la responsabilidad civil, desposesión de la cosa y reparación del daño), lo que supone la existencia de un delito que los produzca (no todos los delitos los causan, pese al tenor absoluto del art. 19 CP) y que se den por la sentencia las bases de tales perjuicios, lo que es particularmente visible en delitos de lesiones en el que además del tiempo de curación o sanidad y de incapacidad temporal o permanente para el trabajo, son también de importancia a los efectos que tratamos las llamadas secuelas o consecuencias más o menos dura-

deras de las lesiones para la integridad física y psíquica del lesionado, sin olvido tampoco del daño moral para el caso de que exista. Estos datos de hechos que sirven de base para la indemnización, es norma jurisprudencial, que su omisión da acceso al recurso de casación, a diferencia del *quantum* de la indemnización que es cuestión reservada al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia (SS. 28 de febrero y 8 de julio de 1986, 10 de julio de 1987 y 14 de julio de 1989).

La segunda cuestión a considerar alude ya a la relación de causalidad entre la infracción y el perjuicio. En principio, se considera por la doctrina que deben ser indemnizados todos los perjuicios, tanto directos como indirectos, debido sin duda a la influencia del art. 1.107 CC que, como ya hemos visto, establece que «en caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Como en caso de culpa del deudor (perjuicios previsibles) responderá éste de los que sean consecuencia necesaria del incumplimiento. Se ha pensado que si esto es así para el deudor, el autor de una infracción punible no puede merecer trato más benigno en este punto.

Sin embargo, la doctrina civilista como la penalista, conscientes de que la aceptación de postulados tan amplios (los propios de la equivalencia de condiciones) conducirían a una responsabilidad sin límites, acuden a criterios inspiradores en la teoría de la adecuación y relevancia. Incluso hay autores, especialmente germánicos, que entienden que la causalidad en Derecho civil se subordina al postulado de la tipicidad (que como es sabido sólo es propio del Derecho Penal) o la aptitud general de la causa para la producción de consecuencias de la clase dada, es decir, a la denominada adecuación. A tales conceptos cabe reconducir las indefinidas categorías de la causalidad directa y necesaria, con lo cual se logra, por otra parte, adoptar una noción causal para la responsabilidad civil *ex delicto* que no está en distonía con la que rige en la teoría general del delito.

**Tercero.** Las nociones que acaban de asentarse tienen particular relevancia para la cuestión íntimamente ligada a ellas de la interrupción del nexo causal y criterios que deben adoptarse para fijar los límites de tal interrupción o ruptura. Así como en la afirmación de la causalidad no faltan ya en la jurisprudencia referencias más o menos precisas a los criterios acabados de exponer (S. 24 noviembre 1989), es en este punto de la interrupción del nexo causal (aspecto negativo de la causalidad) donde se echa de ver mejor la mayor o menor amplitud que nuestra praxis otorga a la idea de la causa (aspecto positivo de la causalidad).

Ausente, también en este punto, de un asidero legislativo, la jurisprudencia a través del «accidente extraño», viene a coincidir con el criterio de otros Códigos (el italiano de modo especial) que distinguen entre causas antecedentes, concomitantes o posteriormente a la acción delictiva. Tales concausas no afectan al nexo salvo las posteriores o sobrevenidas, si tienen, por sí mismas, eficacia para determinar el resultado. Así, factores preexistentes a la acción (como «lesiones orgánicas anteriores de la víctima», «constitución física del herido», «predisposición del paciente») no viene a interrumpir el nexo causal. Tampoco lo alteran las condiciones concomitantes («infección de las heridas» como más típica, o la «ausencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud»). En cuanto a los cursos causales sobrevenidos, ya sean producidos por la propia víctima o por terceros, el TS tiende a considerar interrumpido el nexo causal si tales hechos sobrevenidos son intencionales o doloso, e incluso si se deben a la imprudencia del lesio-



nado o de un tercero. No hay que decir que en caso de delitos de imprudencia, la concurrencia de conductas (de autor y víctima como más típico), elimina la relación de causalidad si el resultado punible se hubiera producido igualmente, aunque el autor hubiera obrado con la debida diligencia (SS. 31 octubre 1987, 5 octubre 1988, 2 marzo 1989, 8 septiembre 1989).

**Cuarto.** Aplicada la anterior doctrina al caso *subindice*, no duda de que en él se cumplen los dos factores que hemos visto exigidos por la indemnización de perjudicados decretada por la sentencia recurrida.

La constancia detallada de los perjuicios se dan en el *factum* cuando describen las lesiones que afectaron al intestino delgado del agredido, que hicieron necesaria la intervención quirúrgica, que degeneró en una trombosis de la arteria mesentérica que requirió nuevo tratamiento y sucesivas reintervenciones, curando el lesionado a los trescientos treinta y ocho días de asistencia con las secuelas de notable pérdida de peso, ausencia casi total de la parte de intestino referida, impotencia para el coito, mareos continuos, deambulacion asistida y absoluto mantenimiento de régimen alimenticio especial. Como se ve, se dan las bases tácticas para sentar la indemnización por secuelas, único punto accesible a la casación, puesto que el *quantum de* aquélla queda librado a la discreción judicial, con tal de que no rebase las cantidades pedidas por las acusaciones, cosa que también se ha observado en la sentencia.

En cuanto a la existencia de nexa causal y a la aducida ruptura del mismo debido a la condición patológica de la víctima (arteriosclerosis según el recurrente), la sentencia recurrida alude a tal condición patológica del agredido y dice pudo tener influencia en la evolución del posoperatorio; pero es que aun cuando fuera segura tal influencia, ya hemos visto que se trata de una condición preexistente que no tiene poderío para excluir el nexa causal en la gravedad de las lesiones producidas. No se trata, pues, de una presunción judicial que sienta la sentencia respecto a las complicaciones surgidas como consecuencia de la necesaria operación. Esta, como las sucesivas intervenciones, se hicieron necesarias para salvar la vida del paciente. Y es natural y lógico que en el caso de autos influyeran la edad del lesionado y la patología anterior del mismo. Por tanto, el curso causal entre la agresión y las lesiones, como sus posteriores incidencias, es conforme a la marcha normal de las cosas en el caso contemplado. En definitiva, hay causalidad adecuada y relevancia jurídica conforme al tipo de lesiones producidas que afectaron a una zona vital del organismo.

En consecuencia de todo ello, el motivo debe ser desestimado.

### **ARTICULO 33. PRISION PREVENTIVA. ABONO EN CAUSA DISTINTA**

*(STS de 15 de enero de 1991. Pte. Sr. Moyna Menguéz)*

**Unico.** El abono de la prisión sufrida fue expresamente reconocido en el primer Código Penal español de 1822, cuyo art. 98 disponía que «el tiempo que hubiese estado será contado como parte de la pena». Los Códigos posteriores desconocieron este principio, lo que obligó a la promulgación de disposiciones especiales, como fueron los Reales Decretos de 9 de octubre de 1853 y 2 de noviembre

de 1879, en los que se concedía un abono limitado del tiempo de prisión preventiva. La Ley de 17 de enero de 1901 vino a dar una regulación a la materia —su vigencia en el aspecto procesal es la que autoriza el presente recurso—, pero sólo permitiría el abono de la prisión a quienes fueron condenados a penas correccionales, y en otros casos se computaba la mitad. La actual redacción del párrafo primero del art. 33 del Código Penal, procedente de la reforma de 1932, establece que la prisión preventiva se abonará «en su totalidad», y este Tribunal Supremo iniciando una interpretación amplia del precepto, ha considerado de abono el tiempo de detención y el arresto del quebrado (sentencias de 30 de enero de 1906, 26 de noviembre de 1946, 13 de mayo de 1958, y 24 de febrero de 1984), y en la misma línea, que es expresión del «espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo que inspira la finalidad del precepto» (sentencia de 3 de noviembre de 1958), puede sostenerse —separándose de la estricta literalidad del precepto legal— la posibilidad de extender el beneficio del abono de la prisión preventiva en causas distintas a las que motivaron la condena, como medio hábil para que la prisión preventiva sea abonada «en su totalidad» y realizar así el fin de justicia material a que el precepto tiende, siendo un argumento sistemático que apoya esta tesis del párrafo segundo del art. 70.2 del Código Penal que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos aunque hayan sido en distintos procesos, pues al ser la liquidación de condena conjunta el tiempo de duración de las posibles prisiones preventivas sufridas en las diversas causas acumuladas se abonarán en la suma total.

Pero esta transmisión de la prisión preventiva de un procedimiento a otro tiene el límite de que las causas hayan estado en coincidente tramitación. La prisión preventiva no abonada en una causa —por exceder de la pena impuesta o por absolución— no puede permanecer en expectativa de futuro, según expresión de un razonado estudio doctrinal, y aplicarse a los posibles delitos que puedan cometerse; debe exigirse un paralelismo o coetaneidad en la tramitación de las causas para no generar, en quién tiene a su favor un tiempo de prisión preventiva, un crédito o saldo positivo de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena. En el supuesto contemplado, el sujeto ahora condenado fue absuelto con fecha 20 de junio de 1981 de los delitos de amenazas, violación y robo con intimidación en causa 74 de 1979, acordándose en la sentencia su inmediata libertad al hallarse en prisión preventiva desde el 19 de abril de 1979; y, por sentencia de 16 de febrero de 1987, fue condenado por robo intimidatorio y tenencia ilícita de armas a las penas de un año y de dos años de prisión menor por hechos cometidos el 17 de marzo de 1986, ejecutoria en la que el Tribunal Provincial hizo abono de la prisión preventiva sufrida en la causa de la que fue absuelto, finalizada cinco años antes.

La disponibilidad de los días de prisión preventiva excedentes de la pena impuesta o en el caso de no haberse impuesto pena alguna por absolución, puede reconocerse al condenado en causas que están pendientes simultáneamente, no para las causas futuras, en este caso incoada cinco años más tarde, pues ello equivaldría a una patente de impunidad para futuros delitos, siendo significativo que el anteproyecto de Código Penal de 1990 (art. 53) permita el abono en otras causas «siempre que hubieran tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión»; y no es válida en este supuesto, como argumento analógico utilizado por el Auto

recurrido, la llamada al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al art. 70.2 del Código Penal, porque ambos preceptos se refieren efectivamente a varios procesos, pero vinculados por la conexión que define el art. 17 de la Ley Procesal citada, y es presupuesto de la conexidad la pendencia «simultánea» de dos o más causas, y un nexo entre las pretensiones punitivas que pueden estar en relación de temporalidad —simultaneidad en la comisión—, en la unidad del responsable, o en el enlace objetivo de los hechos; y en este caso hay que poner énfasis en la ausencia de aquel presupuesto —pendencia simultánea de varios procedimientos penales— y en la falta, por tanto, su base legal alguna para transmitir la prisión preventiva sufrida en un proceso finalizado cinco años antes u otro en fase de ejecutoria, sin que las razones de justicia material sean actualmente invocables por la posibilidad de exigir una reparación en la vía procesal específica que abre el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. ANIMO TENDENCIAL

(STS de 4 de febrero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**Tercero.** A) El delito de desórdenes públicos, del art. 246 del Código Penal, se había configurado en la jurisprudencia de esta Sala, tradicionalmente, entendiéndose que el ánimo de atentar contra la paz pública, tenía un carácter medial, en el sentido de que se atacaba la expresada paz como forma instrumental de posesión social o pública. Tal exégesis, se ha mantenido en numerosas sentencias, así las de 13 y 25 de febrero, 21 de abril, 24 y 28 de octubre y 21 de diciembre de 1987, y hasta cierto punto, la de 2 de mayo de 1988; pero ya en las de 25 de febrero, citada, se formuló voto particular, manteniendo la tesis contraria, rechazando tal interpretación, que es la seguida por la de 30 de abril de 1987, continuada por las de 6 de febrero, 17 de marzo y 12 de junio de 1989.

En ellas, se mantiene que, el delito de desórdenes públicos, se integra por cuatro elementos, debiendo concurrir todos para que el comportamiento delictivo se produzca: 1) Sujeto activo plural. 2) Producción de un resultado concreto legalmente previsto. 3) Que tal resultado altere el orden público, y 4) Que los autores pretendan atentar contra la paz pública.

Los hechos son similares a los del caso aquí enjuiciado. Una movilización de agricultores en protesta por la política agraria del Gobierno, llevaron a cabo un corte en la confluencia de la carretera C-527 en su cruce con la local ZA-303 kilómetro 15, atravesando tres tractores, y manteniendo aquél, impidiendo el tránsito de vehículos, desde las 17,15 a las 18 horas, siendo restablecida posteriormente la circulación, todo ello con la finalidad de llamar la atención sobre su descontento con la política gubernamental. No es cuestionable el que el sujeto activo fue plural, y que los agricultores obstaculizaron la circulación de la carretera. Dudosos es que se haya producido un desorden de cierta entidad, puesto que si es más leve ha de tener en encaje sistemático diverso. En el *factum* no consta que la ocupación de la calzada, produjese la detención de un número elevado o reducido de vehículos, ni que el hecho ocasionase o no, evidentes molestias a los

usuarios, lo que, *ab initio*, impide valorar adecuadamente la gravedad de la obstaculación, sobre todo al tratarse de carretera de segundo orden (comarcal y local) con poco tránsito.

Por otra parte, el propósito que guiaba a los agricultores era «llamar la atención sobre su descontento con la política gubernamental» sin que, indudablemente, pretendiese atentar contra la paz pública. Por ello, dichas sentencias, aprecian la falta del elemento subjetivo del injusto que configura el tipo legal de desórdenes públicos, al no poderse equiparar las expresiones «atentar contra la paz pública o alterar el orden». El elemento en cuanto subjetivo afecta a la culpabilidad, pero en cuanto integrante del tipo, atañe a la antijuricidad, siendo esencial en la determinación de la antijuricidad de la conducta, la actitud anímica, que el sujeto ha unido a ella, y que se refleja en el tipo. Y en todo caso, las normas han de interpretarse, según el art. 3.1 del Código Civil, en atención a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas. Y el reproche social que hoy debe efectuarse, ha de tomar en consideración no sólo el resultado producido, el corte al tráfico temporal, y levemente de una carretera, sino al por qué de aquel resultado, es decir, sus motivaciones.

B) Al haberse probado que la conducta de los manifestantes fue pacífica, sin que se hubiese alterado el orden público con peligro para personas y bienes, primero de los requisitos que exige inexcusablemente el art. 21.2 de la Constitución Española, pues el único derecho que la Constitución protege es el derecho de manifestación «pacífica y sin más», y por otra parte no se ha acreditado que los manifestantes no hubiesen acreditado a la Autoridad gubernativa la realización de la manifestación, es necesario concluir que los recurrentes no han tipificado la conducta descrita en el art. 246 del Código Penal, al ejercitar su derecha fundamental de manifestación —cfr. Tribunal Constitucional Sentencia 59/1990 de 29 de marzo—.

#### **ARTICULO 254. TENENCIA ILICITA DE ARMAS. PISTOLA SIN CARGADOR**

*(STS de 20 de enero de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)*

**Segundo.** 1) El respeto obligado al relato de hechos probados que viene impuesto por la línea casacional adoptada por la representación del recurrente nos remite a su contenido para comprobar la viabilidad de la pretensión deducida. En el relato fáctico se describe el calibre, marca y modelo, así como el número de fabricación del arma ocupada en el domicilio del procesado. Se afirma, además, que era el propietario de la pistola y que su mecanismo era de doble acción, sistema semiautomático y de tiro a tiro, confirmándose que se encontraba en perfecto funcionamiento si bien no tenía cargador. Termina recogiendo, como dato complementario, que el procesado carecía de la documentación precisa para justificar la pertenencia del arma de fuego.

2) El fundamento de derecho primero, cuyo carácter integrador del hecho reclama el propio recurrente, incide de nuevo sobre el perfecto estado de funcionamiento razonado, acertadamente, que la falta de un elemento reemplazable como el cargador no la convierte en un artefacto inservible, sino que se encuentra en condiciones idóneas para disparar, incorporándole un accesorio como el carga-

dor, sin necesidad de realizar ninguna otra operación de ajuste. A mayor abundamiento, aun sin el repuesto podía efectuar disparos tiro a tiro, introduciendo una bala en la cámara con la ayuda de un punzón, bolígrafo u otro elemento semejante, lo que la convertiría en un artefacto idóneo para el disparo, sin necesidad de retocar o reparar ninguno de sus elementos esenciales. Por estas mismas razones la sentencia descarta como arma a integrar en el hecho punible, un revólver que estaba inutilizado para disparar por faltarle el muelle percutor, mecanismo de extracción y cachas.

### **ARTÍCULOS 322 y 470. USO PÚBLICO DE NOMBRE SUPUESTO. USURPACION DE ESTADO CIVIL. DIFERENCIAS**

*(STS de 26 de marzo de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)*

**Primero.** El art. 470 CP castiga con las correspondientes penas al «que usurpare el estado civil de otro». Según sostiene la doctrina, este delito está constituido por la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar de sus derechos; y que, por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro, ya que, como ha declarado la jurisprudencia, es condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para usar de sus derechos y acciones (*vid.* SS. 5 mayo 1887, 7 octubre 1892, 16 abril 1901 y 15 diciembre 1982). En este sentido, dice esta última sentencia, que «... el verbo usurpar en su acepción gramatical significa el quitar a uno lo suyo y en su más amplia, arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es, fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen...».

En mismo sentido, dice la S. 23 mayo 1986 que en el art. 470 se describe y sanciona el denominado delito de usurpación de estado civil, del que doctrinalmente se han dado muchas definiciones, «... la más antigua de ellas entiende que usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad, aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera...»; añadiendo que «no es bastante, para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro para un acto concreto; es condición precisa que la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la personalidad sustituida...». Constituye, pues, exigencia de este delito un elemento subjetivo del injusto —que no aparece en el tipo legal—: el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada (*vid.* SS. 21 diciembre 1893 y 16 abril 1901).

Plantea la figura penal aquí examinada el problema de marcar las líneas o rasgos distintivos de la misma frente a la de «uso público de nombre supuesto» (*vid.* art. 322 CP), con la que tiene muchos puntos de contacto, declarando en síntesis, a este respecto, la S. 15 diciembre 1982, que en el delito del art. 322, el autor «se limita a enmascarar o a disfrazar su propia identidad, pero sin suplantar o atribuirse otra ajena, ni subrogarse, o intentarlo, en la posición jurídico-familiar de otra persona».

**Segundo.** En el presente caso, partiendo del obligado respeto al relato fáctico de la sentencia recurrida (*vid.* art. 884.3 LECr.), es preciso tener en cuenta que —

como se dice en el mismo— el procesado «ideó buscarse una nueva identidad» al objeto de eludir la responsabilidad criminal que pudiera derivarse de la causa 123/1980 que por los presuntos delitos de desertión y fraude se le instruyó por la autoridad militar de la III Región Militar..., causa en la que se halla declarado rebelde», con tal fin, tras sacar una certificación de nacimiento de su hermano Juan — «del que no hay constancia en las diligencias de si vive o ha fallecido»—, solicitó y obtuvo un DNI con tal nombre, y, luego, un permiso de conducir, en igual forma.

Así, con la referida identidad falsa, el procesado intervino en el acto de la vista del juicio oral, celebrada en la AP Córdoba, en el mes de mayo 1982, en la causa 139/1980, siendo condenado con tal nombre. Posteriormente, según se precisa en el *factum*, «en todas las ocasiones en que ha sido detenido o iniciado diligencias por presuntos delitos ha manifestado y aportado para su identificación los documentos que obtuvo con el nombre de Juan, como hizo en Alicante en fecha 6 septiembre 1984, en Valencia el 18 junio 1985 y en Palma de Mallorca el 15 octubre 1986...».

Es patente, por lo anteriormente dicho, que el procesado no actuó con el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada, es decir, de su hermano Juan, respecto del cual dice el *factum* de la sentencia recurrida que no consta si vive o ha fallecido; hipótesis, esta última, en que se discute la posibilidad de que pueda existir el delito de «usurpación del estado civil» (*vid.* S. 5 mayo. 1887). Su único propósito no fue otro que el buscarse una nueva identidad para eludir la acción de la justicia. Consiguientemente, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento anterior, es preciso concluir que la conducta descrita en el relato histórico de la sentencia recurrida no es constitutiva del delito de usurpación del estado civil del que viene acusado y por el que ha sido condenado el hoy recurrente.

Por el contrario, aquélla encaja perfectamente en el delito de «uso público de nombre supuesto», previsto y penado en el art. 322 CP, y concretamente en el subtipo agravado del párr. 2 de dicho precepto, por cuanto, al usar el procesado el nombre de su hermano Juan, lo hacía con el propósito de «eludir la responsabilidad criminal que pudiera derivarse de la causa 123/1980», instruida por la autoridad militar de la III Región Militar.

## **ARTICULO 325 BIS. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. OBSTRUCCION. DOCTRINA GENERAL**

(STS de 22 de febrero de 1991. Pte. Sr. Soto Nieto)

**Cuarto.** Partiendo de la intangibilidad de los hechos considerados probados, la presencia del delito tipificado en el art. 325 bis CP está fuera de toda duda. El Cap. 1 Tít. IV, Libro II CP, se enriqueció con la incorporación de unas nuevas figuras delictivas asumidas en la reforma llevada a término por la LO 8/1983 de 25 junio, al adicionar el art. 325 bis, reproducción del art. 436 Propuesta de Anteproyecto del Nuevo CP y en directa conexión con el art. 512 del Proyecto de LO CP, que incluía entre los delitos contra la administración de Justicia y bajo la rúbrica de «Obstrucción de la justicia», los tipos que ahora aparecen incorporados al referido

art. 325 bis, con determinadas modificaciones. En todos ellos alienta la idea básica de protección a la libre administración de justicia, subordinada a la posibilidad y garantía de desarrollo de un proceso al que pueda llegarse merced al normal ejercicio de las facultades de denuncia o postulación, ausente, asimismo, de trabas, constricciones o condicionamientos, y en el que puedan confluír, sin violencias físicas o morales que las eliminen o desvíen, las aportaciones de cuantos, fuera de los que oficialmente integran o sirven al Tribunal, son llamados para hacer llegar al mismo sus experiencias o conocimientos fácticos, periciales o científicos; preservación que se busca también *a posteriori*, sancionando a quienes urdan represalias o venganzas contra aquellos promotores o colaboradores del proceso. Cifrándose el bien jurídico protegido por el precepto no sólo en el más elevado y conspicuo de la regular administración de justicia, salvaguardando la posibilidad de plena información del Tribunal para la más adecuada resolución en el fondo, así como el buen funcionamiento de los dispositivos procesales, sino también, otros bienes privados tan preciados como la libertad, la vida, la integridad, seguridad o patrimonio de las personas, merced a cuyo atentado se busca o pretende alterar la marcha de la justicia. Como expresa la S. 23 julio 1988, el bien jurídico protegido es, en ambos párrafos, el mismo, de modo próximo, la Administración de Justicia, cuyos medios personales de actuación se ven privados de su libertad de decisión o de cooperación, y, más remotamente, la voluntad y la seguridad, cuando no la vida o la integridad personal, de las personas a que se refiere el precepto. El supuesto a que provee en el art. 325 bis. 1 radica en el ejercicio de cualquier forma de violencia física o moral proyectada sobre las personas que se enumeran, merced a cuya instrumentación se intentare, contando con el efecto paralizador o intimidatorio provocado, la consecución de alguno de los comportamientos neutralizadores, omisivos o desleales a que se alude. Nos hallamos ante un delito de tendecia o de actividad —no se exige la producción de un «resultado»—, lo que conlleva la imposibilidad de admisión de formas imperfectas de ejecución (Cfr. SS. 9 mayo 1986, 23 julio y 21 septiembre 1988 y 16 mayo 1990). La conductas esperadas o forzadas en el sujeto pasivo consisten en retractarse de su denuncia, desistir de la acción, dejar de prestar su declaración, informe o traducción, o prestarlas desviadamente. El párr. 2 recoge la actuación en represalia —en su sentido extensivo de daño causado a otro como venganza— contra las personas enumeradas en el párrafo precedente, en razón a su actuación en un procedimiento judicial. La conducta típica habrá de consistir en un atentado contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de los sujetos pasivos típicos. Igualmente nos encontramos ante una infracción tendencial; la lesión o resultado, de producirse, consumará un delito en concurso, pero siendo irrelevante para la consumación del delito de base, inexistente de tal requisito consumativo. No sólo se excluye la ejecución culposa, sino que la finalidad de represalia es exigencia del tipo.

### **ARTICULO 335. APROPIACION INDEBIDA. CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. IMPOSIBILIDAD REAL DE PAGO**

*(STS de 15 de enero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

**Segundo.** Cierto es que una reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala ha venido declarando (SS., por ejemplo, de 21 de diciembre de 1978, 22 de

enero de 1979, 23 de junio de 1980, 25 de marzo de 1981, 28 de abril de 1983, 7 de junio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986 y 11 de noviembre de 1988) que pueden residenciarse en el tipo delictivo de la apropiación indebida aquellos supuestos en que, producidas las retenciones correspondientes a pagos fiscales o de seguridad social no se haga efectivo su ingreso en los organismos correspondientes, con base (lo que ciertamente no parece compararse estrictamente con las exigencias de taxatividad de los tipos penales y de vedada analogía en contra del reo) en la estimación de que existe la figura jurídico-civil del «*constitutum possessorium*»; no es menos cierto que esta misma doctrina ha matizado su aparente generalidad al señalar que ello ocurre cuando «la efectiva continuidad de la relación laboral revela la efectiva disponibilidad de las cuotas» (S. de 7 de octubre de 1986), indicando que «exige para que se dé el delito de apropiación indebida, la efectiva disponibilidad de tales cuotas por el empresario en cuanto éste paga al obrero su salario, pero retiene una parte para darle el destino social o fiscal de que se trata, pues en tal caso puede decirse que la retención de la posesión, con correlativo traslado al trabajador de su cuota, es real y no ficticia, pero si la empresa perdió capacidad del pago debido a sus obreros, entonces no puede haber retención de lo que no podía entregarse y se estaría en una ficción jurídica o en una aplicación por analogía contraria a los postulados del derecho penal (SS. de 7 de octubre de 1987 y 1 de enero de 1989)». Tal doctrina, ya con anterioridad mantenida por la jurisprudencia de esta Sala en las SS. de 23 de junio de 1980, 7 de julio de 1984 y 20 de diciembre de 1985, se ajusta plenamente a la situación fáctica contemplada en la sentencia sometida a recurso y que precedentemente se reprodujo en lo esencial y por ello el recurso debe ser desestimado.

#### ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. NOTORIA IMPORTANCIA. HEROINA

(STS de 14 de febrero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**Segundo.** Esta Sala ha declarado reiteradamente que para apreciar el subtipo agravado, tiene mayor trascendencia la cantidad de droga que la pureza de la misma, por la literalidad del precepto, y la peligrosidad a su vez, de las sustancias adulterantes. En todo caso, dada la cantidad de heroína objeto de tráfico, 255,420 gramos, es indudable que aquélla ha de reputarse de notoria importancia, pues apreciándose la existencia del subtipo aludido conforme a la doctrina jurisprudencial, a partir de los sesenta u ochenta gramos, dada la droga aprehendida, aunque su grado de pureza no fuera elevado, siempre habría de exceder de la cuantía mínima ya señalada como precisa para la existencia del subtipo agravado. Y a ello puede añadirse el valor apreciado por los 255,420 gramos, que es según el *factum* de 7.860.000 pesetas, es decir a unas 30.000 pesetas gramo, lo que indica su alta calidad, ya que nadie pagaría tan elevado precio si no es por un producto de excelente factura. Procede, pues, la desestimación del motivo, y del recurso en su integridad —cfr. T. Supremo 5 de abril 1990 y 14 de septiembre 1989—.



**ARTICULO 349. DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA.  
FIJACION DE LA CUOTA DEFRAUDADA**

*(STS de 9 de febrero de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)*

3. Los motivos tercero y cuarto se fundamentan en que si como consecuencia de la elevación del precio pactado al normal del mercado se produce el hecho imponible ello podría dar lugar a que la Inspección tributaria levante el correspondiente acta, pero no imponer una sanción ni siquiera de carácter administrativo, menos aún penal. El motivo cuarto parte de que constituye un requisito implícito del tipo delictivo contemplado en el art. 349 del Código Penal la existencia de una liquidación previa practicada por la Administración tributaria en la que se fije la exigencia del hecho imponible, la base, el tipo y la cuota defraudada.

Ambos motivos olvidan que tras la modificación parcial de la Ley General Tributaria por Ley de 26 de abril de 1985, y la derogación de forma expresa por L.O 2/85, de 29 de abril del anterior art. 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, el vigente art. 77.6 de la Ley General Tributaria establece que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delitos contra la Hacienda pública regulados por el Código Penal, la Administración se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme. No existe cuestión prejudicial administrativa, ni compete a la Administración fijar la cuota defraudada. Tal fijación corresponde al Tribunal juzgador, de acuerdo con la valoración de la prueba practicada en el juicio oral y sin sujeción al acta que aquélla pudiera haber levantado, de conformidad con lo establecido por el art. 741 de la L. E. Criminal. Como así hizo: la cuota defraudada ascendió a 10.701.276 pesetas.

Ninguno de los dos motivos puede prosperar.

**ARTICULO 357. PREVARICACION. JUEZ DE PAZ. RETARDO  
MALICIOSO**

*(STS de 15 de marzo de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)*

**Unico.** Se pretende negar la concurrencia de «malicia» en el comportamiento del procesado que tan sólo se proponía, se afirma, dar cumplimiento del acuerdo judicial que su cargo de Juez de Paz le imponía, ya que pretendía resolver la obligación, pagando como realmente hizo.

Obrar con malicia, como enseñó alguno de nuestros mayores dogmáticos, es obrar a conciencia de que se procede mal. Al menos la figuras que incluyen este elemento subjetivo en el tipo requieren que el autor conozca la significación anti-jurídica de su comportamiento. Componente subjetivo que como tal se exterioriza de la misma forma que los objetivos y que ha de deducirse de éstos. Y el actuar externo evidencia sin asomo alguno de duda que el retardo en la administración de Justicia fue malicioso, como se manifestó en el fundamento jurídico primero de la Sentencia: El Juez acusado, lejos de abstenerse, como hubiera debido hacer por tratarse de un asunto propio para que interviniera el Juez de Paz sustituto, ordenó retener el exhorto para ganar tiempo, paralizando voluntariamente

la tramitación de la reclamación en su contra durante un año, plazo excesivo e injustificado que perjudicó los intereses legítimos de la entidad acreedora, sin que sea posible alegar ignorancia o falta de malicia ya que es hecho probado que el Secretario del Juzgado le recordó en reiteradas ocasiones que debería darse curso al exhorto citado.

El motivo no puede prosperar.

#### **ARTICULO 407. HOMICIDIO. RELACION CAUSAL. IMPUTACION OBJETIVA. FIN PROTECTOR DE LA NORMA**

*(STS de 25 de enero de 1991. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

**Primero.** En la antigua jurisprudencia de esta Sala, y sobre el tema de la relación causal que suscita el motivo quinto del recurso —primero de los admitidos—, fue teoría predominante la de la equivalencia de las condiciones, pasando después a adoptarse el criterio de la causalidad adecuada; no obstante, algunas resoluciones ya intuyeron matices diferenciales en el nexo causal cuando contraponían causalidad «material» a causalidad «jurídica», al distinguir los aspectos «ontológico» y «normativo» de la causalidad, o cuando preconizaban, para restringir el ámbito de la teoría de la condición, una selección entre las posibles causas con el fin de establecer la «eficiente», «principal», «adecuada», o la más «relevante» o «trascendente». La sentencia de 20 de mayo de 1981 separaba en distintos planos la relación causal y la llamada imputación objetiva, acudiendo para determinar aquélla a la teoría de la equivalencia de condiciones, y hacía de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente y separada, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad, que elegía la condición por sus notas de adecuación o eficacia; una sentencia posterior, datada el 5 de abril de 1983, insistía en esta nueva vía jurisprudencial y mantenía la adecuación como uno de los criterios de imputación objetiva, no el único, refiriéndose enunciativamente a la relevancia, a la realización del peligro inherente a la acción base, al incremento o disminución del riesgo, o al fin de protección de la norma, todos ellos con el común designio de acotar objetivamente al ámbito de la responsabilidad del sujeto, antes de actuar los criterios subjetivos inherentes al juicio de culpabilidad, que en principio, se utilizaron en exclusividad para restringir el amplio e insatisfactorio campo de la teoría de la condición.

Esta compendiada referencia de antecedentes invita a retomar la línea jurisprudencial iniciada, precisando que la causalidad es el nexo que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste pueda imputarse al autor como hecho propio, y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción, la cual ha de estar entre las condiciones del mismo, pero, además, es necesaria una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto; hay, consiguientemente, un primer plano de causalidad en que operan criterios derivados de las leyes naturales y de la experiencia científica, y una primera corrección de su ámbito, de naturaleza normativa, que constituye la imputación objetiva del resultado, para el que se vino utilizando el criterio de la adecuación, aunque al depender de la experiencia general y de la probabilidad, sus soluciones no eran muy limitadas y resultaban contaminadas por apreciaciones pertenecientes al juicio de culpabili-

dad. Un avance de importancia decisiva, en ese designio de restringir la amplitud de la teoría de la equivalencia de condiciones, ha sido el criterio de la relevancia jurídico-penal que las selecciona, en cada caso, según el sentido del correspondiente tipo penal —conducta ajustada al tipo—, y en él reside el germen o esencia de la teoría de la imputación objetiva que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción, creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado.

Los hechos relatados en la sentencia recurrida se concreta en un disparo por arma de fuego que penetró entre séptimo y octavo espacio intercostal interesando, entre otros órganos, el bazo y el colon transversal, provocando la salida de heces y un proceso de peritonitis que veintisiete días después terminó con la vida de la víctima por un fracaso multiorgánico; y al aplicar a los mismos el criterio doctrinal antes expuesto, no puede cuestionarse que, en el plano de la causalidad natural u ontológica, la acción fue causal del resultado, y éste es objetivamente imputable al acusado y recurrente porque el disparo creó un riesgo en el ámbito de protección de la norma penal que protege la vida humana, siendo la muerte acaecida la realización de este riesgo, al que pertenece también la infracción y peritonitis consecutiva. Y se realizó el riesgo creado por el acusado y no el proveniente de una errónea intervención médica, que es la tesis sugerida por el recurso, porque la operación a que fue sometida la víctima a raíz de los hechos trató de cohibir la hemorragia y la salida de heces sin conseguir el control del proceso peritonítico por las razones que explica la sentencia recurrida, siendo la intervención quirúrgica adecuada a la situación de urgencia, aunque otras causas, entre ellas la explectomía, contribuyeron a disminuir las defensas orgánicas del paciente, sin que los medios interpuestos: lavados, drenajes, tratamiento de antibióticos, y una segunda operación pudieran evitar el cuadro septicémico terminal.

Procede, en definitiva, desestimar la impugnación que cuestiona la relación causal.

## **ARTICULOS 429.1 Y 480. VIOLACION. DETENCION MEDIAL DE TERCEROS**

*(STS de 8 de abril de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)*

Llegados a este punto, parece obligado distinguir dos tipos distintos de «necesidad», en la relación de medio a fin, para la comisión de determinados delitos. Existe, en primer término, una «necesidad en abstracto», en la que la comisión de un determinado tipo de delito demande siempre u ordinariamente la comisión de otro delito distinto. Así sucede, por ejemplo, en la comisión de los delitos de violación, en que, aparte de las agresiones sexuales previas o coetáneas al coito y de algunas posibles lesiones de la víctima inherentes a dicho acto, se da también una privación de libertad ambulatoria de la misma. De otro lado, cabe hablar también de una «necesidad en sentido contrario» la cual surge cuando, en el caso analizado, un determinado delito no puede cometerse sin la previa comisión de otro distinto; sin que ello pueda predicarse genéricamente en todos los supuestos de comi-

sión del primer delito. Este parece, sin duda, el supuesto descrito en el «factum» de la sentencia recurrida. El procesado no podía violar a Jaqueline, si previamente no privaba a su compañera Danielle de su libertad ambulatoria. En definitiva, pues, la privación de libertad ambulatoria a Danielle era «necesaria, en el caso contrario», para violar a su compañera Jaqueline. Solamente en el primer caso debe jugar el principio de consunción. Sólo en él podría plantearse, por tanto, la cuestión del principio «non bis in idem».

En el caso enjuiciado, es patente que, amenazada con una navaja y atada Jaqueline —la joven holandesa violada—, con ultraje no sólo de su libertad sexual, sino también —«necesariamente»— de su libertad ambulatoria, la conducta del procesado respecto de ella, reúne todos los requisitos precisos para la existencia del delito de violación del art. 429.1 del Código Penal. El hecho de que el procesado atase también previamente, a Danielle —compañera de aquella—, para poder cometer la violación, constituye, sin duda, un «plus» de violencia y de antijuricidad que cabe reputar «necesario», para la comisión de esta concreta violación, dadas las circunstancias concurrentes; pero que, en ningún caso, puede considerarse como algo integrante del delito de violación, en su consideración abstracta. Por ende, no debe estimarse subsumida tal acción en una valoración «global» de la conducta del procesado. En este sentido, es verdaderamente significativo que ese «plus» de antijuricidad recaiga sobre un sujeto pasivo distinto de la joven violada, y, en definitiva también, respecto de un bien jurídico protegido distinto del que es propio y específico del delito de violación (la libertad sexual).

Procede, por tanto, estimar el motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, si bien, es preciso reconocer, al propio tiempo, que, dada la concreta relación de medio a fin, de la privación de libertad de Danielle (*vid.* art. 480 del Código Penal) para cometer la violación de su compañera Jaqueline (*vid.* art. 429.1 del Código Penal); ambos delitos deben castigarse de acuerdo con las normas del denominado «concurso medial» del art. 71, párrafo primero inciso segundo del Código Penal.

#### **ARTICULO 440. RAPTO. NATURALEZA. ELEMENTOS. DIMENSION TEMPORAL**

(STS de 21 de enero de 1991. Pte. Sr. De Vega Ruiz)

**Segundo.** El delito de rapto del art. 440 fue redactado últimamente por Ley 46/78, de 7 de octubre. Como se desprende del mismo, la existencia penal de la infracción exige tres condicionantes: a) que se produzca el rapto de una persona (hombre o mujer); b) que sea ejecutado contra su voluntad (excepción de la persona raptada menor de doce años), y c) que el rapto tenga por finalidad atentar contra la libertad sexual del sujeto pasivo.

Son sin embargo distintas las cuestiones que el tipo presenta y que en realidad reflejan las vacilaciones a que han estado los sujetos legisladores a la hora de encuadrar su exacta naturaleza. Desde la consideración como ataque a la familia, pasando por la tesis que se refería a la seguridad y a la libertad en general, hasta

definirlos desde el Código de 1848 como delito contra la honestidad. Mas las oscilaciones, que partían de distintos supuestos según el estado civil de la raptada (entonces sólo se hablaba de mujer) o según las consecuencias que se hubieren originado en ésta, llegaban a preconizar, como juicio condenatorio, la pena de muerte o, en giro copernicano, el obligado consenso con la pertinente indemnización económica.

Al situarnos en los últimos tiempos es curioso que sólo a partir de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, viene el delito comprendido dentro de las infracciones contra la libertad sexual, aun cuando es cierto que desde la reforma del tipo operada por la Ley al principio de este razonamiento referida, el delito de rapto, aun dentro de los que vulneran la honestidad (en expresión ya felizmente desterrada), suponía un verdadero atentado contra la libertad sexual.

Por rapto, y estamos en el primero de los requisitos, ha de entenderse toda acción que suponga llevarse a una persona consigo contra su voluntad (si se tratare de mayor de 12 años) o con su anuencia (si fuere menor de 12 años). Como sinónimo de secuestro, expresión ésta sin embargo más amplia y genérica que no tiene por qué coincidir siempre con el rapto propiamente dicho, se trata en suma de una «admotio de loco ad locum» aunque su contenido haya de ser mucho más amplio que el de «situar a la mujer fuera del lugar de su domicilio».

Pero este primer requisito obliga a una mayor profundización. Es un delito de mera actividad que no requiere para su perfección la producción de resultado ulterior alguno y que se consuma, en su aspecto objetivo, material, físico y externo, se consuma, se dice, con la simple retención, ciertamente que perfectamente configurada, puesto que la privación de libertad, como ilegal detención del sujeto pasivo, en que se cifra la dimensión del rapto, no precisa de duración mínima alguna (Sentencias de 4 de diciembre de 1987 y 4 de mayo de 1988). Quiere ello decir que tan pronto la víctima sea compelida contra su voluntad y con la finalidad específica que el tipo describe, se consuma la infracción cualquiera que sea la duración de la retención y la distancia a que fuere trasladada, donde quiera que el sujeto pasivo estuviere cuando aquélla se produce.

Es, no hay que ocultarlo, uno de los extremos más discutidos hoy y uno de los que origina criterios dispares en el Tribunal Supremo. El ámbito temporal y el espacial, tiempo de duración y espacio recorrido con la persona raptada, son las cuestiones a dilucidar, si bien el problema espacial podría carecer de mayor trascendencia en supuestos especiales (piénsese en el rapto de la vecina que vive pared por medio).

De la misma manera, si el dolo finalista es atentar contra la libertad sexual, igualmente ha de ser intrascendente si el sujeto activo pretendía el acceso carnal (vaginal, bucal o anal) o sólo quería llegar a una actividad sexual de menor entidad, siempre trascendente en cuanto que como vulneración de la libertad sexual, se avasalla, se comprime y se elimina en todo caso uno de los dones más preciados, la libertad en el sexo, que posee la naturaleza humana, cualquiera que fuere la pretensión que dentro de ese contexto busca el sujeto activo (en el supuesto de que se tenga definido hasta dónde y cómo desea actuar) porque de todas las formas se exterioriza, intrínsecamente, el ultraje a la más elemental dignidad humana, y no se olvide que la consideración y defensa de la libertad llega a todas las cuestiones, a todos los terrenos hasta el sexo, hasta el infinito (*Aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur*).

La Sentencia de 13 de marzo de 1990 matiza por el contrario la duración al exigir una cierta prolongación en el tiempo por lo que la simple traslación de la víctima a otro lugar con una finalidad sexual no tiene por qué constituir ni siquiera la tentativa de la infracción.

En definitiva sería, en tal hipótesis que no compartimos, una cuestión de equilibrio, de límites temporales a estudiar concretamente, lo que en cierta medida es labor a realizar siempre y en todo caso.

Sin embargo pensamos que no habría de juzgar tal consideración restrictiva del tipo cuando, como ahora acontece, la duración, mayor o menor, de esa privación deambulatoria se interrumpe, más o menos brusca o violentamente, por la propia acción del sujeto pasivo que rompe, por así decirlo, la intención criminal con actos propios en momentos en que, y eso no se puede poner en duda, la infracción está consumada porque los requisitos del tipo se cumplieron y la repulsa o reacción violenta del ofendido se propició cuando el núcleo delictivo habíase desarrollado, cuando el ultraje y la vulneración a la libertad sexual habíase ya consolidado. Distinto sería si esa reacción de las mujeres se hubiera producido, con el consiguiente forcejeo, en el instante en que el procesado, por seguir un poco el contenido del «factum», pretendía introducirlas en el vehículo, supuesto en el cual sí podría llegarse a la tentativa.

#### **ARTICULO 480. DETENCION ILEGAL. DOCTRINA GENERAL. DELIMITACION**

*(STS de 13 de febrero de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)*

1. En el hecho probado se declara que los funcionarios de Aduanas fueron colocados e inmovilizados junto a una pared durante una hora u hora y media, tiempo que precisaron para sacar la mercancía del lugar donde estaba almacenada.

Bajo la rúbrica general de delitos contra la libertad y seguridad tienen su encaje en la modalidad delictiva de la detención ilegal y el delito de coacciones. En ambos el bien jurídico genéricamente protegido es idéntico pero sus modalidades comisivas presentan puntos diferentes.

En la detención ilegal se priva al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con una cierta duración en el tiempo por lo que las formas de retención momentánea o pasajera quedará fuera de las previsiones del tipo. La conducta típica que describe el art. 480 del Código Penal consiste en «encerrar» o «detener» privando al sujeto pasivo de la facultad de trasladarse libremente de un lugar a otro.

La detención ilegal en su modalidad de encierro exige por su naturaleza la ubicación de la víctima en un lugar cerrado que impide la salida del mismo. La detención admite la realización o comisión en lugares abiertos pero necesita del empleo de fuerza física o violencia psíquica que prive al sujeto pasivo de su libre capacidad de traslado ambulatorio.

2. No obstante en ambos casos nos encontramos ante una modalidad eminentemente dolosa que exige como elemento subjetivo del injusto el propósito claro y definido de privar al sujeto de su libertad ambulatoria, ya que como tiene señalado alguna sentencia de esta Sala —S. 20 abril 1987—, si no se deduce o

desprende de la acción tal propósito, resulta notorio que sería improcedente la calificación del hecho como detención ilegal.

En la práctica se presentan dificultades para establecer una neta separación entre el delito de coacciones y algunas modalidades de la detención ilegal que coinciden —como hemos dicho—, en torno al bien jurídico de la libertad y seguridad, pero que obedecen a finalidades delictivas. La jurisprudencia de esta Sala ha venido decantándose en favor de la detención ilegal por aplicación del principio de especialidad siempre y cuando la forma comisiva encarnada en los verbos tipo encerrar o detener inflige no sólo un acto coactivo que nadie discute, sino además una agresión inmediata a un derecho fundamental de la persona como es el del su libertad de circulación de la que se aparta de una manera directa e inmediata.

Por el contrario, en las coacciones el empleo de la fuerza física o la violencia intimidativa está encaminada a torcer la voluntad de la víctima, obligándole a comportarse de un modo distinto al que determina su libre voluntad. En el caso presente el ánimo tendencial o finalístico aparece descrito en el pasaje del hecho probado que afirma que la finalidad perseguida por los autores era la de impedir cualquier intervención de los agentes de Aduanas para obstaculizar o evitar que todos los miembros del grupo sacaran las mercancías. La inmovilización duró el tiempo necesario para realizar esta operación, por lo que el elemento subjetivo o ánimo tendencial no aparece reflejado en el relato de hechos ni puede inferirse de su literalidad que más bien parece describir la existencia de un delito de atentado y un delito de robo con violencia e intimidación que, de haberse planteado en la instancia, hubiera permitido penar la conducta que se imputa a los procesados con una pena adecuada a la gravedad de los hechos; pero al ceñirse el recurso del Ministerio Fiscal al punto concreto del delito de detención ilegal no puede prosperar por las razones anteriormente expuestas lo que nos lleva a desestimar el motivo.

#### **ARTICULO 489 TER. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DESATENCION AL ENFERMO. DOLO EVENTUAL**

*(STS de 7 de marzo de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

**Primero:** Se formula por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, al entender que la condena por delito de omisión del deber de socorro del art. 489.3.1 CP es incorrecta, teniendo en cuenta que debió aplicarse el art. 565.1 del mismo texto legal, toda vez que el relato histórico está describiendo una conducta temerariamente imprudente, puesto que, a pesar de haber sido advertidos los acusados, en varias ocasiones, del peligro de muerte en que podía encontrarse su padre, marido y suegro, no sólo no hicieron nada por ayudarlo, sino que pusieron todo tipo de trabas a que otros le asistieran, retrasando con ello la acción o auxilio médico.

Ante todo hay que señalar que, atendida la vía impugnativa, obligado resulta el más absoluto sometimiento al relativo histórico de la sentencia de instancia y de ella resultan, entre otros, los siguientes particulares: 1) No está acreditado que la conducta omisiva de los acusados fuera la causante del resultado letal, en el sentido de establecerse una idónea relación de causalidad entre la omisión y el resultado. Sin embargo, sí consta que el fallecimiento, de haberse prestado el auxilio, hubiera sido indoloro y digno. 2) La víctima murió por edema de pulmón agudo,

tras varios días de agonía en su domicilio. 3) La víctima era un alcohólico y a pesar de tener sólo 52 años era pensionista al estar retirado por enfermedad, y las relaciones con la acusada eran distantes, limitándose a pernoctar en su domicilio, sin que en el mismo se le prestara ninguna asistencia, salvo la limpieza esporádica de la habitación. 4) Los acusados fueron alertados de la carencia de noticias, pese a lo cual no hicieron comprobación alguna sobre su situación.

La sentencia del Tribunal *a quo*, muy razonada y descriptiva, sobre este soporte fáctico, reflexiona hasta alcanzar la calificación jurídica que entendió más correcta.

Esta tarea ha de realizarla también esta Sala dentro siempre de los parámetros y límites que fija el propio contexto del recurso, sin extravasamientos prohibidos.

El delito de omisión de socorro es una figura de omisión pura y consiste en la no prestación de ayuda cuando ésta es necesaria, reduciendo su gravedad o su probabilidad de agravamiento, siempre que tal ayuda implique algún tipo de eficacia. Se trata, según la opinión más generalizada, de una infracción dolosa. En definitiva, con el delito de omisión se ha pretendido transformar el deber moral de prestar auxilio a un semejante que lo precisa en la obligación jurídico-penal, mediante la tipificación de tal insolidaria actividad.

Existe en este caso, por consiguiente y conforme a lo indicado, un dolo eventual. Si admitieron la probabilidad de que el enfermo estuviera en la vivienda y en la cama y no hicieron absolutamente nada por comprobarlo, sin tomar medida alguna para salir de duda cuando los demás familiares lo requerían, consumaron el delito, como bien relata la sentencia de instancia.

No concurren, en cambio, los elementos que caracterizan y dan vida a la imprudencia, entre ellos el resultado lesivo: la muerte no se produjo como consecuencia del comportamiento de los acusados que llevaron a cabo una conducta, desde el punto de vista de los valores sociales, más reprochable, si cabe, que la imprudente, como lo es la de, pudiendo hacerlo prestar un auxilio a una persona, en este caso a un familiar muy directo para aliviar su penosa y triste situación, no lo hicieron. En un orden de valores es más grave el comportamiento sancionado que el que se pretende.

Procede la desestimación del motivo y del recurso.

### **ARTICULOS 501 y 516 BIS. 1, 2 y 3. UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. ABSORCION EN ROBO**

*(STS de 16 de febrero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

**Primero.** El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en favor del reo se inicia con un motivo por infracción de ley con sede procesal en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia la vulneración por aplicación indebida de los párrafos primero, cuarto y quinto del art. 516 bis del Código Penal a los hechos narrados en el apartado B) de la resultancia probatoria de la sentencia ahora sometida a recurso. El sentido final de la impugnación radica en la estimación de que los hechos referidos («amenazando con una navaja a José O.F., conductor propietario del coche Z-5227-B, consiguió que éste le entregara 11.300 pesetas, con las que huyó en el vehículo, que abandonó poco después») integran



un delito único de robo con intimidación en las personas al quedar absorbido el posible tipo de utilización ilegítima de vehículo de motor, por la conexión espacio-temporal, en aquél. El motivo debe ser estimado, por cuanto una muy reiterada y reciente doctrina de esta Sala, abandonando la primera conceptualización de que en tales supuestos existía un concurso delictivo real (SS., entre otras, de 30 de enero y 13 de octubre de 1985) o incluso un concurso ideal en su modalidad medial (S. de 29 de julio de 1987), se pronuncia (SS., entre otras, de 31 de mayo y 4 de julio de 1988 y 20 de enero y 16 de junio de 1989) por la existencia de un tipo delictivo único pese a la desidentidad de los comportamientos y con la finalidad *pro reo* (dada la evidente falta de proporcionalidad punitiva) una conducta dirigida a fugaz utilización temporal con la típicamente conminada de manera no asumible como penalmente parificada al apoderamiento definitivo.

### **ARTICULO 504.3. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. FRACTURA. CADENA SUJETADORA DE CICLOMOTOR**

*(STS de 8 de febrero de 1991. Pte. Sr. García de Miguel)*

**Primero.** El único motivo de recursos interpuesto por el Ministerio Fiscal se formula al amparo del n.º 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se denuncia como infringidos los arts. 500, 504.3 y 505 del Código Penal por falta de aplicación y los 514 y 515 por aplicación indebida, y el motivo debe ser estimado dado que la sustracción de un ciclomotor con rompimiento de la cadena con la que se hallaba sujeto a un poste ha merecido la calificación de robo por cuantas reiteradas sentencias se han pronunciado sobre la materia, en las que se ha venido declarando que los términos rompimiento, fractura y quebrantamiento, son sinónimos, en su significación, a la de violentar una cosa con esfuerzo o dejarla fuera de función mediante la fuerza ejercida sobre ella y que el texto de la circunstancia 2.ª del art. 504 no comprende sólo el rompimiento o fractura de puerta y ventana, sino que abarca a las cerraduras de cualquiera de sus elementos, cerrojos, picaportes, aldabas, fallelas, candados y sus anillas de sujeción, cadenas de seguridad o a cualquier mecanismo de cierre o seguridad ya sean mecánicos, eléctricos y electrónicos, en cuanto que el término forzar o el de fuerza equivale a vencer los obstáculos que los propietarios suelen poner para la defensa o protección de sus bienes, como resulta, entre otras, de las sentencias de 2 de febrero de 1983, 18 de noviembre de 1987, 10 de octubre de 1988 y 30 de junio de 1989.

### **ARTICULO 506.2. ROBO. CASA HABITADA. CONCEPTO**

*(STS de 25 de febrero de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)*

**Segundo.** Como expone el Ministerio Fiscal, la doctrina de esta Sala viene entendiendo hace largo tiempo que el fundamento de la agravante específica o

tipo complementado de que se trata, es dual, pues de un lado, protege, como dice la sentencia *a quo* del riesgo que puede suponer para las personas que habitan la casa o domicilio y que se encuentran accidentalmente fuera del mismo que regresen al mismo en el momento en que el autor del robo lo está cometiendo; pero, de otro lado, se protege la intimidad del hogar al que se ofende y menosprecia con la indeseada entrada de personas extrañas al mismo y que, por lo mismo, actúan contra la voluntad tácita del morador, tal como se prevé en el delito de allanamiento de morada, pues si bien la Ley de 7 de abril de 1952 suprimió la locución «contra la voluntad expresa o tácita», ello se debió, como interpretan conjuntamente doctrina y jurisprudencia, a la ampliación del tipo contenido en el art. 409 (sic) en el que, por dicha Ley, se incluyó no sólo el allanamiento activo: la entrada en morada ajena, sino también el allanamiento pasivo: mantenerse en la misma con la oposición del morador una vez que se había entrado con el asentamiento de éste, lo que implicaba que el posterior cambio de actitud se hiciera de manera ostensible. Por lo demás, el mejor signo externo (*facta concludentia*) de voluntad contraria de que se entre en la morada, en ausencia de los que la habitan, es el mantener cerradas las puertas de acceso o ingreso a la misma. Finalmente, la inviolabilidad del domicilio en los términos expresados, junta a la intimidad personal y familiar, viene dada por la C.E. cuya protección se consagra en el art. 18.1 y 2 con la consiguiente repercusión y resonancia en el ámbito jurídico-penal.

Las más recientes resoluciones de esta Sala van por el camino interpretativo que se acaba de diseñar, de modo que se da la agravación aunque el delincuente se cerciore previamente de la ausencia de moradores en el domicilio que se propone expoliar, si tal ausencia es accidental y pasajera, único requisito exigido por el precepto penal (también interpretado por esta Sala con amplitud del bien jurídico protegido: la llamada en términos actuales la «segunda vivienda»), accidentalidad que no se cuestiona en el caso de autos (SS. 5 de julio 1988, 9 octubre 1989, entre las recientes).

#### **ARTICULO 506.4. ROBO. OFICINA EN QUE SE CONSERVEN CAUDALES. SUPERMERCADO**

*(STS de 27 de febrero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

II. El art. 506.4 CP sólo hace referencia a la persona que custodia o transporta caudales, sin otros aditamentos, ni en cuanto al tiempo, ni en cuanto a la razón o cargo por el que se haya cumplido tal misión, por lo que nada importa que la persona que los transportaba lo hiciera de modo ocasional; tal subtipo agravado parifica como sujeto pasivo a la oficina bancaria con la recaudatoria y con la genéricamente mercantil, pero estableciendo el requisito de que en la misma se conserven caudales, lo que no ocurre en el supermercado del caso, cuya naturaleza es puramente comercial y no tiene por finalidad «conservar caudales», por lo que entender lo contrario sería tanto como ensanchar la tipicidad del supuesto específicamente agravado, con olvido no sólo del esencial principio de taxatividad de los tipos penales, sino también desconociendo el auténtico bien

jurídico tutelado mediante la especial agravación (Cfr. TS 2.ª SS. 11 octubre 1983 y 29 marzo 1986).

## **ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. CREDITOS NO VENCIDOS**

*(STS de 4 de febrero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

**Segundo.** Dicho motivo también debe ser desestimado. Concurren en el supuesto enjuiciado todos los presupuestos necesario para la aplicación del artículo 519 del Código Penal. El delito de alzamiento de bienes es un tipo penal, según recuerda la más reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (por todas, SS. de 27 de noviembre de 1987, 27 de octubre de 1988, 5 y 13 de junio de 1990), de actividad o riesgo o de resultado cortado, pues basta la existencia de una situación de insolvencia parcial provocada para burlar la actuación judicial o extraprocésal de los acreedores para que se produzca la consumación del mismo. El no vencimiento de varios de los créditos en el momento de la venta fraudulenta no afecta a la existencia del tipo penal objeto de condena, dadas las proximidades de fechas, porque, como indica la S. de esta Sala de 24 de noviembre de 1989, «es muy frecuente que los defraudadores, ante la inminencia del vencimiento de un crédito futuro, se anticipe al nacimiento del crédito o créditos o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando o abortando las futuras y legítimas expectativas de sus acreedores». Subsistentes como se expresó los dos datos fácticos relevantes para la subsunción dentro del art. 519 citado, el recurso debe ser desestimado sin precisión de insistencias fundamentadoras que se traducirían en meras reiteraciones.

## **ARTICULO 528. ESTAFA. ENGAÑO. RELACION DE CONFIANZA**

*(STS de 31 de enero de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

En definitiva, en ambos motivos se cuestiona la realidad del delito de estafa. Los elementos esenciales del mismo son: 1) Un engaño precedente o concurrente, plasmado en algunos de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece. 2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial. 3) Producción de error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad. 4) Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo. 5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el *dolo subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, y 6) Animo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma del año 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de

índole patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos —cfr. sentencias T. Supremo 6 febrero 1989 y 5 marzo 1990—.

Aplicando tal doctrina al supuesto aquí enjuiciado, es evidente que en él falta el requisito esencial del engaño, porque, no lo hay en los términos de la estafa, o porque en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluirá la tipicidad del art. 528 del Código Penal. No hay pues engaño precedente o concurrente con suficiente entidad para provocar el traslado patrimonial, con producción de un error esencial en el sujeto pasivo, que desconociera lo que constituiría la realidad. Y por último falta el acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo, ausente también en el relato fáctico.

En definitiva, se trataría de verdaderas administraciones fraudulentas, en que se intenta fundar la existencia de un engaño, que realmente no sería sino el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado. Mas tales infidelidades no reúnen los elementos del engaño, y por tanto, no podrían tipificar el delito de estafa, por lo que procede, con estimación de los motivos, casar y anular la sentencia de instancia de tal particular.

#### **ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. MINUTA DE ABOGADO. IMPOSIBILIDAD DE COMPENSACION**

*(STS de 28 de enero de 1991. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

**Segundo.** En el motivo correlativo, la recurrente se apoya procesalmente en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la vulneración por falta de aplicación de los preceptos contenidos en los arts. 24.2 y 117.3 de la Constitución, 1.726 del Código Civil, 5.5, 8, 12, 427 y 28 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 56 y 62.10 del Estatuto General de la Abogacía; siendo la dirección impugnativa tratada de mostrar con tan abigarrada y dispar cita de preceptos legales la imposibilidad de aplicar el tipo penal del art. 535 del Código Penal, pues, de un lado, al no practicarse un liquidación previa era imposible determinar cuál de las partes era acreedora de la otra y, de otro, que la vía para determinar el saldo entre partes era la prevista en el citado art. 8 de la Ley procesal civil. El motivo es esencialmente idéntico al tercero y final del recurso, en el que por el mismo cauce procesal denuncia la vulneración por aplicación indebida de los preceptos penales sustantivos constituidos por los art. 535, 528, párrafo segundo, y 529.7 del Código penal; por lo que ambos deben ser analizados de manera conjunta, pues en definitiva ambos pretenden lo mismo: que la procesada ahora recurrente podía retener de la cantidad cobrada la correspondiente a sus honorarios como Letrada al servicio de la perjudicada.

**Tercero.** Los dos motivos indicados carecen de toda consistencia suasoria. La doctrina de esta Sala en casos similares ha declarado que no cabe aplicar por actos de autoridad propia por un Letrado al pago de los servicios prestados por él (S. de 19 de enero de 1981), que «por lo que hace a la minuta de honorarios que presentó

para compensar con ella las cantidades a que dio distinto destino del que debía, porque dicha minuta, la ser puesta en tela de juicio por su destinataria, no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación , ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprecindible para que opere la citada compensación» (S. de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, sólo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación del art. 8.11 del Código Penal (S. de 2 de febrero de 1989); y tal derecho de retención (necesariamente típico civilmente, al suponer ópticamente una excepción al principio general de interdicción de la autotutela) no corresponde a los Letrados o Abogados, como rectamente entendió la sentencia ahora sometida a recurso; de ahí que, como se señaló, proceda la desestimación íntegra de aquél.



## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

### Revista de libros

**MESTRE DELGADO, Esteban: «La defraudación tributaria por omisión», Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 138 págs.**

Este nuevo libro del profesor Mestre Delgado, bajo el título *La defraudación tributaria por omisión*, es un exponente más de la actual polémica en torno a una figura (la del delito fiscal) que, desde sus orígenes (por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de medidas urgentes de reforma fiscal), ha sido causa de las más dispares posturas e interpretaciones en torno al tema de la tipicidad o atipicidad de las conductas de los contribuyentes consistentes en dejar de presentar las preceptivas declaraciones tributarias, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el Estado.

El art. 349 del Código Penal, recogido dentro del capítulo dedicado a la regulación de los «Delitos contra la Hacienda pública», establece que: «El que defraudare a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos [...] será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.» De este modo, queda tipificada en nuestro ordenamiento jurídico la figura del delito fiscal.

Ahora bien, la lectura de este precepto va a originar diferentes problemas interpretativos. De un lado, se plantea la duda en torno a la posibilidad de admitir la comisión de este delito mediante formas omisivas, favorablemente resuelta, casi unánimemente, en favor de su aceptación. De otro, y como eje fundamental de la polémica, el problema de la consideración de la no presentación de las preceptivas declaraciones tributarias como conducta típica regulada y castigada en el art. 349, o por el contrario, como un simple incumplimiento formal administrativo y, por tanto, no susceptible de provocar el nacimiento de la responsabilidad penal.

Partamos de la idea, mayoritariamente aceptada por nuestra doctrina y jurisprudencia (1), de que la realización del delito fiscal se puede llevar a cabo tanto por comisión como por omisión. De otro lado, y a nuestro juicio, tal delito va a requerir para su punibilidad, la concurrencia en el sujeto pasivo del tributo (sujeto

---

(1) Vid, v. gr., E. GIMBERNAT ORDEIG, «Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual», en *Poder Judicial*, 1988, Número Especial IX; C. MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito de defraudación tributaria tras la reforma de 1985: estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia», en *Poder Judicial*, 1987, n.º 5; S. MARTÍNEZ IZQUIERDO, «El delito fiscal», en Ed. Rialp, Madrid, 1989; L. JORDANA DE POZAS, «El Ministerio Fiscal ante los delitos contra la Hacienda Pública», en *Crónica Tributaria*, 1987, n.º 60; S. GARCÍA ASENSIO y tres más, «La nueva regulación de los

activo del delito), de dos elementos: el elemento intelectual, que implica el conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento, y el elemento volitivo, o lo que es lo mismo, la intención de eludir el pago del impuesto al que venía obligado. Junto a ello, y como elemento objetivo determinante del nacimiento de la responsabilidad penal y excluyente de la responsabilidad por una infracción administrativa, ha de superarse la cuantía de 5.000.000 de pesetas.

Así, siendo imprescindible —según doctrina y jurisprudencia mayoritaria— la existencia de un ánimo o voluntad defraudatoria en el sujeto pasivo y, admitiéndose la posibilidad de la comisión del delito mediante la pasividad del mismo, el problema se encuentra en determinar si la no presentación de una declaración tributaria es por sí sola causa suficiente para considerar realizado el tipo del art. 349. Su aceptación o negación se va a basar, o bien en la consideración del engaño bastante que implica dicha conducta para inducir a error a la Administración, o por el contrario, en el hecho de que la pasividad del sujeto pasivo del tributo no es por sí sola idónea para inducir a error a aquélla, al no considerarse el engaño inherente a tal conducta omisiva.

Si bien, como hemos dicho anteriormente, nuestra doctrina y jurisprudencia admiten —mayoritariamente— como innegable la posibilidad de la realización del tipo de delito fiscal mediante la comisión por omisión, no así ocurre a la hora de considerar como bastante o suficiente para inducir a engaño a la Administración, la conducta pasiva del contribuyente consistente en la falta de presentación de la declaración tributaria. En un intento de refundir las muy variadas posturas en torno a tal consideración, podemos establecer dos posiciones ideológicas, fundamentalmente:

— De un lado, la corriente mayoritaria, que atribuye al hecho de la no presentación de la declaración el valor suficiente de engaño, exigiéndose sólo, junto al dato de la omisión, el que el sujeto pasivo del tributo conozca, tanto la existencia de su obligación para con la Hacienda pública, como el carácter antijurídico de su conducta (2).

---

delitos contra la Hacienda Pública», en *Crónica Tributaria*, 1985, n.º 53; D. CASADO HERRERO, «El Delito Fiscal: breve análisis jurídico-penal», en *H.P.E.*, 1979, n.º 54; J. M. NOREÑA SALTO, «La elusión del pago de tributos: principales problemas interpretativos», en *Crónica Tributaria*, 1985, n.º 53; M.ª T. MARTÍN LÓPEZ, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala II en materia tributaria: La S.T.S. de 2 de marzo de 1988», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 198/88; J. M.ª LÓPEZ GETA, «Los delitos contra la Hacienda Pública», en *Impuestos*, n.º 1/89; Rodríguez Mourullo, «Presente y futuro del delito fiscal», en *Cuadernos Civitas*, Ed. Civitas, Madrid, 1974; A. HERNÁNDEZ LAVADO, «¿Es posible cometer delito fiscal por omisión?», en *Impuestos*, n.º II/88; J. APARICIO PÉREZ, «El delito Fiscal: La no presentación de declaración tributaria como medio para cometerlo», en *Gaceta Fiscal*, 1987, n.º 42, entre otros. Y sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985, 12 de marzo de 1986, 2 de marzo de 1988 y 27 de diciembre de 1990, entre otras.

(2) V. gr., RODRÍGUEZ MORULLO, MUÑOZ CONDE, BAJO FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ PÉREZ, JORDANA DE POZAS, MARTÍNEZ IZQUIERDO, etc., y autores como GIMBERNAT ORDEIG o GRACIA MARTÍN, que si bien defienden el carácter típico de la conducta pasiva, no se basan para ello en la existencia o no de engaño, sino simplemente en el perjuicio patrimonial causado.



— De otro, aquélla que considera atípica por sí misma la falta de declaración, por no considerar idóneo el engaño para inducir a error a la Administración, atribuyéndole el carácter de mero incumplimiento de una obligación formal, susceptible sólo de provocar una reacción administrativa por infracción. Para que la conducta pueda calificarse penalmente como punible se exige probar, además de la ausencia de la declaración, que la conducta ha sido idónea para engañar a la Administración, el ánimo defraudatorio expreso del contribuyente, y el conocimiento de los deberes tributarios y del carácter antijurídico de su comportamiento (3).

Es aquí, creemos, en esta segunda postura en la que se sitúa la teoría mantenida por el profesor Mestre Delgado, según el cual «cualquiera que sea la delimitación del bien jurídico que se haga, no puede concluirse, sin mayor reserva, que la conducta típica quede integrada con la mera elusión del pago de los tributos o de presentación de la declaración tributaria [...]. Tal objetivación de la conducta típica no puede encontrar legitimación constitucional ya que, por un lado, supondría presumir la lesión del bien jurídico sin necesidad de acreditar expresamente al efectividad de tal lesión [...]». Idea que representa el eje central de su tesis al defender con una sólida argumentación la atipicidad de la conducta consistente en la no declaración. Sólo cuando esa declaración del contribuyente sea la única vía por la que la Administración pueda conocer la realización de un hecho imponible, la conducta será delictiva, pero no cuando la omisión de aquélla sea sólo una de las vías por las que la Hacienda pueda llegar a tener conocimiento de tal hecho. Es decir, postula como «genero» la atipicidad de la omisión, y como «especie» (excepción a la regla general), la tipicidad en el supuesto contemplado.

Vemos pues, cómo en torno a esta idea y en defensa de la misma el autor estructura su libro en cuatro partes, compuestas de un total de siete capítulos: 1) INTRODUCCION: «La omisión del cumplimiento de deberes de colaboración con la Administración de Hacienda, en los límites del delito de defraudación tributaria»; 2) PRIMERA PARTE: «La omisión de declaración y el concepto de defraudación del art. 349 del Código Penal»; 3) SEGUNDA PARTE: «El delito de defraudación tributaria, ¿sanción penal del incumplimiento de los deberes de colaboración con la Administración de Hacienda?»; y 4) TERCERA PARTE: «Irrelevancia penal de los comportamientos de obstrucción a la actuación investigadora de la Administración de Hacienda».

En la INTRODUCCION, el profesor Mestre Delgado hace una breve pero acertada referencia, tanto a la evolución de nuestro sistema impositivo actual (que tras doce años de continua producción legislativa ha desembocado en la publicación de la Ley 18/1991, de 6 de junio, de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, consecuencia directa de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989), como del ordenamiento penal en materia de delitos contra la Hacienda pública (cuyo punto final, de momento, se encuentra en la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda pública). De igual modo, plantea la problemática de la falta de coordina-

---

(3) Véase v. gr., autores como QUINTERO OLIVARES, LAMARCA PÉREZ, BOIX REIG, FERRÉ OLIVÉ. etc.

ción entre los poderes ejecutivo y judicial en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia fiscal, así como lo inoportuno de otorgar a las conductas defraudatorias un doble desvalor jurídico: administrativo y penal.

Ya en la PRIMERA PARTE, el autor dirige su investigación al tema de la omisión de las declaraciones tributarias, desde el punto de vista de la doctrina y de la jurisprudencia, y del suyo propio.

Comienza con un detallado análisis, puntualmente avalado con la correspondiente legislación vigente en la materia, del contenido del deber de declarar y de los métodos de la Administración para la fiscalización, investigación y sanción de aquél. Deber que obliga, con carácter absoluto, a la generalidad de los contribuyentes, salvo en casos excepcionales, citados en la obra.

A continuación, tras un breve comentario a las consecuencias de la omisión del deber de presentación de la declaración tributaria en el campo del Derecho Tributario, el autor pasa directamente al análisis de la omisión declarativa en el ámbito del derecho penal, distinguiendo tres clases de direcciones doctrinales:

a) Aquella que defiende la irrelevancia penal de la omisión del cumplimiento de los deberes formales, predicando la sola sanción administrativa.

b) La que admite el delito de defraudación tributaria en comisión por omisión, pero distinguiendo dos vertientes; de un lado, la que se muestra favorable a la penalización de la conducta por el solo hecho de la omisión, apoyándose en la idea de que la falta de información del sujeto frente a su deber de informar, podría ser interpretado como afirmación de que el sujeto no tenía nada que comunicar (*coincide engaño con incumplimiento de deberes formales y con omisión*); de otro, la que distingue claramente entre la omisión de la presentación de las declaraciones tributarias y el delito de defraudación tributaria, siendo necesario para dar lugar a la existencia de éste, la constatación del engaño a la Hacienda.

c) Las tesis de la relevancia típica de la omisión del deber de presentación de declaraciones tributarias, que parten de la consideración de que el término «defraudar» utilizado en el tipo se utiliza en sentido amplio, y con él se hace referencia a todo proceso por el que se causa a otro un perjuicio patrimonial mediante una conducta contraria a la rectitud, que no necesita necesariamente ser un engaño.

Una vez fijadas las líneas doctrinales, el profesor Mestre Delgado acude a un cuidadoso estudio jurisprudencial, en todas sus instancias (Tribunal Supremo, Audiencias y Juzgados de lo Penal), analizando tanto las sentencias que han sido favorables a la admisión de la omisión de las declaraciones tributarias como conducta idónea constitutiva de un delito fiscal en base al engaño suficiente que conllevan (véase, v. gr., las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985 y 2 de marzo de 1988), como las detractoras de tal admisión (v. gr., sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo y de 12 de mayo de 1986).

Con el análisis jurisprudencial, el autor acaba de perfilar su puesta en escena, de modo tal que, ha puesto a disposición del lector una información bastante y adecuadamente imparcial para entrar a conocer de la que va a ser su posición teórica. Posición que a grandes rasgos viene a significar que la simple omisión del deber de declarar no integrará el núcleo del injusto típico del art. 349 C.P., al no entender el defraudar como sinónimo de incumplir un deber de colaboración impuesto en las normas tributarias, y ni siquiera de causar un perjuicio económi-

co, sino como imposibilitar que la Administración tributaria conozca la existencia de un hecho imponible. Ello implica la necesidad de acreditar *ex ante*, para imputar a una conducta omisiva la causación del resultado típico, que la actuación era necesaria para la evitación del resultado lesivo. De ese modo, si el deber de declaración que se omite es una de las vías por las que la Administración de Hacienda puede llegar a tener conocimiento de la realización de un hecho imponible, pero no la única, esa omisión no será idónea para lesionar el bien jurídico, y por ello, la sanción administrativa, y no la penal, será la única procedente. En cambio, la omisión de ese deber será delictiva, como defraudación en comisión por omisión, cuando la declaración del contribuyente sea la única vía por la que la Administración puede llegar a tener conocimiento de la realización de un hecho imponible.

La justificación de su postura la va a realizar a lo largo de la SEGUNDA PARTE, con argumentos que parecen especialmente relevantes. Parte el profesor Mestre Delgado, en este sentido, de la disyuntiva nacida sobre si el delito de defraudación tributaria constituye una sanción penal al incumplimiento de los deberes de colaboración con la Administración de Hacienda. Así, y en congruencia con su negativa a considerar el derecho penal como medio represivo de ese tipo de conductas, va a esgrimir tres argumentos basados en la naturaleza y finalidad del mismo:

a) Por un lado, que nuestra Constitución no permite atribuir al derecho penal una función promocional, en cuya virtud éste pretenda transformar la negativa a la colaboración tributaria. Además, la limitación que aquélla impone al ejercicio del *ius puniendi* y al uso del derecho penal, cuya intervención sólo se producirá frente a la insuficiencia de todos los restantes instrumentos de tutela disponible y cuando el presupuesto de la misma sea de gravedad suficiente para justificar la privación o restricción de derechos.

Fundamenta su idea en que la tutela penal es para los valores «constitucionalmente relevantes» y plantea lo peligroso de recurrir a ésa para la represión de conductas que no amenazan o lesionan elementos esenciales del orden constitucional, o bien, los lesionan, pero siendo éstos de pequeña entidad.

Aunque destaca la entidad e importancia del deber recogido en el artículo 31 de la Constitución (4), distingue dentro del ordenamiento tributario entre obligaciones principales, necesarias para la consecución del interés tutelado, y obligaciones secundarias (administrativas o de gestión), cuyo incumplimiento no frustra el logro de los objetivos constitucionales. Llama la atención sobre el posible incumplimiento por el orden penal del principio de proporcionalidad si se sancionase de forma pareja el incumplimiento de unas y otras obligaciones. De este modo, evidencia, en relación con tal principio, la necesidad de reservar la sanción penal para aquellos incumplimientos del deber de declarar que impidan a la Administración tributaria conocer de la existencia de un hecho imponible. Para aquellos otros incumplimientos que sólo obliguen a la Administración a una actuación

---

(4) El artículo 31.1 de la Constitución establece: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.»

encaminada a la determinación de la deuda tributaria, será suficiente la sanción administrativa.

b) Por otro lado, sostiene que el derecho penal, como última *ratio*, no puede sancionar conductas frente a las que el ordenamiento reacciona de manera eficaz mediante técnicas menos lesivas de los derechos individuales. Y ello por la subsidiariedad del derecho penal y el recurso a la «intervención mínima», en cuya virtud sólo se puede acudir a la respuesta penal en los casos en que la sociedad, frente a una determinada agresión, no pudiera quedar suficientemente protegida mediante técnicas menos lesivas (p. ej., derecho administrativo sancionador), pero suficientes para recriminar tales conductas, por lo que no todas las omisiones del deber de declaración constituyen delito, al quedar gran parte de ellas sancionadas dentro del ámbito administrativo. Defiende la atipicidad de los delitos contra la Hacienda Pública, salvo aquellos que, además de infringir obligaciones formales (no presentación de la declaración), provocan una ineffectividad del deber de contribuir equitativamente al sostenimiento de los gastos públicos.

c) En último lugar afirma que la protección penal de los intereses tributarios del Estado no justifican en modo alguno que puedan llegar a imponerse sanciones privativas de libertad a quienes se conviertan en deudores de la Hacienda Pública, puesto que si la conducta típica queda integrada con la mera elusión del pago de los tributos o de presentación de la declaración tributaria, ello supondría presumir la lesión del bien jurídico sin acreditar expresamente la efectividad de tal lesión, y además supondría atribuir a la reacción penal una función coactiva para el cobro de unas deudas y, consecuentemente, a restaurar la extinta y vituperada institución de la prisión por deudas.

Para finalizar, en la TERCERA PARTE aborda temas, que aunque a simple vista pueden parecer de una importancia menor, no así ocurre al realizar su estudio, pues tratan cuestiones de carácter vital para el enjuiciamiento del problema. Así, nos habla de la irrelevancia penal de los comportamientos de obstrucción de la Administración de Hacienda. De este modo, y siempre en referencia a su idea de la atipicidad, establece que la punibilidad del delito de defraudación tributaria no puede construirse sobre la base de presumir la intención defraudatoria por el hecho de la omisión en la presentación de la declaración tributaria, en virtud del rechazo sentado por nuestro Tribunal Constitucional a las presunciones en materia penal al ser contrarias al principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 CE.

Además, entiende que las declaraciones tributarias complementarias (presentadas o exigidas) constituyen un acto de autoinculpación, al poder preconstituir la prueba en un posterior proceso administrativo o penal, y predica el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable cuando se solicita a un contribuyente declaración sobre hechos que puedan perjudicarle. Consecuencia directa de ello es el no poder pretenderse trasladar la carga de la prueba de su inocencia, al no poder prevalecer el deber de informar a Hacienda frente al derecho constitucional al silencio, resolviéndose, en su caso, la colisión en favor de éste.

Hay que felicitarse de la publicación de esta nueva obra, muestra de la dificultad de llegar a una solución unificada sobre tema tan discutido como el presente, que no viene sino a poner de relieve la descoordinación —como ya citó el autor en su libro—, entre los poderes ejecutivo y legislativo y, en cierto modo, entre unas

conductas duramente sancionadas penalmente y su reprobación por una sociedad que, lejos de reprocharlas, en cierto modo las tolera.

También poner de relieve el cuidadoso estudio y objetivo análisis realizado en su libro del estado actual de la cuestión, prólogo adecuado a una teoría de obligada consulta para todo interesado en la materia.

Para finalizar, hay que destacar el rigor investigador que demuestra el autor a lo largo de su obra, así como la profundidad y calidad de los argumentos en que se apoya, que no hacen sino poner, una vez más, en tela de juicio la actual regulación del delito fiscal. Abogamos, pues, por una pronta regulación adecuada del tema, en pro de poner coto a tan abiertas discusiones doctrinales. No queda, pues, sino felicitar al autor por esta otra obra más de su buen quehacer científico.

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

C.E.U. «Luis Vives»

**REINHARDT, Martin: «Der Strafrechtliche Schutz vor den Gefahren Der Kernenergie», en *Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht*, Bd 78 Carl Heymanns Verlag Kg, Göttingen 1989, 459 pp.**

Constituye este trabajo de Martin Reinhardt, el más completo estudio de la protección jurídico penal frente a los peligros de la energía nuclear y las consecuencias lesivas de Radiaciones Ionizantes.

Destaca el autor la incorrección que en cierta medida supone la confusión en el seno del Derecho atómico o nuclear, de las normas dirigidas propiamente a la liberación de energía nuclear de aquellas que protegen frente a radiaciones ionizantes, propugnado, por clarificadora, si no la absoluta segregación (por las interrelaciones claras que surgen de su origen, pp. 14 y 15), sí el estudio y contemplación diferenciados de los mismos, en cuanto que, dada la desigualdad de los peligros originados, la reacción jurídica (y la reacción jurídico-penal en especial) deben ser así mismo desiguales.

A la determinación de en qué consisten esas diferencias, dedica el apartado IV del Capítulo I, bajo el título «La utilización de la Energía nuclear y su peligro».

Conviene destacar que Reinhardt se coloca a la cabeza de los defensores de la autonomía de una rama diferenciada del Derecho, bajo la denominación de Derecho de la energía atómica (o nuclear) y de las radiaciones ionizantes, dentro del cual se incluiría el designado como Derecho Penal Atómico, cuya aplicación, sin embargo, desde el punto de vista de la estadística criminal ha sido exageradamente escaso. El autor no se limita a esta constatación, sino que, yendo más allá, profundiza en la búsqueda de las razones de esta inhibición, que identifica en las dificultades que pueden encontrar los potenciales autores para la utilización de estos medios comisivos, unido a la especialización profesional requerida para su utilización «que limita de antemano la comisión del delito», y al fuerte control preventivo realizado mediante autorizaciones y la actividad inspectora de la administración.

En el capítulo segundo hace un repaso histórico de la regulación legal de la materia en el ámbito de la República Federal de Alemania, destacando cómo, ya desde el primer proyecto histórico, el legislador se plantea la necesidad de la regulación penal de estas conductas.

Una vez fundamentada la necesidad de la regulación jurídico-penal de las conductas referidas a la utilización pacífica de la energía nuclear y radiaciones ionizantes, el tercer capítulo procede a hacer un detallado estudio de la legislación vigente, con carácter sectorial, donde trata básicamente tres puntos: posición sistemática y problemas que plantea la necesaria (para este autor) accesoria administrativa del derecho penal de la energía nuclear y radiaciones ionizantes, bienes jurídicos protegidos y estructura típica de los delitos derivados de la utilización de la energía nuclear y radiaciones ionizantes.

Entre las soluciones más novedosas aportadas a la doctrina alemana por Reinhardt en este trabajo, cabe destacar el intento de fundamentación (con las dificultades que conlleva la definición de lo evidente) de una doble vía de protección de los tipos penales que nos ocupan. Doble vía de protección que se manifiesta en la afirmación de la coexistencia en los tipos penales de la energía nuclear y radiaciones ionizantes del Título 28 del Código Penal Alemán, de un doble bien jurídico, en el que concurren (a distintos niveles de protección) bienes jurídicos de carácter individual (vida, salud o propiedad de las personas), junto con otros de carácter colectivo (medio ambiente) a los que, además, hay que añadir los propios del Art. 1.3 y 1.4 de la Ley atómica Alemana (Atomgesetz), es decir, la seguridad interior y exterior del estado.

Realmente, la doctrina ya se había planteado la posibilidad de la protección de la seguridad en estos tipos penales (Cramer), pero lo había hecho de forma indirecta y sin llegar a su consideración como bien jurídico. Era algo así como la idea subyacente en el tipo. Pero es ahora cuando Reinhardt aborda abiertamente el tema. Sin embargo, en mi opinión, no lleva hasta sus últimas consecuencias esta nueva vía de investigación, pues sería necesario proceder a la determinación de este bien jurídico «seguridad» (exterior e interior), delimitándolo y distinguiéndolo del bien jurídico medio ambiente, concretando en qué forma se relacionan con él otros bienes jurídicos individuales como la vida, la salud y los bienes de las personas y, sobre todo, marcando las líneas que lo diferencian de otros también supraindividuales, como pueden ser seguridad pública, o el orden público. Se podría igualmente haber abordado la construcción dogmática de un nuevo bien jurídico que junto a la protección de la seguridad referida a bienes individuales, pueda abarcar la protección de los elementos naturales o medioambientales.

En cuanto a la estructura típica de los delitos de energía nuclear y radiaciones ionizantes, comienza por el análisis de los delitos de peligro abstracto (parágrafo 326, párrafos 1.2 y 2; parágrafo 327 párrafo 1 y parágrafo 328) justificando su existencia en la facilidad que aportan a la prueba de la relación causal y del resultado y para asegurar el cumplimiento de las prescripciones administrativas de control. *«Así constituyen delitos de peligro abstracto en el sentido de delitos de control.» «El sentido de los tipos de Derecho Penal nuclear, como delitos de peligro abstracto —añade— es penalizar comportamientos que se pueden ver como generalmente peligrosos, para proteger de los delitos de la energía nuclear consecuencias dañinas de las radiaciones ionizantes al hombre y medio ambiente.»*

Junto a estos, siguiendo la terminología utilizada por Cramer, distingue Reinhardt el delito de peligro abstracto-concreto (potencial) del parágrafo 311 *d*), con un estudio de todos los problemas que plantea la determinación de la idoneidad lesiva y del concepto de las denominadas dosis peligrosas y pequeñas dosis, «*con las cuales, no se puede hablar de peligro, sino de riesgo de que pueda haber una lesión en sentido médico (sospecha de peligro)*».

En la determinación de la idoneidad lesiva inciden, según Reinhardt, multitud de factores, tales como sensibilidad a radiaciones de las células expuestas, forma de exposición etc., factores singulares todos ellos, que pueden afectar a la lesividad de la dosis, lo cual puede conducir a la exclusión de la peligrosidad en el caso concreto.

Este estudio de la estructura típica de los delitos de la energía nuclear y radiaciones ionizantes contenidas en los Títulos —parágrafos 310 *b*, 311 *a* y 330 párrafo 1, frase, números 1, 2 y 4—, ofreciendo a continuación un intento de nueva sistematización y reconocimiento que «*si bien sería deseable una reglamentación autónoma de este grupo de delitos, estas alternativas radicales, no son posibles habida cuenta de las dificultades técnico-legales indicadas. Probablemente, solo se podrían solucionar dentro de una reforma total de la parte especial*».

Finalmente, en un extenso capítulo cuarto, aborda los más importantes problemas que se plantea la doctrina, aportando soluciones de *lege ferenda*, a cuestiones tales como la problemática de la introducción de valores-límite en el Derecho Penal, el estudio de posibles sujetos activos, caso de terroristas políticos de extrema izquierda o extrema derecha, terroristas del tercer mundo, y terroristas ecológicos, etc.

La dificultad del resumen obliga a dejar en el tintero aspectos importantes de la obra de Reinhardt, cuyo comentario no solo excedería de la función de una reseña bibliográfica, sino que podría alargarla excesivamente. Como conclusión, es necesario poner de manifiesto, tanto por las razones alegadas aquí, como por otras muchas que no han podido ser contempladas, como este trabajo constituye una guía indispensable para hacer un recorrido por los problemas más acuciantes que sobre el tema del medio ambiente y de la energía nuclear y radiaciones ionizantes, tiene plantados la doctrina alemana, además de ser el de mayor envergadura entre los de sus características, y contener una extensa y actual recopilación bibliográfica.

PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO

Profesora Asociada de Derecho Penal

Universidad de Cádiz





# NOTICIARIO

## **NUEVO CATEDRATICO DE DERECHO PENAL**

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho Penal D. Hernán Hormazábal Malaree, en la Universidad Autónoma de Barcelona (Estudi General de Gerona).

## FASCICULO II

### SECCION DOCTRINAL

Págs.

|   |     |
|---|-----|
| <i>De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann</i> , por el Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde .....  | 329 |
| <i>Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico penal</i> , por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre ..... | 339 |
| <i>Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la sentencia del TS sobre el «caso Barreiro»)</i> , por Carlos Martínez Pérez .....        | 363 |
| <i>Sobre la presencia de la «actio libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal</i> , por Ignacio Muñagorri Laguía .....  | 413 |
| <i>Enajenación mental y medidas aplicables a su tratamiento</i> , por Avelina Alonso de Escamilla .....   | 461 |

### CRONICAS EXTRANJERAS

|   |     |
|---|-----|
| <i>Representación del autor e imputación objetiva</i> , por Günther Jakobs .... | 493 |
| <i>El nuevo Código Penal Peruano</i> , por Laura Zúñiga Rodríguez .....         | 515 |

### CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

|   |     |
|---|-----|
| <i>Expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse .....</i>   | 525 |
| <i>Alcance de la prohibición contenida en el art. 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido al procedimiento abreviado, de imponer penas que excedan de la más grave de la pedida por las acusaciones ..</i> | 529 |
| <i>Libertad condicional: Sobre si el requisito de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena es aplicable a los penados afectados de enfermedad grave .....</i>   | 537 |
| <i>Incendios forestales .....</i>   | 549 |
| <i>Sobre menores ingresados en los Centros Penitenciarios de mujeres con sus madres presas .....</i>  | 555 |

### SECCION DE JURISPRUDENCIA

|  |     |
|--|-----|
| <i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig. Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios? (A propósito de algunas sentencias de las salas 2.ª, 3.ª y 4.ª del TS)</i> , por Jesús María Silva Sánchez ..... | 561 |
| <i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....   | 581 |
| <i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....  | 625 |

### BIBLIOGRAFIA

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| <i>Revista de libros .....</i> | 677 |
|--------------------------------|-----|

### NOTICIARIO

|  |     |
|--|-----|
| <i>Nuevo catedrático del Derecho Penal .....</i> | 687 |
|--|-----|

## INDICE

|  | <i>Págs.</i> |
|--|--------------|
| <b>SECCION DOCTRINAL</b>   |              |
| <i>De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann</i> , por el Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde .....   | 329          |
| <i>Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico penal</i> , por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre .....  | 339          |
| <i>Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la sentencia del TS sobre el «caso Barreiros»)</i> , por Carlos Martínez Pérez .....  | 363          |
| <i>Sobre la presencia de la «actio libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal</i> , por Ignacio Muñagorri Laguna .....   | 413          |
| <i>Enajenación mental y medidas aplicables a su tratamiento</i> , por Avelina-Alonso de Escamilla .....  | 461          |
| <b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>  |              |
| <i>Representación del autor e imputación objetiva</i> , por Günther Jakobs ....  | 493          |
| <i>El nuevo Código Penal Peruano</i> , por Laura Zúñiga Rodríguez .....  | 515          |
| <b>CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO</b>   |              |
| <i>Expulsión de extranjeros; Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse</i> .....  | 525          |
| <i>Alcance de la prohibición contenida en el art. 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido al procedimiento abreviado, de imponer penas que excedan de la más grave de la pedida por las acusaciones</i> ..  | 529          |
| <i>Libertad condicional; Sobre si el requisito de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena es aplicable a los penados afectados de enfermedad grave</i> .....  | 537          |
| <i>Incendios forestales</i> .....  | 549          |
| <i>Sobre menores ingresados en los Centros Penitenciarios de mujeres con sus madres presas</i> .....   | 555          |
| <b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>   |              |
| <i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig, <i>Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Solo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?</i> (A propósito de algunas sentencias de las salas 2.ª, 3.ª y 4.ª del TS), por Jesús María Silva Sánchez ..... | 561          |
| <i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García .....   | 581          |
| <i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....  | 625          |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b>  |              |
| <i>Revista de libros</i> .....   | 677          |
| <b>NOTICIARIO</b>  |              |
| <i>Nuevo catedrático del Derecho Penal</i> .....   | 687          |

