

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLV
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMXCII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.*

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

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

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

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

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

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 XLV
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMXCII

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

I.S.B.N.: 84-7787-275-9 (Fascículo II)
I.S.B.N.: 84-7787-277-5 (Obra completa)
N.I.P.O.: 274-0
I.S.S.M.: 0210-3001
Depósito Legal: M-126-1958

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.
La Guitarra, 14. Getafe (Madrid)

IN MEMORIAM

Emilio González López, in memoriam

Por CARLOS MARTINEZ PEREZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de La Coruña

El 19 de diciembre de 1991 moría en un hospital de Nueva York, a los 88 años de edad, Emilio González López. Catedrático de Derecho penal en diversas Universidades españolas, diputado liberal y galleguista, político republicano y antifranquista, historiador, crítico literario, escritor y profesor de lengua, literatura e historia españolas en la Universidad de la ciudad de Nueva York, vivía exiliado en Norteamérica desde el año 1939.

Con él desaparece una figura intelectual de talla excepcional, pero sobre todo desaparece una persona admirable y un auténtico símbolo de la historia gallega y española del siglo XX.

Nació don Emilio en La Coruña en 1903, ciudad en la que realizó con brillantez sus estudios de bachillerato. Precisamente, merced a su destacado expediente escolar, pudo conseguir una beca de la Diputación provincial para estudiar la carrera de Derecho en la Universidad de Madrid.

Terminada su licenciatura con «Premio Extraordinario», optó por dedicarse a la Universidad y especializarse en Derecho penal. Orientación universitaria en la que, sin duda, influyó decisivamente el magisterio de don *Luis Jiménez de Asúa*. Quienes tuvieron el privilegio de formarse de la mano de *Jiménez de Asúa* en los años en los que él ocupó la Cátedra de Madrid se convirtieron después en los insignes maestros de la sucesivas generaciones de penalistas. Y ese era el papel que el joven González López estaba llamado a desempeñar en el futuro en la Universidad española.

En efecto, tras lograr una plaza de ayudante de clases prácticas en la Universidad de Madrid, obtiene, posteriormente, una beca para ampliar estudios en Munich. durante el curso académico 1927-28. Allí tuvo la

oportunidad de recibir las enseñanzas de uno de los grandes maestros de la ciencia del Derecho penal de la época, *Ernst von Beling*, cuya impronta se refleja en la elaboración de su tesis doctoral sobre «la antijuridicidad», que fue leída en 1929 en la Universidad de Madrid y que también alcanzó el «Premio extraordinario del Doctorado».

En 1931 (a los 28 años de edad) ganó por concurso-oposición la cátedra de Derecho penal de la Universidad de La Laguna y, posteriormente, hasta 1939 es nombrado catedrático de las Universidades de Salamanca, Oviedo, Valencia y Barcelona.

El confesado deseo de llegar a ser algún día catedrático de Derecho penal en la Universidad de Santiago de Compostela ya nunca podría verse cumplido, puesto que, si bien es cierto que la plaza quedó vacante a finales de 1936 (por fallecimiento de su titular, don Isaac Rovira Carreró), la guerra civil ya había estallado unos meses antes y el profesor González López empezó su «peregrinaje» por las mencionadas Universidades españolas. Un peregrinaje —obvio parece advertirlo— que discurre paralelo a la propia suerte de la II República en la batalla fratricida.

Comparto en pensamiento de que si hay algo que sea realmente susceptible de admiración en la condición humana, ello es una vida fiel a las ideas que se consideran justas. Y, en este sentido, Emilio González López fue siempre fiel a su «vocación», es decir, fiel —en palabras de *ORTEGA*— a su «programa individual de existencia». Al igual que en otros intelectuales españoles de su generación, en Emilio González López se evidencia nítidamente la fusión del «problema nacional» y el «problema personal». El veía su destino personal íntimamente vinculado a la República, en la cual había depositado su entusiasmo juvenil y las ilusiones de materializar sus firmes convicciones democráticas.

Y es que su identificación con la corriente democrático-republicana colmaba esas ilusiones y a su vez se acompañaba plenamente con otras nobles inquietudes que existían en la mente de Emilio González López. Inquietudes —como señala *RAMON PIÑEIRO*— por la justicia social y por la redención de Galicia, que había asimilado en sus años de estudiante y que le habían sido ya insufladas en su etapa de adolescencia coqueña a través del magisterio paterno y también del magisterio intelectual del entrañable profesor *Xohan Viqueira*.

Todos estos motivos lo animaron a presentarse a las elecciones generales a Cortes, en las que consiguió acta de diputado en las tres legislaturas de la República (primero con la Federación republicana gallega, después con la ORGA y, por último, con Izquierda republicana) y lo movieron asimismo a aceptar altos cargos en su gobierno (Director general de Administración local y beneficencia, Cónsul general en Ginebra y Secretario de la delegación española en la Liga de las Naciones). De esta manera, intentó Emilio González López contribuir a abrir en España un sendero hacia la democracia: con los dos célebres instrumentos

mentados por AZAÑA y que conformaban, en esencia, el móvil de la generación del 14, «razones y votos».

Sin embargo, aquellas ilusiones y aquellas inquietudes, pensando en el futuro de España y de Galicia, comenzaron a resquebrajarse un día del mes de julio de 1936. Pese a todo, Emilio González López se mantuvo en su puesto hasta el final: a diferencia de otros intelectuales a los que se bautizó como integrantes de la «tercera España», él permaneció en su patria y en ella defendió la causa republicana hasta la derrota militar. En 1939 abandonaba su país y emprendía el largo y penoso camino del exilio.

Ahora, todos aquellos años de esfuerzo para conseguir su cátedra de Derecho penal en la Universidad y toda su labor al servicio de unos ideales morían con la República. Su profesión y su vocación quedaban sepultadas con una nueva y fallida experiencia democrática en España. Sin más bagaje que su hombría de bien y sus restantes dotes personales, se dirigió a los Estados Unidos y en la ciudad de Nueva York se dispuso a empezar una nueva vida al calor de la hospitalidad con la que América acogió a los demócratas españoles.

Su trabajo había sido la enseñanza, pero su especialización en Derecho penal le impedía continuar su profesión en aquel lejano país. En el terreno de la docencia sus posibilidades de subsistencia únicamente podían hallarse en la enseñanza de la lengua, la literatura y la historia de España.

Y lo asombroso es que, gracias a su gran preparación cultural y a su extraordinaria capacidad de trabajo, Emilio González López fue capaz de dar, en su sentido más riguroso, una «segunda vida» (como la llamó *PEDRO SALINAS*) a la cultura española después de la guerra. Su total dedicación a la enseñanza de estas disciplinas fue tan destacada que, entre otros puestos de responsabilidad, llegó a ser director del Departamento de Lenguas romances en el «*Hunter College*» de la Universidad de la ciudad de Nueva York; y, con posterioridad, desde 1967 hasta su jubilación fue director del programa de doctorado en español del Centro graduado de aquella Universidad. En fin, esa misma dedicación, unida a su excepcional categoría intelectual, propició una intensa labor como conferenciante y profesor visitante en diferentes centros norteamericanos, que fue asimismo reconocida por la propia Universidad de Nueva York al otorgarle el grado de profesor emérito.

Con todo, su «segunda vida» estadounidense no se circunscribió solamente a la docencia. Más de una treintena de libros y un número difícilmente calculable de artículos, comunicaciones y ponencias son el fruto de una trayectoria investigadora fuera de lo común. Esencialmente, en el campo de la historia y la literatura, pero también en la esfera del pensamiento social.

En esa ingente tarea, que se prolongó hasta el mismo año de su muerte, sobresale su especial interés por Galicia. Y ello hasta tal punto

que creo que el profesor González López debe ser incluido, además, en la categoría que *JUAN MARICHAL* califica de «intelectualidad bilingüe»: una categoría integrada por aquellos intelectuales que entendieron que en la sublevación militar había un peligro para las nacionalidades históricas y que, por ello, pusieron especial empeño en contribuir al renacimiento cultural y político de sus respectivas patrias.

Por último, la figura del profesor González López no puede ser comprendida en su auténtica dimensión, si no se tiene en cuenta su filantrópica labor al frente de la «casa de Galicia» en Nueva York. Mientras duró, «a longa noite de pedra», allí, al otro lado del Atlántico, en una isla llamada Manhattan, a cinco mil kilómetros de su Coruña natal, siempre hubo una torre de Hércules presta a servir de guía a todos los gallegos que en la frágil embarcación del exilio o la emigración arribaban al puerto de su segunda vida. Un haz luminoso que, en cualquier caso, también estuvo a disposición de todo aquel navegante español que necesitaba utilizar el faro gallego de Manhattan para orientarse en el mar de brumas que rodeaba la costa norteamericana.

En síntesis, del mismo modo que un ilustre colega escribió en referencia al gran maestro Jiménez de Asúa, puedo también en esta ocasión decir yo de su discípulo Emilio González López que su intachable trayectoria representa un «modelo vital de honestidad». Gracias a personas de su talante, a «bos e xenerosos» como él, comenzó a germinar la semilla de la convivencia pacífica entre los españoles.

Es cierto que, mientras duró la dictadura, no quiso volver a España; sin embargo, restaurada la democracia, viajó a su patria en numerosas ocasiones. Y regresó sin amargura, sin resentimientos y sin frustraciones.

Quizá por ello en los últimos años de su vida su trayectoria haya sido unánimemente reconocida y admirada incluso por parte de aquellos que, olvidando o falseando la historia, y sin haber andado, precisamente, el mismo camino ancho y limpio que recorrió don Emilio, han utilizado su nombre y se han acogido a su perdón.

Entre otros galardones, Emilio González López fue investido Doctor «honoris causa» por la Universidad de La Coruña el 14 de junio de 1991; a propuesta conjunta de los dos departamentos (Derecho público y Derecho privado) que en aquel entonces existían en ella. Personalmente, en mi condición de catedrático de Derecho penal y de director del departamento de Derecho público, tuve el privilegio de ser su padrino académico en esa ceremonia.

Al realizar el elogio de su figura dije que la joven y modesta Universidad de La Coruña estaba obligada a rendir este homenaje a uno de los hijos más ilustres de nuestra ciudad y que la generación actual de penalistas de toda España estaba también en deuda con su catedrático más antiguo. La Universidad de La Coruña se honró con la presencia de tan eximio Doctor. Pero, para el corazón de todos los penalistas españoles,

don Emilio será siempre un *maestro* «honoris causa»; título con el que simbolizaremos ese magisterio que se vio definitivamente frustrado en plena juventud un día del año 1939, cuando la fidelidad a sus ideales y al Derechoegó su brillante carrera universitaria jurídica en España.

Del mismo modo que nuestro gran escritor *MANUEL RIVAS*, yo aborrezco, asimismo, las notas necrológicas; mas —por muy diversos motivos— el recuerdo de la figura de Emilio González López también me provoca un sentimiento demasiado profundo, que se acrecienta todavía más en el amargo momento personal de redactar estas líneas con el fallecimiento de un ser muy querido para mí, de trayectoria ejemplar y en algunos aspectos muy parecida a la de don Emilio. Un sentimiento que me anima a despedirme para siempre de ellos con el hermoso relato de un suceso que el propio Rivas escribió con motivo de la muerte de don Emilio y que ciertamente, a buen seguro, habría alegrado mucho a ambos:

Como pérola caída da frecha do tempo, o ano que foi deixounos a boa nova da chegada dun cisne a Cecebre. Cecebre, ese país mergullado das nosas Mariñas, o perdido bosque animado que Wenceslao salvou para a eternidade por medio da lenda, é hoxe un encoiro tocado polo milagre do cisne que sobrevoou o mar céltico. A súa presenza, ese insólito escorzo que invoca o elegante ziguzague da barca —como de drakkar escandinavo— na que viaxan as almas nobres, levou a miles de persoas á beira da presa.

Que as mellores lembranzas e os soños de futuro se apousen, tal o cisne. na vosa memoria.

SECCION DOCTRINAL

Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario)

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Murcia

SUMARIO: Una franciscana censura.—I. Precisiones terminológicas no siempre inocentes.—II. La marginación.—III. Los crímenes de los poderosos.—IV. ¿Justicia penal internacional?—V. El narcotráfico latinoamericano.

UNA FRANCISCANA CENSURA

Antes de añadir una sola palabra debo afirmar mi convencimiento de que, al respecto, Francisco de Asís es rigurosamente inocente. En cualquier caso, no habría lugar para el asombro y la irritación si lo que me propongo relatar a continuación hubiese sucedido en 1492.

A punto de finalizar el curso académico 1990-91 recibí en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Murcia, la visita del Sr. Martínez Fresneda, director del Instituto Teológico Franciscano de aquella ciudad. Me explicó que preparaba una obra colectiva que habría de aparecer en 1992, año del V Centenario, bajo el título *América. Variaciones de futuro*, en la que iban a participar destacados juristas, historiadores y teólogos de diversos países. Solicitaba mi aportación como catedrático de Derecho Penal.

En un primer momento rechacé su invitación alegando ineludibles compromisos inmediatos y, sobre todo, fundadas dudas sobre la oportunidad de mi participación en una empresa que —por la condición de los patrocinadores— difícilmente podía encajar con mi trayectoria vital y profesional. Con cierta habilidad dialéctica —todo hay que decirlo— subrayó que, precisamente, por mi ideología y forma de acercarme a

los problemas de la marginación y de la justicia en general se había pensado en mí. Vagamente, aludió a ciertas referencias que tenía sobre mi obra y mi trabajo como profesor en la Facultad de Derecho. En cualquier caso —afirmó— me invitaba a participar en una empresa intelectual de talante progresista y abierta a todas las opciones personales. Insistí en que alguna de mis opiniones podía resultar «heterodoxa» en una obra de aquellas características. Disipó mis dudas insistiendo en que la censura era impensable y en que él se identificaba con sectores cristianos que poco o nada tenían que ver con la intransigencia de otros tiempos.

Terminé aceptando y, después de anunciarle las líneas generales de lo que pensaba escribir, escuché las habituales fórmulas de cortesía con las que agradeció unas páginas que —según él— iban a enriquecer notablemente la futura publicación.

Como siempre que asumo un compromiso, cumplí escrupulosamente también con éste y antes de finalizar el año de 1991 el Sr. Martínez Fresneda tenía en sus manos el original titulado *Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario)*. Me agradeció su envío en el plazo fijado, alabó su contenido y —ante mi curiosidad— rechazó cualquier objeción al mismo. También, se ofreció a corregir personalmente las pruebas de mi artículo; con alivio, acepté su amabilidad ya que me encontraba agobiado por la redacción de un libro sobre la objeción de conciencia al servicio militar, aparecido poco después.

En la primavera de 1992 recibí un ejemplar de *América. Variaciones de futuro* (Instituto Teológico-Universidad de Murcia, 1992) en cuyas páginas 45 y siguientes figuraba mi artículo. Además, el Sr. Martínez Fresneda me invitó, no sólo al acto de presentación oficial de la obra, sino también a participar en un programa radiofónico a celebrar por aquellas fechas. Como es habitual, alegué mi franciscana modestia y rechacé tan deferentes ofrecimientos, que hacen muy felices a la mayoría de mis colegas.

Algunos días más tarde reparé en que mi artículo había sufrido algunas mutilaciones. Algún párrafo se había *evaporado*. Se omitía todo un punto y seguido, lo que parecía descartar una omisión involuntaria.

Concretamente, los censores habían suprimido lo siguiente: «En Latinoamérica me es más fácil imaginar a un Jesucristo guerrillero, con una intimidante metralleta en la mano, que integrado como socio de número en el Opus Dei».

Salvo que se trate del primer milagro de un beato primerizo, alguien se había atrevido —en una obra tan «progresista»— a cercenar mi trabajo. Acepto, por supuesto, que mis palabras pueden ser más o menos oportunas, más o menos acertadas, más o menos inteligentes; pero son las mías. Y sólo yo soy responsable de ellas. En cualquier caso, y si mi

aportación no les parecía razonable, bien pudieron haberme devuelto — íntegro— el original.

Debo reconocer, sin embargo, que algo hemos mejorado desde 1492. Entonces, sujetos del pelaje intelectual de mis censores cortaban cabezas; hoy, sólo se ensañan con los folios heterodoxos.

Naturalmente, fui a ver al Sr. Martínez Fresneda autor personalmente del desaguisado. En un primer momento se mostró moderadamente amnésico. Insistí en mis protestas y pareció recobrar la memoria. Sí recordaba el párrafo. No acepté sus explicaciones y —con cierta crudeza— expuse mi punto de vista sobre la obra recién parida, el Instituto de su digna dirección y, también, sobre su conducta. No fue una entrevista demasiado larga.

Como intelectual, como profesor universitario y, sobre todo, como hombre libre agradezco muy especialmente a Enrique Gimbernat, director del *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, la sensibilidad demostrada ante los hechos relatados y la amable acogida que dispensa en estas páginas a una obra que ofrezco, sin mutilaciones, al imparcial lector.

*«Hay que hacer de América Latina
un Continente-Pueblo».*

SALVADOR ALLENDE

I. PRECISIONES TERMINOLOGICAS NO SIEMPRE INOCENTES

No soy de los que creen que el hecho de haber alcanzado el quinto centenario del comienzo de un genocidio impiadoso merezca una celebración como la que ahora se aborda en algunos países europeos.

Países que, puestos a reivindicar dudosos protagonismos, se disputan —desde hace años— la paternidad de Cristóbal Colón, el Almirante de la Mar Océana. A muy sofisticados planteamientos, incluso toponímicos, se acude para atribuirle la condición de genovés o de gallego, del primer «gallego» en un continente en que lo son todos los españoles.

Hispanoamérica o Iberoamérica. No se trata, simplemente, de una querella terminológica. En cualquier caso, en la raíz histórica que originó estos pueblos del continente nuevo lo ibérico estaba ya soterrado en la prehistoria y lo hispánico abarcaba también a Portugal. Sin embargo, los españoles de mi generación nos sentimos incómodos ante el «hispanoamericanismo», habida cuenta la utilización que del término se hizo por el fascismo en nuestro país. Por el Imperio hacia Dios. Quizá por

ello, la etiqueta iberoamericana, por su neutralidad, nos parece menos rechazable, ya que alude al ámbito geográfico de que partieron los primeros europeos presentes en aquellas tierras.

Empero, el vocablo Latinoamérica es el más utilizado en la América central y en la del sur. Tampoco es un término neutral, por lo menos en sus orígenes. Nació en Francia y supone —entre otras cosas— una voluntad de reemplazar a la cultura española por la gala y de subrayar el prestigio de la Revolución Francesa, que tanto influyó en la emancipación de estos pueblos. Además, alude al peso de la ingente inmigración italiana que en países como Argentina, por ejemplo, no puede ser obviada. Es una impronta cultural tan perceptible como la simplemente idiomática.

Como en tantos otros aspectos de la atormentada existencia de aquel continente, una variante de la nueva etiqueta ha sido consagrada por el arrogante vecino del norte. Responde a la simplificación anglosajona de oponer a lo «latino» lo «americano» —sin más—, como ellos se autodenominan. Quizá no constituya un exceso de suspicacia entender que, así, se trata de desarraigar toda influencia española —posible factor de cohesión— y de reducir a estos pueblos a la triste condición de presas fáciles para el imperialismo yanqui. América (toda) para los americanos (del norte).

El fracaso del sueño de Bolívar hizo imposible el equilibrio. El general tuvo que reconocer que había arado en agua. El único beneficiario ha sido el coloso norteamericano. La historia no puede repetirse y, por ello, hoy no sería posible una confederación del centro y del sur. Estos pueblos han vivido separados —cuando no enfrentados— por más de siglo y medio, lo que ha contribuido a subrayar las diferencias nacionales. También en este aspecto el intervencionismo norteamericano ha sido determinante. A las euforias independentistas ha sustituido hay la evidencia de que se han limitado a cambiar de amo. La historia no tiene prisa, pero en determinados ámbitos geográficos se muestra excesivamente indolente.

La difícil historia de una tierra inmensamente rica en sus posibilidades no es fruto de la casualidad. Son muchos y muy poderosos los intereses que convergen en aquellos pueblos secularmente maltratados. La única forma posible de resolver la contradicción entre cada país y del conjunto de América con el imperialismo norteamericano es la unidad. Y eso lo han entendido muy bien los verdugos, empeñados una y otra vez en impedir la fructificación de una América Latina como proyecto de liberación de la miseria.

Como es sabido, durante la época colonial en la metrópoli se denominaban Indias a las tierras «descubiertas» por Colón. Más tarde se acuñaron los términos Nuevo Mundo, Las Españas o Ultramar. En la conmemoración del cuarto centenario, todavía aludía el gobierno español a «las provincias ultramarinas». Hemos llegado al quinto y la polémica si-

gue abierta. No puede extrañar, en suma, que haya llegado a hablarse de *los cien nombres de América* (1).

En la España de hoy —formalmente democrática— han proliferado otros términos menos académicos y, también, menos respetuosos. Sobre todo los nostálgicos del Imperio y de la retórica de la Madre Patria utilizan como dardos las expresiones «repúblicas bananeras» o «sudacas». Con ello no se alude exclusivamente a la evidencia de que con el exilio de los años setenta llegaron a España no sólo refugiados políticos, sino también aventureros y no pocos delincuentes que hicieron turbia coartada de una inexistente persecución política; late en aquéllos términos un atavismo social que procede de la estructuración en castas, propia de la época colonial.

Tales planteamientos y la evidente escalada racista en todo el continente europeo han contribuido a crear estereotipos que el ciudadano medio asume sin reflexión, quizá aliviado por la constatación de que el infierno son siempre los otros. Así, por ejemplo, se convierte a todo colombiano en un ciudadano digno de toda sospecha, por su presumible vinculación con el narcotráfico.

Justo es reconocer, por otro lado, que los epítetos irrespetuosos también se utilizaron allí contra los españoles: «gachupines», «gallegos» (con un sentido implícito de brutos) o «coños», en Chile, por lo mucho que los colonizadores —primero— y los emigrantes —después— insistían en la interjección.

En cualquier caso, la España de finales del siglo XX no se caracteriza —una vez más— por la generosidad para con sus víctimas históricas, cuando nuestra responsabilidad difícilmente encuentra parangón en el ámbito regional europeo. Nuestro talante al respecto se parece muy poco al ofrecido por muchos de los países del otro lado del Atlántico ante la llegada masiva de los perdedores de la mal llamada Guerra Civil española. Otra deuda sin saldar de las muchas que tenemos para con ellos. Como catedrático de Derecho penal no puedo olvidar la entrañable acogida que en aquel continente se dispensó al más ilustre, y más digno, de los penalistas españoles de todos los tiempos. Me refiero, por supuesto, a Don Luis Jiménez de Asúa (2). Su magisterio americano se extendió prácticamente hasta el día de su muerte, en Buenos Aires el 16 de noviembre de 1970. Naturalmente, los ejemplos pueden multiplicarse hasta el punto de provocar reflexiones que, sin embargo, parecen ausentes en un momento en el que se ha apostado decididamente por el folclore.

(1) Vid. M. ROJAS MIX, *Los cien nombres de América*, Editorial Lumen, Barcelona, 1991.

(2) Sobre su ejemplar trayectoria vital y profesional, vid. La obra colectiva *Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, número monográfico 11 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1986.

II. LA MARGINACION

Trataré de no cometer a ingenuidad de abordar ciertas simplificaciones, tan frecuentes desde la perspectiva europea. Conocida es la anécdota protagonizada por el emigrante pontevedrés camarero en el Centro Gallego de Buenos Aires que, de vacaciones en su ciudad natal, recibe de un vecino el ruego de que visite a unos parientes que trabajan en Acapulco, Bogotá o Río de Janeiro «que también está por allí».

Al sur de Río Grande no todo funciona igual, aunque existen trágicas coincidencias que se repiten, prácticamente sin excepción, de país a país.

La marginación de muy amplios sectores sociales es la consecuencia lógica de unas estructuras sociales que no son exclusivas de aquellos países, pero que en los mismos encuentran una dramática evidencia. Los intereses de las oligarquías locales, depositarias de la inmoderada codicia de los colonizadores y —en no pocas ocasiones— sostenidas por el imperialismo yanqui, generan condiciones infrahumanas de vida para unos súbditos a los que la historia regatea la condición de ciudadanos. Estoy seguro de que en esta afirmación muchos habitantes de aquella geografía reconocerán a su propio país. La insultante opulencia de unos pocos sólo puede construirse sobre la miseria de muchos. En no pocos lugares lo único bien organizado es la injusticia.

En efecto, la marginación es una condición social impuesta como consecuencia de la injusticia de una estructura socioeconómica y política. Es el resultado de un sistema cuya finalidad esencial es asegurar la posición privilegiada de determinados grupos dominantes que mantienen a un sector o sectores de la población de aquellos países del nuevo continente en condiciones de salud, alimentación, educación, asistencia social, seguridad, justicia o recreo, en pugna con los más elementales derechos humanos. Nos encontramos, en definitiva, ante la consecuencia de un orden social patológico (3).

Por ello, y al participar tan sólo de forma precaria en los procesos de producción, los marginados se ven privados de obtener los bienes materiales y culturales que ofrece la sociedad de finales del siglo XX. Asimismo, y por hallarse ausentes de los centros de decisión, no intervienen en la determinación de las reglas que rigen los compartimientos sociales. Aunque aparezca solemnemente proclamado en los Textos constitucionales de aquel área geográfica, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley en contadas ocasiones representa algo más que una fórmula retórica.

(3) Vid. G. LANDROVE DÍAZ, *Marginación y delincuencia patrimonial*, en *Estudios penales y criminológicos*, VIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, páginas 259 y s.s. y bibliografía allí citada.

Además, los integrantes de estos grupos marginados se ven presionados por su propia marginación, que les veda el acceso a medios legítimos, a utilizar los ilegítimos en empresas de las que —en ocasiones— depende su supervivencia. Y una vez cometido el hecho delictivo, al contrario de lo que ocurre con los miembros de otros grupos sociales, los marginados muy difícilmente logran evadirse de la acción de la justicia. La desigualdad resulta dramáticamente evidente.

Es cierto que determinadas formas de criminalidad proceden de áreas marginadas, pero no todas ni tampoco las más graves. Un sector cuantitativa y cualitativamente importante de la delincuencia tiene por protagonistas a individuos pertenecientes a grupos socioeconómicos privilegiados, que nada tienen de marginales. Incluso, bien pudiera añadirse que las formas más serias de criminalidad, como son las de tipo económico, la corrupción, la malversación, la contaminación, la violación criminal de los derechos humanos, la denegación de justicia y otras muchas, se encuentran por lo común fuera de las áreas marginales y en manos de las clases sociales privilegiadas por la injusticia.

Paradójicamente, los miembros de estas «clases superiores», generadores de las modalidades delictivas más nocivas socialmente, son en demasiadas ocasiones inmunes a la persecución criminal, que soslayan arbitrando una variada gama de medios, incluida la corrupción. Y no me refiero tan sólo a conductas reducibles a la simple «mordida».

Por todo ello, las estadísticas criminales no pueden ser esgrimidas en contra de lo dicho, habida cuenta que son expresión de unas estructuras socioeconómicas y políticas injustas y del funcionamiento de un sistema penal utilizado como fiel servidor de dicha injusticia.

En cualquier caso, a través del Derecho penal no se pueden resolver de forma satisfactoria graves problemas sociales y económicos que tienen sus orígenes fuera del propio ordenamiento punitivo; en su solución hay que abordar otros planteamientos de más ambicioso alcance y utilizar otros medios de muy superior eficacia.

Ciertamente, hay que proteger a la sociedad de las acciones eventualmente lesivas de las personas marginadas; pero la reacción punitiva sólo se legitimará cuanto sea absolutamente necesaria para la convivencia y siempre que desde las instancias políticas exista un serio empeño en alcanzar profundas transformaciones sociales que erradiquen la discriminación económica, educativa y laboral que sufren amplios sectores de población en los países de referencia. Ignorar tal planteamiento supone atribuir a la función judicial una misión de suplencia regresiva, es decir, de ejercicio de la coacción penal en sustitución de lo que no se hace en otras instancias del sistema, a las que incumbe la prevención delictual.

Esgrimir la represión para sancionar todo aquello que el sistema no es capaz de resolver por cauces democráticos y de justicia es una de las notas características de los regímenes autoritarios, que en el continente

americano aparecen —en no pocas ocasiones— enmascarados con una apariencia políticamente diferente.

Por todo ello, los poderosos han destruído sistemáticamente cualquier intento emancipador contra las estructuras de poder que, al limitar el desarrollo de los pueblos, generan marginación. Conocido por todos es el siniestro final del proyecto de Salvador Allende de una América latina como Pueblo-Continente, empequeñecedor de las fronteras para fortalecer la unidad y la idea combatiente de sus ciudadanos. El planteamiento, por supuesto, no era radicalmente nuevo. Ya César Augusto Sandino —otra víctima— había subrayado la amenaza que para la patria latinoamericana suponía el imperialismo de los Estados Unidos, empeñado en la división entre unos pueblos que, así, resultarían más dóciles a la moderna colonización.

Con frecuencia mencionaba Allende que conservaba un ejemplar de *Guerra de guerrillas* dedicado por el Che: «A Salvador Allende que por otros medios busca lo mismo». Y esa búsqueda terminó de forma muy semejante para ambos. Suponían un grave riesgo que había que erradicar a cualquier precio. Y el de los sicarios nunca es demasiado elevado.

Otros intentos posteriores no han tenido mejor fortuna. Ya en 1989, la matanza de jesuítas en San Salvador, en la sede de la UCA (Universidad Centroamericana), ofrece una autoría mediata poco dudosa. La teología de la liberación se había convertido en un peligro para los dueños de un continente tantas veces masacrado en nombre de Dios. Ignacio Ellacuría y sus compañeros —también por otros medios— perseguían lo mismo.

Ante la neutralidad cómplice de una Iglesia complaciente con los poderosos, soy de los que creen que lo primero es devolver al hombre —a todos los hombres— su dignidad. Ya nos ocuparemos más tarde de su alma. *En Latinoamérica me es más fácil imaginar a un Jesucristo guerrillero, con una intimidante metralleta en la mano, que integrado como socio de número en el Opus Dei.* Devuelvo su integridad al original.

III. LOS CRIMENES DE LOS PODEROSOS

Desde 1492, y con el propio *descubrimiento* de América, se inicia una sistemática destrucción —física y cultural— de la población indígena. Al margen de la retórica oficial hay que reconocer que los «conquistadores», más que la gloria, buscaban simplemente enriquecerse. Sin preocupación alguna por la ética de los medios.

Así, los indios fueron tratados como seres inferiores, salvajes débiles mentales o menores de edad. El «problema indígena» los convirtió en víctimas de un gigantesco genocidio, que hoy continúa —en el quinto centenario— en no pocos países de América.

En efecto, no sólo los particulares, sino incluso los propios Gobiernos mediante sus aparatos ideológicos y represivos arrojan de sus tierras a los indios y destruyen sus tradiciones, costumbres y creencias bajo el pretexto de una actuación civilizadora. Se liquidan sus culturas o, simplemente, se aborda la eliminación física.

Ha llegado a decirse que no es de esperar que quienes así proceden «se hayan asomado al estudio de las formidables civilizaciones inca o azteca, ni conozcan siquiera de oídas Chichen-Itza o Machu Picchu. Qué decir de otras comunidades indígenas inferiores a éstas, pero ricas en creencias y tradiciones, que conservan tesoros artísticos capaces de reflejar la pureza primitiva o el sentido místico de estos grupos étnicos. Ese caudal de energía humana, esa formulación primordial, unida a fuertes sentimientos históricos y de comunidad, queda de ese modo sepultada, pese a los ditirambos sobre los Derechos Humanos de hoy día» (4).

En la actualidad, los intereses económicos de los poderosos cristalizan en una acción igualmente devastadora; en un abuso de poder que genera muy diversas modalidades de macrovictimización. Todas ellas, las más toscas y las más sofisticadas, están presentes en la inmensa mayoría de los países de Latinoamérica.

El colonialismo y el neocolonialismo constituyen las fórmulas más evidentes. Las grandes potencias explotan posesiones y colonias, muchas veces encubiertas con cínicos eufemismos.

El *apartheid* —repudiado, al menos formalmente, por los países de la zona— consiste en la segregación y discriminación raciales. La teórica igualdad ante la ley se convierte, en la práctica, en el mantenimiento de reservas o *ghettos* que tienen mucho de campos de exterminio.

La ocupación supone el envío de tropas a un país extranjero en apoyo de un determinado régimen, que no podría sostenerse sin esta «ayuda» exterior. El precio que hay que pagar por la connivencia es muy alto, como saben muy bien las víctimas de la misma. En Latinoamérica con frecuencia ofrece la fisonomía, más hipócrita, de intervencionismo, es decir, a través del envío de comandos disfrazados, mercenarios o de tropas no regulares. En los múltiples ejemplos de intervencionismo no siempre es fácil distinguir a los enemigos interiores de los exteriores.

Sabido es que los norteamericanos intervienen con abrumadora frecuencia en la política —y en la vida— de sus vecinos del sur. El ya único imperio de finales del siglo XX ayudó en Nicaragua al dictador Anastasio Somoza contra el guerrillero Augusto César Sandino, asesinado en 1934. Intervino en México, Puerto Rico, El Salvador o Colombia. Derrocó en Guatemala al demócrata Jacobo Arbenz, en 1954. Liquidó la democracia en Uruguay para frenar al movimiento tupamaro.

(4) Cfr. E. NEUMAN, *Victimología*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 161.

Contribuyó decisivamente al golpe militar chileno, que, en 1973, asesinó a Salvador Allende.

Con relación a Cuba, a los frustrados intentos de intervención militar directa muy pronto sucedió un bloqueo que dura ya varias décadas; un aislamiento que no ha logrado más que aglutinar una irreductible dignidad nacional. Cuando llegó Fidel Castro «y mandó apagar» es conocido por todos el régimen que había impuesto en Cuba el imperialismo norteamericano. Hoy no es posible juzgar al régimen cubano haciendo abstracción del papel jugado contra el mismo por sus poderosos vecinos.

Por el contrario, de signo bien distinto fue la actitud yanqui ante la dictadura argentina, chilena o la paraguaya del general Stroessner. Tampoco los acontecimientos de Haití, en 1991, con el derrocamiento de Aristide, atrajeron especialmente la atención del imperio garante de los derechos humanos.

Otras veces los poderosos actúan de forma más sofisticada, si bien no menos criminal. Ya no hace falta utilizar la violencia, por lo menos directamente. En cualquier caso, los resultados son los mismos.

En efecto, la diversidad de abusos del poder económico son prácticamente ilimitados. En el ámbito geográfico de referencia no se limitan a las prácticas de explotación por parte de las empresas nacionales. En los pueblos en desarrollo —otro eufemismo— juegan un papel protagonista las empresas multinacionales, armas mortíferas para las naciones y en manos, sobre todo, del imperialismo yanqui.

En Brasil, por ejemplo, el hombre blanco ha esclavizado durante años a las tribus del Amazonas, haciéndolas trabajar en el caucho («los caucheros»), por un salario miserable. La construcción de la ruta amazónica, en la actualidad, ha producido un pavoroso problema ecológico al destruir la selva y, al mismo tiempo, ha supuesto la extinción de grupos étnicos allí radicados.

En cualquier caso, la inmoderada codicia de las multinacionales destruye el patrimonio nacional de no pocos pueblos y los recursos naturales de los mismos. La frecuente sobreexplotación degrada el ecosistema, con efectos muchas veces irreparables.

Y todo ello ante la mirada complaciente de unos gobernantes, títeres en manos de los poderosos, que reciben su parte en la criminal empresa; en un negocio que, con frecuencia, facilitan con una normativa «flexible» en materia laboral, ecológica o fiscal. Las multinacionales conocen su oficio: provecho a toda costa, corrupción, cohecho, tráfico de influencias, etc. En no pocas oportunidades la impunidad está garantizada por una intervención directa en los asuntos internos del país de que se trate.

Intervencionismo que, con frecuencia, se muestra impiadoso ante los obstáculos a su codicia. El golpe de estado chileno que eliminó a Salvador Allende fue orquestado por la embajada norteamericana en la capital

y por las compañías —fundamentalmente británicas y norteamericanas— que habían sufrido, en su día, la expropiación de las minas de cobre. Ya en su momento la multinacional ITT había participado activamente en una confabulación con el ejército para evitar que Allende asumiera la presidencia de Chile.

Otra de las más elementales —y productivas— formas de abuso de poder económico y político es la venta de artículos de primera necesidad, a precios leoninos, en países subdesarrollados de los que previamente se ha eliminado toda posible competencia.

Algunos datos concretos son profundamente expresivos (5). En Latinoamérica el precio de los productos farmacéuticos se incrementa entre el 30 y el 700%, sin contar la venta de medicinas ya caducadas y, por ello, inútiles. O la libre expendición de medicamentos en vías de experimentación o ya prohibidos en los países de origen, por haberse probado efectos secundarios nocivos.

Otro ejemplo es el de la venta de tecnología anticuada o defectuosa, al precio de los más modernos modelos. Con ello, se mantiene a los países adquirientes en un subdesarrollo de muy difícil superación.

Las empresas químicas implantadas en no pocos países del área gastan en la lucha contra la contaminación de sus plantas un 40% menos de lo utilizado en sus países de origen. El abuso de plaguicidas y otras sustancias dañinas es también una práctica muy difundida.

Los cigarrillos contienen hasta un 76% más de alquitrán que los fabricados para su consumo en el continente europeo.

En no pocas ocasiones las víctimas del poder económico se ven forzadas a abandonar su patria para sufrir, indefensas, modernas formas de esclavitud. Por decenas de miles se cuentan los mejicanos, por ejemplo, que sufren la explotación de empresarios norteamericanos faltos de escrúpulos que se lucran con una mano de obra barata y dócil —inmigrantes ilegales— por la que se paga menos del salario mínimo y a la que, obviamente, se niegan los beneficios de la seguridad social.

Justo es reconocer, sin embargo, que prácticas de esta naturaleza no son privativas de aquel continente. Actualmente en España proliferan explotaciones de semejante talante respecto de no pocos norteafricanos. Naturalmente, los ejemplos pueden multiplicarse.

IV. ¿JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL?

Cuando se aborda una contemplación internacional de la justicia punitiva hay que rendirse a la evidencia de que existen ámbitos de poder

(5) Vid. L. RODRÍGUEZ MANZANERA, *Victimología. Estudio de la víctima*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, fundamentalmente pág. 250 y s.

inalcanzables para la misma. Paralelamente, algunos países parecen condenados a la triste condición de víctimas. La impunidad de cualquier tipo de agresión contra los mismos se ofrece incontrovertible. Latinoamérica es, con demasiada frecuencia, la gran perdedora en un desigual combate.

Como es sabido, bajo la denominación Derecho penal internacional o Derecho internacional penal se agrupan una serie de intentos encaminados a lograr una legislación penal internacional incriminadora de conductas que se consideran criminales para los intereses y sentimientos de la Comunidad —al margen de los ordenamientos nacionales— y a la que estarían sometidos los ciudadanos de todos los países.

Al margen de frustrados intentos anteriores, los primeros logros en la materia se alcanzaron una vez finalizada la Segunda Guerra mundial, con la aprobación por las potencias vencedoras de los Estatutos de Londres (1945) y Tokio (1946) y la creación de los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio, para juzgar a los máximos responsables de la guerra y de los excesos cometidos durante la misma.

La actuación de aquellos tribunales ha sido objeto de muy distinta valoración: para algunos, constituyó un paradigma de lo que debe ser la justicia penal internacional; para otros, un simple recurso a la venganza contra aquéllos que, tan sólo, habían cometido el delito de perder la guerra.

En cualquier caso, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay que reconocer que los tribunales entonces creados representaban solamente a las potencias vencedoras y no a la Comunidad internacional. Además, supusieron en su actuación una vulneración del principio de legalidad, al juzgarse determinados hechos de acuerdo con normas promulgadas con posterioridad a la ejecución.

Ello sentado, me interesa destacar sobre todo que fueron tres las tipicidades sustentadores de las sentencias condenatorias pronunciadas.

Crímenes de guerra, es decir, infracciones de las leyes y costumbres de combate (devastaciones no justificadas desde el punto de vista militar, ejecuciones de rehenes, malos tratos a prisioneros, etc.).

Crímenes contra la paz, constituídos por la violación de pactos de no agresión o compromisos de neutralidad.

Crímenes contra la humanidad, integrados por asesinatos, malos tratos o deportación de poblaciones civiles, antes o durante la guerra, y por la pertenencia a organizaciones que fueron declaradas criminales, como la Gestapo o las SS.

Ya en el año 1948, se acuñó la figura del *genocidio* como realización de una serie de conductas encaminadas a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso (homicidio, sometimiento a condiciones de vida que pongan en peligro la existencia o amenacen gravemente la salud, medidas encaminadas a impedir la reproducción, etc.).

Hay que reconocer, sin embargo, que crímenes como los aludidos se han cometido en la más absoluta impunidad antes y después de la segunda gran guerra; sin que los responsables hayan resultado alcanzados por la pretendida justicia internacional. Y esa irritante impunidad ha tenido a Latinoamérica como frecuente escenario.

Los jueces de Nüremberg han desempeñado, en no pocas ocasiones, el reprochable papel de verdugos. En alguna oportunidad en connivencia con el Videla o Pinochet de turno, para referirme tan sólo a los acontecimientos mejor conocidos en Europa. Otras veces, con arrogante ignorancia de las más elementales normas del Derecho internacional. Piénsese, por ejemplo, en el frustrado desembarco en Bahía Cochinos de 1961, o en las agresiones más recientes, a Granada o Panamá. Crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad que han provocado oleadas de entusiasmo en el patriótico pueblo de los Estados Unidos de Norteamérica, orgulloso de la dudosa gesta de unas fuerzas armadas obsesionadas por hacer olvidar el descalabro sufrido en Viet-Nam.

Por otro lado, cabe preguntarse si el papel de la CIA es sustancialmente diferente del jugado por la Gestapo, por ejemplo. Quizá en Latinoamérica sea más evidente la respuesta que en la lejana y complaciente Europa.

Además, es evidente que el Imperio no ha reducido sus agresiones al área geográfica de referencia. Libia es un nombre más a añadir a la lista siniestra. El Nuevo Orden mundial con el que a todos se amenaza comenzó a fraguarse durante la intervención —fundamentalmente norteamericana pero, también, de unos dóciles sicarios— en el Golfo Pérsico. Si en aquel lugar, en vez de un subsuelo rico en petróleo existiese, simplemente, un inmenso melonar los desvelos de unas pretendidas democracias hubiesen sido menores. Al margen del cuidadosamente ocultado desarrollo de los acontecimientos bélicos, el fruto más visible del conflicto viene determinado por el restablecimiento en Kuwait de una monarquía absoluta no demasiado comprometida en la defensa de los derechos humanos, para utilizar un eufemismo. El futuro no parece abonar optimismo alguno.

Respecto de Latinoamérica, es evidente que no pocas policías — más o menos paralelas— reciben entrenamiento para la represión inmisericorde en USA. La «guerra sucia» o la dramática suerte de los «desaparecidos» no serían posibles sin la tutela del vecino del norte. No puede extrañar que unas encanalladas fuerzas armadas como las argentinas, protagonistas en la represión, hayan jugado un triste papel en el conflicto de las Malvinas, en el que no dudaron en sacrificar la vida de muchos soldados de reemplazo, doblemente victimizados por unos generales insensatos.

Pero tampoco en estos casos la justicia ha podido abrirse camino. El punto final no puede escribirse con soluciones que respetan a un Pino-

chet intocable y beligerante o a una Argentina empeñada en un olvido imposible.

La obediencia debida. También los responsables del III Reich utilizaron esta estrategia en su defensa. Y los golpistas españoles del 23 de febrero de 1981 (6). Por cierto, esta página siniestra de la reciente historia de España fue calificada desde el Imperio como un mero «asunto interno».

V. EL NARCOTRAFICO LATINOAMERICANO

No creo incurrir en simplificación alguna si me atrevo a subrayar que en Europa se viene manteniendo desde hace ya varios años la identificación entre Latinoamérica y el tráfico de cierto tipo de drogas. Me refiero fundamentalmente a la cocaína. En definitiva, la Europa consumidora contempla con recelo a una Latinoamérica productora y origen del ilícito tráfico.

En efecto, si hasta hace poco tiempo podía afirmarse que el origen del problema del tráfico de cocaína se reducía a Perú y Bolivia, como países productores, y a Colombia, como elaborador del producto final y organizador de las grandes redes de comercialización, hoy se han sumado —al menos— Brasil, Venezuela, Panamá, Argentina, Uruguay y Paraguay.

Y España, encrucijada entre tres continentes, ha pasado de ser un lugar de paso del narcotráfico a ofrecer muy significativas cifras de consumo interior. En cualquier caso, continúa siendo plataforma de distribución hacia todo el continente europeo.

En la *Memoria* de 1991 de la Fiscalía General del Estado (7) se constata la relación directa entre las organizaciones asentadas en Galicia y la mafias colombianas de la cocaína. Introducción y distribución que abarca también al hachís. Es la versión moderna de las viejas redes de contrabando de tabaco, que se han reconvertido y perfeccionado para explotar el fabuloso negocio que genera el mundo de la droga; con los mismos riesgos que ofrecía el contrabando de tabaco, el tráfico de drogas es infinitamente más rentable (8).

(6) Respecto del 23 F cabe subrayar que el Código de Justicia Militar de 1945, entonces vigente, establecía en su art. 185-12 que «se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución». En idéntico sentido se pronuncia el art. 34 de las Reales Ordenanzas Militares, de 1978, y el art. 21 del hoy vigente Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985.

(7) Cfr. *Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1991, pág. 114.

(8) Vid. P. CONDE, *La conexión gallega. Del tabaco a la cocaína*, Ediciones B, Barcelona, 1991.

Nada ha sido capaz de detener el espectacular incremento del tráfico y consumo de drogas operado en España desde hace ya varios años. Las estadísticas —de muy diversa procedencia— son prueba irrefutable de ello. Las ingentes cantidades de droga incautada, las detenciones por tráfico ilegal, el número de procedimientos penales iniciados, etc., se reflejan con abrumadora frecuencia en los medios de comunicación social. A ello hay que añadir la inteligencia de que se estima tan sólo en un diez por ciento del tráfico clandestino total el que llega a ser realmente detectado.

Los procesos iniciados por tráfico de drogas habían sido 12.655 en 1986; 24.515, en 1987; 30.706, en 1989. En 1990 se alcanzó la cifra de 42.272.

Además, y según datos facilitados por la Interpol respecto de Europa, las mayores aprehensiones de hachís y de cocaína se produjeron en España. Con relación a la heroína, Turquía e Italia nos relegaron al tercer lugar.

Al margen de los 70.075 kilogramos de hachís que se incautaron en España en 1990 (más del doble que en Reino Unido, segundo país en orden a las capturas) hay que subrayar que la cocaína alcanzó los 5.382 kilogramos. Alemania no llegó a los 2.500; poco más de 800 en Italia.

Estas cifras, con ser importantes, quedan muy lejos de las incautaciones habidas en algunos países latinoamericanos. También en 1990, se ocuparon en Colombia 200.000 kilogramos de cocaína (un quinto de la producción mundial) y 48.000 en México.

Paralelamente a este generalizado fenómeno expansivo, desde las instancias oficiales españolas existe una proclividad —que tiene mucho de coartada— a vincular al tráfico y consumo de drogas con otras manifestaciones delictivas, especialmente las lesivas de la propiedad. Así, la inseguridad ciudadana sería el fruto de la desesperación de los drogadictos que buscan, a cualquier precio, las sustancias que necesitan, muy costosas en ocasiones. Este planteamiento, machaconamente repetido, convierte en causa al efecto y olvida que lo realmente inquietante reside en explicar las motivaciones que arrastran al consumo de drogas, muchas veces de procedencia ultramarina. Si se ignoran las dimensiones económica, política y social —incluso de moda— del problema, éste nunca podrá ser resuelto de forma satisfactoria. De ahí la inutilidad de una represión que tiene mucho de sarcasmo.

Como en tantos otros aspectos de la vida española, las respuestas de nuestro ordenamiento jurídico a esta problemática son de signo exclusivamente represivo. Y hacer la historia de la represión penal en materia de tráfico de drogas supone, indefectiblemente, abordar la crónica de una frustración.

Frustración que se hace más evidente después de la reforma del Código Penal español mediante *Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988*.

Normativa endurecedora de la situación anterior que ya ha demostrado con creces su ineficacia.

Sin afán de exhaustividad, cabe aludir a las líneas generales de criminalización que sigue al respecto nuestro Código Penal (9), que —todavía— no ha dado el paso de la represión del consumo; lo que sí se ha hecho recientemente en Italia, a través de la *Ley de 26 de junio de 1990*.

El nuevo art. 344 sanciona a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o «de otro modo» promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines. En función de la abierta estructura del tipo reaparece el fantasma de la inseguridad jurídica.

En el propio precepto se castiga con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas (antes de la reforma, prisión menor y multa de treinta mil a un millón quinientas mil pesetas) si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y con la de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de quinientas mil a cincuenta millones de pesetas (antes, arresto mayor) en los demás casos.

Además, el amplio catálogo de cualificaciones en orden a la penalidad endurece hasta límites insospechados esta regulación. A través de las elevaciones en grado previstas en los nuevos arts. 344 bis a) y 344 bis b) —y en los supuestos de tráfico de sustancias que causen grave daño a la salud— pueden alcanzarse penas de reclusión mayor, en su grado mínimo y multa. Consecuentemente, hoy el marco penal del tráfico de drogas abarca entre cuatro meses y un día y ventitrés años y cuatro meses de privación de libertad. Y todo ello construido sobre fórmulas legales tan evanescentes —y peligrosas— como la agravación que supone la «notoria importancia» de la cantidad de droga objeto del tráfico ilícito o que las conductas sean de «extrema gravedad».

Por otro lado, no faltan en la nueva regulación mecanismos que permiten imponer multas de muy elevada cuantía o alcanzar el comiso de los bienes, de cualquier naturaleza, utilizados o que provengan del narcotráfico, así como de las ganancias con el mismo obtenidas, cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. También se incluyen en el apartado represivo una amplia serie de inhabilitaciones y la alusión a la reincidencia internacional, tan frecuente en una delincuencia de dimensión tan cosmopolita como la examinada.

(9) Vid. al respecto G. LANDROVE DÍAZ, *La contrarreforma de 1988 en materia de tráfico de drogas*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, fundamentalmente págs. 756 y s.s.

En definitiva, nuestro legislador, como tantos otros, ha optado por una huída hacia el Derecho penal. Con ello —a lo sumo— lo que se conseguirá es un incremento del precio de las drogas. El superior riesgo hay que pagarlo. Planteamiento que, muy probablemente, no desagradará a los traficantes. En cualquier caso, y mientras dure la situación a que me referiré más adelante, el tráfico de drogas seguirá existiendo. Se castigue con pena única de muerte o con una multa de mil pesetas. Las soluciones, si la hay, están fuera del Derecho penal.

El mantenimiento a ultranza de una estéril Política criminal de signo represivo desemboca en un escepticismo creciente y en una constatable desconfianza en el Derecho penal como instrumento idóneo para la lucha contra lo que se considera un mal creciente. Naturalmente, desconocemos las posibles consecuencias de otra opción político-criminal; lo único evidente es el fracaso de la tradicional.

En mi opinión, lo que resulta realmente criminógeno es la criminalización. Sus consecuencias más evidentes son la conversión de la droga en un bien escaso cuyo precio se dispara y permite realizar fabulosos negocios a los traficantes; sin olvidar la corrupción —a veces a muy alto nivel— que genera tan lucrativa clandestinidad; en ocasiones, desde el aparato represivo del Estado se producen incontrolables retenciones de droga «para pagar a los confidentes»; en los establecimientos penitenciarios proliferan mafias que se ocupan de la distribución en los centros, a los que la droga accede por cauces no siempre satisfactoriamente explicados; además, la salud pública sufre constantes agresiones habida cuenta de las adulteraciones de que son objeto estas sustancias, con la finalidad de incrementar su rendimiento económico (a veces es la distribución de dosis de pureza infrecuente en un mercado adulterado lo que resulta letal). De la misma forma que durante la vigencia de la Ley Seca norteamericana, son los traficantes los primeros interesados en la criminalización del tráfico. Es una garantía de rentabilidad para sus empresas.

Por todo ello, cabe preguntarse si no habrá llegado la hora de intentar soluciones más imaginativas que la amenaza penal. No cabe ya ignorar las voces que sugieren otras alternativas: la despenalización o, incluso, la legalización acompañada de campañas preventivas de disuasión.

En esta línea, un Grupo de Estudios de Política Criminal (integrado por profesores universitarios, jueces y fiscales de talante progresista) elaboraron en diciembre de 1989 un *Manifiesto por una nueva política sobre la droga* (10). En el mismo tienen cabida no pocas de las críticas que antes he esgrimido contra la situación actual.

(10) El texto íntegro del *Manifiesto* puede verse en el *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* de 1989, págs. 1187 y s.s. El 9 de febrero de 1991 el grupo antes mencionado hizo pública una propuesta de reforma de la legislación española en sus aspectos penales, procesales y administrativos.

Me interesa ahora especialmente destacar dos aspectos de la cuestión aludidos en el *Manifiesto*:

En primer término, se subraya que —además de ineficaz— la vía represiva propicia el poderío económico de los traficantes de medio y alto nivel; lo que les permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras.

En segundo lugar, se insiste en que los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales o ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos. Se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última. Por otra parte, la necesaria expansión de los principios de Derecho internacional se realiza en clave represiva y en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles.

Y todo ello está ocurriendo en Latinoamérica. Entre nuestros proveedores del otro lado del Atlántico. El narcotráfico se acompaña de un rosario interminable de asesinatos, secuestros, corrupción e intervencionismo político o económico, y genera plusvalías tan extraordinarias que le permiten prácticamente controlar países como Colombia, Bolivia, Perú o Panamá.

Paradójicamente, los campesinos cultivadores de la droga no siempre logran beneficios que supongan algo más que la simple supervivencia; que una supervivencia difícil de alcanzar por otros cauces más «ortodoxos» desde la óptica europea.

Además, el imperialismo e intervencionismo norteamericano parece haber encontrado en el tráfico de drogas una magnífica coartada.

Para referirme tan sólo a uno de los ejemplos más recientes de tan fructífera *cruzada* (11), recordaré que cuando en diciembre de 1989 el ejército yanqui invadió Panamá y detuvo al general Noriega, viejo colaborador de la CIA, bajo la acusación de narcotráfico, la opinión pública mundial se mostró prudentemente escéptica. No por simpatía hacia el dictador, sino por la sospecha —más que fundada— de que en el origen de la agresión militar se encontraba el uso del canal, cuya soberanía está previsto que pase enteramente al pueblo panameño a partir del 31 de diciembre de 1999, según los acuerdos firmados por Torrijos y Carter en 1977 (12). Por cierto, los soldados norteamericanos que participaron en

(11) La primera intervención militar reconocida por los Estados Unidos en la lucha contra los traficantes de droga se produjo en Bolivia, en el mes de julio de 1986. En esta oportunidad se aseguró desde Washington que el propio presidente boliviano, Víctor Paz Estenssoro, lo había solicitado.

(12) El 31 de Julio de 1981, y en un sospechoso accidente de aviación ocurrido sobre la selva centroamericana, murió Omar Torrijos, líder carismático de la revolución panameña.

la invasión (operación *Causa Justa* es el argot de los agresores) asesinaron en las calles de la capital a un periodista español, Juan Antonio Rodríguez. Confiemos en que, al menos, nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores no tenga que disculparse por ello.

En cualquier caso, la guerra contra la droga constituye hoy —fundamentalmente— la guerra contra la cocaína (13). La lucha contra la heroína o la marihuana ha perdido transcendencia en Latinoamérica. Paradójicamente, la introducción masiva del cultivo de marihuana al menos en once Estados de Norteamérica y —sobre todo— en California ha mejorado notablemente la calidad del producto, por medio de la consecución de híbridos, y alcanzando cotas de autoabastecimiento. Todo ello en detrimento de los cultivos tradicionales de México, Jamaica o Colombia.

Sobre todo en los países andinos, la producción de cocaína está en constante aumento y genera una economía sumergida insustituible en la hora actual. Al margen del incremento de su consumo en Europa —ya destacado— los Estados Unidos suponen el mercado por excelencia (en torno a los seis millones de consumidores); por ello, aquel país aparece en cabeza de la cruzada contra la droga, hasta el punto de hacer del problema una cuestión de seguridad nacional, en lo que aparecen involucradas incluso sus fuerzas armadas.

Como es sabido, cuando los españoles llegan a América, el consumo de hoja de coca estaba ya extendido por toda la ruta andina, llegando hasta Centroamérica e, incluso, al Caribe. Los colonizadores provocaron, sin embargo, un cambio en el uso de la coca a través de su masticación al vincularlo al trabajo de los indígenas, explotados en duros trabajos de minería que implicaban un gran esfuerzo, aliviado por el coqueo. La coca sirvió para evitar el cansancio o para mitigar el hambre y se convirtió en un elemento esencial para la explotación minera y agrícola. Así, el cultivo de la coca fue extendiéndose más allá de los sectores propiamente indígenas. Producida la independencia, el consumo de coca se había difundido desde el norte de Argentina hasta Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia.

Dado el subdesarrollo económico de esta amplia zona geográfica — y de otras del área— no puede extrañar que miles de seres humanos encuentren un medio directo o indirecto de supervivencia en el negocio de la coca. Las cifras que se manejan al respecto son realmente escalofriantes. Se calcula que alrededor de *dos billones* de dólares son los ingresos netos anuales que el tráfico de drogas supone para los países productores, fundamentalmente Bolivia, Perú y Colombia.

Los ingresos derivados de la droga son imprescindibles para países en profunda crisis económica, producida por una reconversión económica mundial que ha hecho abismales las diferencias entre los países

(13) Vid. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Coca-Cocaína: entre el derecho y la guerra (Política criminal de la droga en los países andinos)*, PPU, Barcelona, 1990.

del norte y del sur del continente. Además, los narcodólares son indispensables no sólo para los sectores marginados, sino también para los propios Estados, que se sirven de ellos para el pago de la deuda exterior y para intentar equilibrar la balanza de pagos; sus industrias no pueden competir con las de los países poseedores de una alta tecnología, que —además— ya no necesitan ni la carne ni los cereales de Latinoamérica y que, en líneas generales, tienden a limitar antiguas importaciones (de cobre o café, por ejemplo). Finalmente, el narcotráfico reactiva las maltrechas economías nacionales, en función de las inversiones que implica.

En cualquier caso, resulta prácticamente imposible encontrar un producto cuyo cultivo produzca al campesinado una rentabilidad tan elevada como la de la coca. Mientras existan consumidores no parece viable lograr el éxito en una guerra contra la droga ni convencer a los campesinos productores de que centren sus esfuerzos en el cultivo de patatas o maíz y perezcan de inanición.

Por su parte, los países desarrollados —y al contrario de lo que ocurría cuando eran consumidores insaciables de oro, estaño, petróleo, cobre o carbón— están hoy insatisfechos con el consumo que generan de cocaína. Los niveles de pobreza a que han sometido los explotadores a amplios sectores de la población de aquellos países se vuelven hoy contra ellos.

Y esta tensión no se resuelve acudiendo al Derecho penal ni, mucho menos, a una política belicista, de bloqueos, intervenciones armadas o fumigaciones aéreas de plantaciones, con consecuencias ecológicas imprevisibles.

Mientras no se aborde una política internacional favorecedora de la elevación del nivel de vida en Latinoamérica y de una más justa distribución de la riqueza, los poderosos seguirán perdiendo una guerra que contribuyeron a desencadenar con su inmoderada codicia.

En último término, parece estarse cumpliendo respecto de la problemática de las drogas la profecía del sumo sacerdote Khana Chuyna que, durante el reinado del inca Atahualpa, se dirigió a su pueblo —consumidor de coca— con las siguientes palabras: «estas hojas que para vosotros significan la salud, la fuerza y la vida, están malditas para los opresores. Cuando ellos se atrevan a utilizarlas, la coca los destruirá, pues lo que para los indios es alimento divino, para los blancos será vicio degradante que inevitablemente les producirá el envilecimiento y la locura».

Realmente, no parece que haya demasiadas cosas que celebrar en el quinto centenario.

Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (1)

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sobre el «Derecho Penal europeo».—III. Estructura de la autoría: 1. La autoría en los delitos dolosos de comisión. 2. La autoría en los delitos imprudentes de comisión. 3. La autoría en los delitos de omisión.

I. INTRODUCCION

Seguramente uno de los motivos, no confesados, por los que se celebra este Simposium es el de homenajear al Prof. Dr. Claus Roxin, que acaba de ser investido nuevamente Doctor honoris causa, esta vez por la Universidad de Coimbra. En cualquier caso, es un motivo para mí y por eso aprovecho esta ocasión para felicitarle públicamente por este merecido honor. Sería, además, una ingratitud por mi parte si no le manifestara al Profesor Roxin mi satisfacción por sus consejos científicos y por su hospitalidad en las dos ocasiones en que he trabajado en el Instituto que él dirige en Munich, desde junio de 1980 hasta diciembre de 1981 y en el verano de 1987.

(1) Versión ampliada y traducida al castellano de la ponencia *Struktur der Täterschaft bei Begehung und Unterlassung im spanischen Strafrecht*, presentada en el Simposio sobre *Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, celebrado en la Universidad de Coimbra en mayo de 1991 con motivo de la investidura del Prof. Claus Roxin como Doctor Honoris Causa por la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad portuguesa.

Abreviaturas utilizadas: A.: Aranzadi (Número marginal); ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; CP: Código Penal; CPC: *Cuadernos de Política Criminal*; DP: Derecho Penal; PE: Parte Especial; PG: Parte General; STC: sentencia del Tribunal Constitucional; STS, SSTS: sentencia, sentencias del Tribunal Supremo; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

Debo expresar también mi agradecimiento a los organizadores de este Simposio por su invitación a participar en él, y muy especialmente al Prof. Dr. Figueiredo Días por su hospitalidad en esta bella ciudad de Coimbra.

Posiblemente Uds., los asistentes a este Simposio, se habrán sentido un tanto decepcionados porque esperaban que esta ponencia la impartiera mi maestro, el Prof. Dr. Gimbernat Ordeig. Confieso que yo también lo estoy. Porque él es un indiscutible especialista español en el tema de la autoría y me hubiera encantado escucharle. Pero por razones familiares —afortunadamente felices— el Prof. Gimbernat no puede estar hoy aquí entre nosotros. Hace muy pocos días me preguntaron si estaba dispuesto a sustituir a Gimbernat. Lo estoy. Pero no exactamente a sustituirle, porque eso sería pretencioso por mi parte, sino simplemente a estar en su lugar.

II. SOBRE EL «DERECHO PENAL EUROPEO»

El objetivo de este Simposio es el de sentar las bases de un sistema de Derecho penal europeo, y es a este objetivo al que me gustaría dedicar las primeras palabras de mi intervención. Es cierto que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea no ha previsto competencia legislativa penal para los órganos comunitarios. Por ello, Riz, autor italiano que ha publicado una monografía sobre Derecho penal y Derecho comunitario, niega la posibilidad de un «Derecho penal comunitario» (2). Sin embargo, en otra ocasión he manifestado que lo anterior sólo supone la imposibilidad de que las Comunidades Europeas ejerzan un *ius puniendi* directo en sentido positivo, pero nada obsta a que ejerzan un *ius puniendi* en sentido negativo e incluso un *ius puniendi* positivo indirecto (3). Intentaré explicar estos conceptos. Las Comunidades carecen de la competencia para crear tipos penales y penas, para instaurar órganos jurisdiccionales penales de ámbito comunitario o para construir establecimientos penitenciarios, y por ello digo que no ostentan un *ius puniendi* directo en sentido positivo. Pero las Comunidades sí disponen de la competencia para obligar a todos y cada uno de los Estados miembros para que deroguen e inapliquen las normas jurídico-penales concretas que estén en contra de los principios y derechos comunitarios; así, por ejemplo, es evidente que en virtud del principio de libre circulación de mercancías, el delito de contrabando debe limitarse a partir de la desaparición de las fronteras internas el 1 de enero de 1993 al tráfico ilícito

(2) Cfr. RIZ, *Diritto penale e Diritto comunitario*, 1984, p. 6.

(3) Cfr. CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMÉ, «La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 21 de diciembre de 1988», *La Ley*, 1989, t. 2, pp. 349-373.

cito de productos que traspasen las fronteras comunitarias, quedando inaplicable cuando el tráfico se efectúe a través de las fronteras internas. Y por eso cabe hablar de un *ius puniendi* en sentido negativo. Pero yo me atrevería incluso a reconocer a los órganos comunitarios un *ius puniendi* indirecto positivo (4), puesto que nada impide que ejerzan una competencia compartida e indirecta con los órganos legislativos de los Estados miembros en las materias de carácter comunitario, unificando criterios y evitando una discriminación entre los nacionales de los diversos países integrados en la Comunidad Europea, así por ejemplo, en materia de terrorismo o de delincuencia económica. Por todo ello coincido plenamente con la finalidad perseguida en este Simposio: es preciso sentar las bases para construir un «Sistema de Derecho penal europeo».

III. ESTRUCTURA DE LA AUTORIA

Ahora bien, en el ámbito comunitario las dificultades para lograr una cierta unidad pueden ser muchas en el tema de esta ponencia, la autoría en los delitos de comisión y de omisión, sobre todo si se piensa que entre nosotros, los asistentes a este simposio, que sólo representamos a cuatro de los doce países comunitarios (Portugal, Alemania, Italia y España), hay un ordenamiento jurídico, el italiano, que adopta un concepto unitario de autor, fundamentado en principios distintos a los que rigen en otros tres países.

A continuación me voy a dedicar a exponer los rasgos más relevantes de la autoría en Derecho penal español, indicando esquemáticamente las posturas de la ciencia penal y de la jurisprudencia sobre este tema (5). Pero incidentalmente también será preciso tratar algunos aspectos de la participación, dado que entre autoría y participación se manifiesta una relación similar a la de dos vasos comunicantes: una ampliación de los supuestos de autoría puede determinar una reducción y aun exclusión de los supuestos de participación; y al revés: una ampliación de los supuestos de participación puede dar lugar a una reducción correlativa de los supuestos de autoría. Por lo que respecta a la doctrina científica en relación a estos temas, cabe hacer algunas observaciones de carácter general. En primer lugar, creo que en España podemos estar muy satisfechos por el nivel últimamente alcanzado, ya que se acaban de publicar dos magníficas obras que tratan directa o in-

(4) Coincide también en admitir esta posibilidad RUIZ VADILLO, «¿Es posible la unificación del Derecho penal europeo?», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1991, núm. 3, p. 20 y ss.

(5) Dejo fuera de consideración varios puntos de trascendencia, pero que alargarían considerablemente mi intervención; me refiero al encubrimiento, a la actuación en nombre de otro y a la autoría en los delitos cometidos por medio de difusión.

directamente los problemas de la autoría; una lleva por título *La participación en el delito y el principio de accesoriadad* (6) y ha sido redactada por el Dr. Peñaranda Ramos; y la otra se debe al Dr. Díaz y García Conlledo y trata de *La autoría en Derecho penal* (7). La segunda observación tiene por objeto destacar que, en general, existe un desigual desarrollo en el tratamiento de la autoría según los distintos tipos de injusto, puesto que en esta materia los delitos omisivos y los delitos imprudentes han merecido una atención francamente menor.

1. La autoría en los delitos dolosos de comisión

Me ocuparé en primer término de la autoría en los delitos dolosos de comisión. Si bien es cierto que en la actualidad ningún autor español se manifiesta bien *de lege lata* bien *de lege ferenda* a favor de un concepto unitario de autor, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que el origen histórico de los preceptos que regulan en nuestro Código la autoría indica que obedecen a un sistema unitario, aunque limitado (8). Incluso se estima que no sería tan descabellado interpretar nuestro Derecho positivo en el sentido de un concepto unitario funcional (9), al estilo del que rige en el Derecho penal austriaco, aunque nadie adopta esta posibilidad interpretativa.

Dada la similitud existente entre un concepto unitario y uno extensivo de autor, cabe decir que el panorama doctrinal español respecto a este último es prácticamente el mismo que respecto al sistema unitario, es decir, su compatibilidad en principio con el Derecho vigente, pero su rechazo fundamentalmente por la inseguridad que origina, inseguridad que atenta incluso contra el principio de determinación (10). El rechazo

(6) PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, 1990.

(7) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

(8) Cfr. en este sentido: CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 163 s. y 333 s.; BACIGALUPO, «Probleme der Täter— und Teilnahmelehre in der spanischen Strafrechtsreform», en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, 1987, p. 89; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 107 ss. y 323; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 207.

(9) Así especialmente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 205 ss. y *passim*. En el mismo sentido: GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 118 s.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español. II: El hecho punible*, 1985, p. 132; el mismo, «Responsabilidad penal de Organos, Directivos y Representantes de una persona jurídica (El actuar en nombre de otro)», en *Comentarios a la legislación penal*, t. V vol. 1, 1985, p. 319; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 323.

(10) Cfr. con diversos argumentos: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, en *Derecho penal*, 1966, p. 217; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 271 ss., 326 ss. y resumidamente 347 s.

abarca tanto las versiones objetivas como las subjetivas que se integran en un concepto extensivo de autor. Sin embargo, creo que existen preceptos en el Código Penal que están inspirados en la concepción extensiva o unitaria, como aquellos en los que conductas que en rigor son de participación son elevadas a la categoría de autoría. Así por ejemplo, los artículos 120; 362; 365, en la modalidad de consentir el quebrantamiento de papeles o efectos sellados por la autoridad; 366, párrafo primero, también en la modalidad de consentir abrir papeles o documentos cerrados; 394, asimismo en la modalidad de consentir que otro sustraiga caudales o efectos públicos; 409; 413 y 414, por lo que respecta a la posibilidad de que la mujer consienta que otro efectúe el aborto; etc. (11).

De lo anterior se deduce que predomina entre nosotros un concepto restrictivo de autor. En el ámbito de la autoría —y también en el de la participación— se ha producido pues en la doctrina penal española un proceso científico similar al que ha tenido lugar en la teoría del tipo: de un planteamiento puramente causal de la cuestión se ha pasado en una segunda fase a un planteamiento ligado a la realización del tipo (12), y por último una tercera fase en la que se abordan las cuestiones desde una perspectiva especialmente valorativa, hablándose incluso de la *imputación de un hecho a un sujeto* (13), de un modo similar al tratamiento de la imputación objetiva en la teoría del tipo (14). Por otra parte, la aceptación sin discusiones de un concepto restrictivo de autor im-

(11) Sobre estos preceptos llamó la atención GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 297.

(12) En esta segunda fase son fundamentales las contribuciones de Gimbernat Ordeig, Rodríguez Mourullo y Vives Antón. Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, *passim*; el mismo: «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZStW*, t. 80, 1968, pp. 915-943; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, 1966, p. 287; el mismo: «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, t. 22, 1969, p. 461 s.; el mismo, en *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1976, p. 795 ss.; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, 1977, p. 116 s.

(13) Cfr. especialmente MIR PUIG, *Derecho penal*. *PG*, 3ª ed., 1990, p. 387 s. Esta perspectiva es claramente apreciable en las obras citadas de PEÑARANDA RAMOS Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Vid. también: GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *ADPCP*, t. 37, 1984, pp. 107 y 122; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, p. 347 s. (aunque con particularidades).

Sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, t. 22, 1968, p. 462, y en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 802, estima que la autoría no es una materia conectada sistemáticamente al tipo de injusto, sino que el concepto de autor presupone todas las categorías del delito, apoyándose para ello en el art. 12 CP; en sentido similar QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 1989, p. 538. En contra de esta interpretación, VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, p. 55 ss.

(14) Cfr. con matizaciones, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios penales y criminológicos*, t. X, 1987, pp. 169 y 175, y en su libro *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 209 y 212.

plica asimismo el reconocimiento de una accesoriedad limitada para la participación, lo que se deriva de diversos preceptos del Código Penal (15).

Ahora bien, en la actualidad se insiste en que tal accesoriedad no es absoluta sino relativa, con lo que se quiere expresar que el injusto de la participación no es sólo derivado del injusto del hecho del autor, sino que también contiene un injusto propio (16). Desde esta perspectiva, un penalista (17) ha propuesto aceptar la distinción iniciada por Herzberg entre un aspecto negativo y un aspecto positivo de la accesoriedad (18). Para Herzberg, el aspecto negativo o limitado de la accesoriedad consiste en la «dependencia de la participación respecto de un hecho principal con unas propiedades mínimas; más exactamente: sólo se puede castigar por inducción y complicidad cuando existe un hecho principal cometido típico-antijurídicamente y dolosamente» (19); añadiendo que «el principio de accesoriedad no permite en este sentido [negativo] ninguna excepción ni quiebra» y que «la participación en un hecho principal atípico, justificado o no doloso es como tal impune (20). Todo intento de relativizar esto, conduce irremisiblemente a una infracción del principio *nullum crimen sine lege*, porque los §§ 26 y 27 [que regulan la inducción y la complicidad] se elevarían a fundamento de la pena sin que se cumplieran completamente sus presupuestos» (21). En definitiva, este concepto negativo de

(15) Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*. PG, 3ª ed., 1990, p. 425 s., y PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 337 y n. 54.

(16) Cfr. en este sentido: RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho Penal*, 1982, p. 206 s.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 335 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1990, pp. 705 y 754.

La STS 15-3-1990 (A. 2489) relativiza la accesoriedad cuando por dificultades procesales no es posible enjuiciar al autor.

(17) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, pp. 338 ss. y 355. En el ámbito de la accesoriedad se ha desarrollado otra distinción interesante entre el aspecto interno y el aspecto externo. Cfr. al respecto: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 333; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español II*, 1985, p. 156 s.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 258. En palabras de PEÑARANDA consiste en lo siguiente (ibidem): «Por un lado, el [aspecto] de la llamada accesoriedad 'cuantitativa' o 'externa', en donde se trata del grado de desarrollo delictivo que ha de haber alcanzado el hecho principal para que se pueda desencadenar la responsabilidad de los partícipes y de la influencia que aquel desarrollo ejerce en la punición de éstos. Por otro, el de la denominada accesoriedad 'cualitativa' o 'interna', donde se plantea ante todo qué elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) debe mostrar el hecho principal para que éste constituya un objeto de referencia idóneo de las conductas de participación».

(18) Cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 139 s.

(19) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 139.

(20) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 140, añade en nota lo siguiente: «De esta manera resulta irrealizable una pretensión de punición, que sólo estará justificada excepcionalmente. Los instigadores o auxiliadores merecedores de pena son en tales casos y por lo general autores mediatos».

(21) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 140.

la accesoriedad tiene un significado de impedimento u obstáculo a la punición.

Como antítesis se encuentra el aspecto positivo de la accesoriedad. Éste consiste, según palabras de Herzberg, en lo siguiente: «Si se dan los presupuestos de los §§ 26 y 27, la construcción accesoria de la participación surte efectos *posibilitando la punición y determinando la punición*, puesto que el tipo de delito que rige para el autor principal y su medida de pena son básicamente aplicables también para el partícipe, si bien éste no realiza por sí mismo los elementos del tipo en cuestión» (22). El carácter relativo de la accesoriedad se aprecia aquí con claridad: «Las quiebras de la accesoriedad positiva son numerosas y, como hemos visto, no están limitadas a los casos de los §§ 28 y 29 [que tratan respectivamente de los elementos personales especiales y de la punibilidad del interviniente según su culpabilidad y con independencia de la culpabilidad de los demás]», agregando que «en lo que afecta al aspecto positivo de la construcción accesoria de la participación, no es aventurado hablar incluso de un principio de *no accesoriedad*, porque la transferencia al partícipe de los elementos del tipo de autor sólo tiene lugar excepcionalmente, es decir, allí donde no se entiende por sí misma y requiere de una justificación dogmática» (23).

Dentro del concepto restrictivo del autor, dos teorías se disputan la categoría de doctrina dominante, pues ciertamente el número de sus respectivos partidarios está muy nivelado: la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho (24). Además de optar por una u otra, la doctrina tiene que tomar partido en relación al artículo 14, bien para fundamentar en él (en todas o en alguna de las figuras que comprende) su concepto de autor, bien para prescindir de él, derivando la autoría de otro u otros preceptos del Código. Dicho artículo 14 presenta además la particularidad de que no indica quiénes *son* autores sino que sólo relaciona a quienes *se considera* autores, cuestión esta que ha hecho correr ya ríos de tinta. En él se contienen diversas categorías de intervinientes: los que toman parte directa en la ejecución del hecho (14, 1.º), los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo (14, 2.º), y los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado (14, 3.º).

(22) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 140 (cursivas en el original).

(23) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 141. Por mi parte añadiré que este aspecto positivo de la accesoriedad permite que la conducta del partícipe pueda estar justificada (por ej., mediante estado de necesidad, porque contribuye a un hurto por razón de su extrema indigencia), aun habiendo cometido el autor un tipo global de injusto; cfr. sobre ello CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, p. 274 nota 42.

(24) Las teorías objetivo-materiales no son mantenidas hoy en España por ningún otro para fundamentar la autoría; cfr. en este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 535.

La teoría objetivo-formal se presenta en dos versiones: una tradicional y otra modificada. La versión tradicional afirma que la autoría consiste en la realización de todos o parte de los actos ejecutivos y suele entender que la figura del autor está recogida en el art. 14, 1.º del Código Penal, con lo que esta opinión no es capaz de justificar la autoría mediata (25). Sin embargo, para la versión modificada de la teoría objetivo-formal la autoría se deriva de cada uno de los tipos de la parte especial del Código: autor es aquel sujeto cuya actividad es subsumible sin más en el tipo; de esta manera, todas las figuras que recoge el artículo 14 (excepto la de forzar a otro, prevista en su número 2) lo son de participación; ciertamente, si se atendiera sólo al artículo 14, éste no sería capaz de comprender el supuesto más simple de autoría, el de autoría única y directa, por ejemplo, A mata a B sin intervención de ningún otro sujeto; pues efectivamente A ni toma parte, puesto que actúa solo (26), ni fuerza o induce a otro, ni coopera a la ejecución del hecho. Según esta versión modificada, el autor mediato sólo es autor en la medida en que el tipo lo permita, mientras que el coautor ejecutivo (que es la figura recogida en el artículo 14.1) es generalmente (27) considerado partícipe y por lo tanto sometido a la regla de la accesoriidad (28).

La otra teoría en liza es la del dominio del hecho, que en España sigue las líneas trazadas por Roxin en Alemania (29), admitiendo por tanto como auténticas formas de autoría la autoría inmediata unipersonal (dominio de la acción), la autoría mediata (dominio de la voluntad) y la coautoría (dominio funcional). Los partidarios del dominio del hecho no adoptan una posición unánime respecto al papel que debe jugar el artículo 14: mientras que para algún penalista la autoría sólo puede fundamentarse en el artículo 14 (30), para otros alguna de las formas de

(25) Esta posición la sostienen en la actualidad Ferrer Sama, Antón Oneca, Sánchez Tejerina, Puig Peña, Del Rosal, Jiménez de Asúa, Vives Antón, Cuello Calón, Arroyo de las Heras, Sainz Cantero, Cobo del Rosal, Rodríguez Ramos, Del Rosal Blasco y, aunque con particularidades, Ruiz Antón. Cfr. las referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, p. 420 ss.

(26) En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 92 ss.; STS 14-11-1990 (A. 8905). En contra: VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, p. 176 ss.; y BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 133.

(27) Por todos los penalistas que se citarán a continuación, salvo para RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al CP*, cit., 1976, pp. 821 s. y 838, quien lo considera autor en sentido estricto.

(28) Los iniciadores de esta versión modificada fueron Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo y su tesis ha sido aceptada por Manzanares Samaniego, Albácar López, Quintero Olivares, Rodríguez Devesa, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo. Cfr. las referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 424 y 448.

(29) Cfr. ROXIN, *Täterschaft una Tatherrschaft*, 5ª ed., 1990, pp. 127 ss.

(30) Así, por ej., para CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, cit., 1982, pp. 165 s. y 335 s.

autoría, en especial la mediata, se deriva de los tipos recogidos en el Código (31). Una posición especial mantiene un sector de la doctrina (32), que prefiere exigir para la autoría un «dominio o determinación objetiva y positiva del hecho»; esta determinación objetiva y positiva da lugar a un concepto sumamente restrictivo de autor, para el que se requiere la realización del núcleo del tipo; destaca en esta concepción el rechazo del dominio funcional del hecho, lo que reduce en gran medida el ámbito de la coautoría.

A propósito he dejado para el final la postura que adopta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No es pura casualidad que nuestra práctica coincida en este punto con la evolución sufrida por la jurisprudencia de otros países, en particular la alemana. Hasta finales de los años sesenta predomina la teoría del acuerdo previo, una teoría subjetiva, cuyo origen histórico es la teoría del complot (33), que considera suficiente un acuerdo (en realidad no sólo previo sino también simultáneo a la realización del hecho) entre los intervinientes para considerarlos autores, con independencia de su contribución objetiva, y que por lo tanto simplifica las cosas y resulta de fácil manejo; en la actualidad, aunque no se ha abandonado totalmente, se encuentra en franca decadencia (34). Pero lo que en realidad caracteriza a la jurisprudencia en la actualidad, no sólo en este punto sino en la mayoría de las cuestiones debatidas en el Derecho penal, es la *falta de compromiso* con una teoría (la que sea) y la utilización de diversos criterios, normalmente incompatibles entre sí puesto que obedecen a distintas concepciones, con el fin de elegir aquél que resulte más adecuado con la

(31) Se adscriben a la teoría del dominio del hecho autores como Córdoba Roda, Bacigalupo, Cerezo Mir, Bustos, Gómez Benítez, Muñoz Conde, Gracia Martín. Cfr. las referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 561 ss. También debe incluirse a JAEN VALLEJO, en *Código penal comentado*, 1990, p. 118 ss. Una versión particular de esta teoría, consistente en exigir para el autor la «pertenencia del hecho», mantienen MIR PUIG., *PG*, 3ª ed., 1990, p. 396; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC* nº 38, 1989, p. 388 y nota 98 y p. 391; y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 1989, pp. 347-348 y 363 ss.

(32) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., 1990, pp. 81-103; el mismo, *Estudios penales*, 1991, p. 204 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 625 ss. y *passim*.

(33) Cfr. en este sentido: PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 133 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 357 s.

(34) Cfr. esta evolución en: GIMBERNAT ORDEIG, «Crítica a la doctrina jurisprudencial del “acuerdo previo”», *ADPCP*, t. 19, 1966, pp. 13-37; el mismo, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 57 ss.; y en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 361 ss. Vid. todavía a favor de la teoría del acuerdo previo la STS 27-1-1989 (A. 523). En contra de la teoría subjetiva se pronuncia, entre otras, la STS 12-6-1990 (A. 5269).

resolución del caso concreto (35). No hace falta insistir en que esta forma de proceder es totalmente rechazable por generar una considerable inseguridad jurídica.

2. La autoría en los delitos imprudentes de comisión

Por lo que respecta a las concretas modalidades de autoría en el delito imprudente, son objeto de discusión la autoría mediata y la coautoría. La posibilidad de que un sujeto con su conducta imprudente realice un tipo imprudente a través de un instrumento, no es aceptada pacíficamente (36); supuestos de tales características se presentan en las si-

(35) Cfr. en este sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 387, 395 n. 90, 573 y 752; y en general (y no sólo respecto a la autoría) CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, 1991, pp. 103-104 nota 204.

Esta falta de compromiso es ante todo evidente en materia de distinción entre cooperación necesaria y complicidad, donde la jurisprudencia suele citar como teorías aplicables la de la conditio sine qua non, la del dominio del hecho y la de los bienes escasos, sin tomar partido por ninguna de ellas; vid., por ej., SSTS: 10-2-1987 (A. 1225); 5-3-1988 (A. 1563); 28-6-1988 (A. 5376); 8-7-1988 (A. 6520); 22-11-1988 (A. 9231); 20-40-1989 (A. 3427); 30-9-1989 (A. 9363). De forma paradigmática la de 16-7-1990 (A. 6714) expone: «Esta Sala, sin adscribirse a ninguna de tales teorías...»; y las de 25-3-1987 (A. 2215) y 23-2-1988 (A. 1241) reconocen que en este punto la jurisprudencia ha seguido una «pauta ecléctica y flexible»; la de 23-3-1988 (A. 2082) se defiende de la crítica dirigida contra esta flexibilidad, alegando las necesidades de la justicia del caso concreto.

La STS 25-4-1988 (A. 2872, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater) entiende que «la orientación de la jurisprudencia de esta Sala [está] cada vez más definida en la dirección de la teoría del dominio del hecho», lo que en mi opinión es sumamente discutible.

(36) Aceptan esta posibilidad de autoría mediata imprudente: RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, t. 22, 1969, p. 483 ss., y en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 818 ss, pero sólo cuando el instrumento actúa sin dolo y sin imprudencia (última op. cit., p. 820 s. nota 73), y cita a su favor la STS 5-6-1957, que apreció autoría respecto a quien indicaba una maniobra automovilística a un camionero, sin advertir que por detrás del camión pasaba un peatón, que resultó aplastado contra la pared; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 576; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 807; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 125 s. (con más indicaciones bibliográficas de doctrina favorable a la autoría mediata imprudente).

La rechazan los partidarios de la teoría del dominio del hecho: CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, cit., 1982, p. 174 s., cuando el hombre de atrás realiza una conducta imprudente y el instrumento ejecuta un tipo doloso, en cuyo caso el hombre de atrás no será autor mediato sino directo del delito imprudente (salvo que el tipo imprudente sea de resultado con actividad tipificada, o de mera actividad); GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, t. 37, 1984, p. 123; el mismo, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 150; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 339; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit. 1990, p. 119. Desde la teoría objetivo-formal en su versión modificada rechazan la autoría mediata imprudente MANZANARES SAMANIEGO/ALBARCAR LÓPEZ, *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 1987, p. 212, con el argumento de que el art. 565 hace referencia a quien «ejecutare un hecho», y el autor mediato no lo ejecuta.

güentes sentencias del Tribunal Supremo: en la de 18-10-1982 (A. 5647) una ATS prepara un biberón para un recién nacido agregándole por equivocación un tóxico en lugar de suero glucosado, entregándose-lo a la madre para que lo suministre al recién nacido, lo que provoca la muerte de éste; en la de 15-1-1986 (A. 138) un Médico interno residente ordena negligentemente que se le administre a un paciente alérgico a la estreptomocina un medicamento que la contiene, trasladando la orden al libro de enfermeras, y en virtud de ello la que está de servicio se lo inyecta, muriendo el paciente a consecuencia de la inyección (37). Tampoco hay unanimidad científica respecto a la hipótesis de una coautoría imprudente, es decir, cuando son varios los que realizan conjuntamente una conducta imprudente, por ejemplo, una operación llevada a cabo incorrectamente por dos cirujanos que provoca la muerte del enfermo (38).

Distinta de la coautoría imprudente es la figura de la autoría accesoria imprudente, que en rigor no es un supuesto de codelinquencia, pues falta el acuerdo para la realización conjunta del hecho (39). Lo característico de la autoría accesoria es que supone dos o más hechos realizados por distintos sujetos, que dan lugar a diversos cursos causales (y tam-

(37) En el supuesto de hecho de esta última resolución se plantea además el problema de una posible coautoría mediata o de una autoría mediata en cadena, dado que el M.I.R. había recibido a su vez de otro médico la indicación del tratamiento.

(38) A favor de la coautoría imprudente: MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, p. 421, entendiendo que el común acuerdo no puede referirse al resultado pero sí a la conducta que es obra conjunta de varios sujetos y citando en el mismo sentido a la STS 18-5-1981; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 1989, p. 350 ss., con importantes indicaciones jurisprudenciales; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 577; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, cit., 1990, p. 126 (con más indicaciones bibliográficas de doctrina favorable a la coautoría en el delito imprudente); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 656 nota 388, quien la admite «al menos estructuralmente». También a favor la STS 5-11-1990 (A. 8667, caso «Agustín Rueda»), en el Fundamento de Derecho 1.º del recurso de Nemesio L. T. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 569, la admite, pero al parecer como modalidad de participación.

En contra de la coautoría imprudente: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 339; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, pp. 140 y 150; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 151; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 119.

(39) En este sentido: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 1989, p. 349 s.; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 180; STS 22-6-1982 (A. 3573).

También hay que distinguir la autoría accesoria de la institución llamada «compensación de culpas» por imprudencia de la víctima, puesto que ésta, evidentemente, no puede ser al mismo tiempo autora del hecho; cfr. al respecto TORIO LÓPEZ, «Significación dogmática de la "compensación de culpas" en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, 1989, pp. 709-710. Sobre compensación de culpas por imprudencia de la víctima vid. SSTS: 23-7-1987 (A. 5619); 30-12-1987 (A. 9906); 16-5-1988 (A. 3672); 25-10-1988 (A. 8097), con cita de otras muchas; 26-12-1989 (A. 9788), también con cita de otras muchas; 8-3-1990 (A. 2430).

bién diversas relaciones de riesgo imputables objetivamente) independientes pero cumulativos en relación a un mismo resultado. La doctrina admite por lo general la figura de la autoría accesoria imprudente (40). El tratamiento de la autoría accesoria imprudente no plantea problemas cuando cada curso causal, originado por un hecho imprudente, es capaz de causar por sí solo y con independencia de los demás el resultado y contiene el riesgo de realización de ese resultado, en cuyo caso se impone la responsabilidad a cada sujeto por el correspondiente delito imprudente. Pero como ha resaltado un sector doctrinal (41), sí se plantean problemas cuando *sólo la suma* de hechos imprudentes es capaz de causar ese resultado y además cada uno de esos hechos únicamente representa una porción del riesgo de producción del resultado. Por ejemplo, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 27-9-1982 (A. 4966): en una reunión campestre José deja una escopeta cargada y sin seguro; una amiga, M.^a del Carmen, le pregunta si está cargada, a lo que José le responde despreocupadamente que no, por lo que M.^a del Carmen apunta a un tercero, Antonio, expresando en son de broma: «Tony, que te mato», apretando el gatillo y produciendo la muerte instantánea de Antonio por efecto del disparo; en este ejemplo, el resultado se produce por la suma de las intervenciones de José y M.^a del Carmen. El tratamiento correlativo de esta clase de cursos causales cumulativos en los delitos dolosos es el de reconocer un error relevante sobre el curso causal y castigar a cada sujeto por delito imposible (42). Esta solución no resulta viable en el caso de los hechos imprudentes porque éstos sólo admiten la consumación. Pero la solución tampoco puede ser la de hacer responder a cada sujeto por delito imprudente (y por lo tanto consumado). En tales casos la jurisprudencia recurre al sistema de degradar la clase de imprudencia de cada autor imprudente a una de inferior gravedad (43).

(40) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, pp. 838 (también admite autoría accesoria cuando un curso causal es doloso y el otro imprudente) y 880; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, pp. 284 y 319; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 339; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 184 (en p. 507 admite también la participación accesoria); COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 577; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, p. 809 s. (sin referirse expresamente a la autoría accesoria imprudente); LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 209 nota 26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 635-636 nota 344.

(41) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 209 nota 26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 635 nota 344.

(42) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, reimpresión 1990, p. 163 s.; el mismo, *Introducción*, cit., 1979, p. 50.

(43) Así SSTS: 15-4-1988 (A. 2780); 16-5-1988 (A. 3663); 6-6-1988 (A. 4475); 28-4-1989 (A. 3556); 11-12-1989 (A. 9522); 22-10-1990 (A. 10004). Sin embargo la de 9-2-1990 (A. 1359), pese a reconocer dos hechos imprudentes que causan conjuntamente el resultado, rechaza la degradación con argumentos de imputación objetiva.

La doctrina dominante alemana niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, de manera que todo aquel que infringe la diligencia debida en relación a un resultado lesivo, debe responder como autor (44).

La situación es distinta en la ciencia penal española. Para los partidarios de la teoría objetivo-formal, sobre todo en su versión modificada, es posible y necesario distinguir entre autoría y participación también en los delitos imprudentes, puesto que una de las cláusulas generales que regulan la imprudencia, el artículo 565, exige que el hecho típico en el delito imprudente se corresponda exactamente con el hecho típico del correlativo delito doloso, salvo en sus elementos subjetivos, de lo que se derivaría que para ser autor del delito imprudente se precisan los mismos elementos objetivos que para ser autor de un delito doloso (45). De manera que este sector doctrinal sigue aquí un concepto restrictivo de autor. Ahora bien, el que la teoría objetivo-formal acepte la posibilidad conceptual de una participación en el delito imprudente, no significa que siempre admita la punibilidad de dicha participación; en este terreno existen opiniones enfrentadas: mientras que unos autores están a favor de su punición, otros se manifiestan en contra (46).

Sin embargo, para la mayoría de los partidarios del dominio del hecho, no es posible admitir la participación en el delito imprudente sino sólo la autoría, bien por reconocer que las infracciones imprudentes son delitos consistentes en la infracción de un deber (47), bien indicando que es autor todo aquel que causa el resultado mediante una acción que in-

(44) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 272, con numerosas indicaciones bibliográficas en nota 67.

(45) Cfr. en este sentido especialmente: RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a MEZGER, Tratado de Derecho penal*, t. 1, 3ª ed. 1955, p. 209; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, t. 22, 1969, p. 480; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 815.

Por su parte, VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, pp. 158-159 nota 39, añade un argumento de carácter histórico: el art. 12 del CP de 1822 admitía la participación en la imprudencia; efectivamente este precepto expresaba lo siguiente: «Son delincuentes ó culpables, sujetos á la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito ó de la culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores y fautores, y los receptadores y encubridores» (cursiva añadida).

(46) Cfr. las diversas posiciones en LUZÓN PEÑA, *DP de la circulación*, cit., 2ª ed., 1990, p. 93 s. Además de los ahí indicados, vid. la opinión favorable a distinguir entre autoría y participación en el delito imprudente de: VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, p. 142; RUIZ ANTÓN, «La doctrina jurisprudencial sobre el delito de quiebra fraudulenta cometida culposamente y la teoría de la participación», *La ley*, 1983, t. 1, p. 199; QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 569; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 579; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, p. 812; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, cit., 1990, p. 124.

(47) Sobre la aceptación en España de esta construcción de ROXIN, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 728-729 nota 54.

fringe la norma de cuidado (48). Este sector doctrinal sigue pues, como en Alemania, un concepto unitario de autor en el delito imprudente. Sólo los partidarios de la «pertenencia del hecho» (49) y los de la «determinación objetiva y positiva del hecho» (50) admiten la existencia de la participación en delito imprudente, punible los primeros e impune los segundos, con lo que siguen también aquí un concepto restrictivo de autor.

Problemas especiales presentan las hipótesis de participación imprudente en delito doloso (51) y de participación dolosa en delito imprudente (52, 53). En referencia a la segunda hipótesis algunos autores han expresado que, como consecuencia de la inclusión del dolo en el tipo según el esquema finalista, la participación dolosa en un hecho requiere el dolo del autor, con lo que si el autor actúa sin dolo, el otro codelincuente doloso sólo podrá responder, cuando ello sea posible, como autor mediato, pero no como partícipe (54). En mi opinión, el tratamiento de ambas hipótesis dependerá de la concepción de la teoría del delito en general y de la autoría en particular que se sustente. Si se adopta un concepto personal

(48) Así especialmente CEREZO MIR, *Problemas fundamentales* cit., 1982, p. 171, si bien destaca que también existen delitos imprudentes de mera actividad. También: GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, t. 37, 1984, p. 122 s.; el mismo, *Teoría jurídica*, cit., 1984, pp. 509, 522 y 539; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 182; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120.

(49) Cfr. MIR PUIG, *PG*, cit., 3ª ed., 1990, p. 397 ss.

(50) Cfr. LUZÓN PEÑA, *DP de la circulación*, cit., 1990, p. 91 ss.; el mismo, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 199 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 283 n. 94, 581 y 691. Estos autores añaden, no obstante, que el criterio de la infracción de un deber puede jugar un papel en la explicación de la autoría: LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, pp. 210-212; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 633-635 nota 342.

(51) Por ejemplo, el caso Vinader; vid. sobre él Sentencia de la Audiencia Nacional de 17-11-1981; STS 29-1-1983 (A. 702); y STC 105/83, de 23 de noviembre de 1983.

(52) Por ejemplo, el padre con intención de lesionar a su hijo de seis meses entrega a la madre un biberón excesivamente caliente, sin que ésta, de forma negligente, compruebe la temperatura del mismo, cuya ingestión provoca en el niño graves quemaduras.

(53) Mencionan esta hipótesis: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986 p. 462; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 848 (inducción a delito imprudente); GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, p. 148; el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. 1990, pp. 165 s. y 173 s.; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit. 1982, p. 278 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, t. 37, 1984, p. 123 nota 80; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, reedición de la 12ª ed., 1989, p. 818 s.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 554 s.; MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, p. 426; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 393; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit. 1991, p. 212 ss.

(54) Cfr. en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, cit., 1979, p. 148; el mismo, *Estudios*, cit., 3ª ed., 1990, p. 173. Le siguen: QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, p. 68 y passim; MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, p. 426; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 157; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., 1986, p. 508; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 181; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, pp. 120 y 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 581.

de injusto y además un concepto restrictivo de autor cabe enunciar como regla general que las dos hipótesis antes mencionadas no son aceptables. Esta regla se fundamenta en el principio de accesoriedad y en la unidad del título de imputación, pues si se sigue coherentemente la teoría del injusto personal, que distingue tajantemente entre tipos dolosos y tipos imprudentes, no es posible que autor y partícipe respondan por tipos de injusto distintos (uno doloso y otro imprudente); ello estaría impedido por la accesoriedad y la exigencia de la unidad del título de imputación entre los codelincuentes (55). Sin embargo, en ocasiones, es posible que los tipos de injusto del autor y del partícipe sean dispares, constituyendo por tanto excepciones a la regla, de modo que en estos casos pueden ser admisibles conceptualmente las construcciones de participación dolosa en delito imprudente o de participación imprudente en delito doloso (56). Tales excepciones se justifican en el principio de reponsabilidad subjetiva, que exige que cualquier codelincuente, sea autor o sea partícipe, responda de conformidad al tipo subjetivo que efectivamente ha realizado (57). Se produce aquí un conflicto entre el principio de accesoriedad y el principio de responsabilidad subjetiva, del que resulta una preferencia de este último en detrimento del primero (58). Como tales excepciones pueden mencionarse, sin intención de exhaustividad, los siguientes supuestos: exceso del autor con imprudencia del inductor respecto a dicho exceso (59); participación en un delito simple, realizando sin embargo el

(55) Por ello desde los presupuestos que se han indicado no puede compartirse totalmente la opinión de RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, p. 331, conforme a la cual el elemento subjetivo del partícipe no queda cubierto por el principio de accesoriedad. Esta opinión es, sin embargo, plenamente coherente desde los planteamientos del concepto causalista del delito.

Sin embargo, de forma contradictoria (en cuanto que parte de una perspectiva causalista), RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, cit. 1989, p. 818 s., sustenta la opinión contraria a la de RUIZ ANTÓN, rechazando la posibilidad de participación dolosa en delito imprudente y la de participación imprudente en delito doloso.

(56) Por ello tampoco puede ser compartida la posición extrema de que nunca es admisible una participación imprudente en un delito doloso, sostenida por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 510 ss., y por OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., pág. 525 ss.

(57) Muy correctamente sobre este punto se manifiestan las SSTs 6-4-1990 (A. 3188) y 28-11-1990 (A. 9208).

(58) En este sentido PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 355. Antecedentes de esta opinión se encuentran ya en: ANTÓN ONECA, *DP*, cit., 1986, p. 457; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, pp. 309-310; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 867: «Puede suceder que la ley, mediante sus reglas sobre el error, obligue, para mantener el principio de culpabilidad, a romper la unidad de calificación [...]».

(59) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976 p. 859 nota 77 y p. 861; y BALDO LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, Ponente Díaz Palos)», *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 1117 ss. No obstante, ambos autores resuelven este caso con un concurso entre inducción (dolosa) respecto al delito al que dolosamente se indujo y autoría (y no participación) por imprudencia respecto al delito más grave.

Sobre exceso vid. SSTs: 30-4-1971 (A. 1995); 30-12-1980 (A. 5073); 22-11-1988 (A. 9231); 14-9-1989 (A. 6644).

autor un delito complejo, mediando imprudencia del partícipe respecto a la otra parte del complejo (60); error *in objeto* o *in persona* del autor que da lugar a una *aberratio ictus* en el partícipe (61); error vencible del partícipe respecto a un elemento cualificante del tipo realizado por el autor (62); etc (63). Ahora bien, que por excepción estas hipótesis sean *conceptualmente* admisibles, no significa que siempre sean *punibles*. Así, por lo que se refiere a la participación imprudente, la posibilidad de que genere responsabilidad penal requeriría demostrar previamente dos cosas: en primer lugar que es compatible la imprudencia —lo que en algunas de la siguientes modalidades de participación es muy discutible (64)— con un tomar parte directa en la ejecución, o con una inducción (65), o con una cooperación necesaria o no necesaria (66); y en segundo

(60) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., p. 321. Sobre la evolución de la jurisprudencia relativa a la participación en el robo con homicidio, vid. las SSTs: 20-5-1988 (A. 3699); 22-11-1988 (A. 9231); 2-3-1987 (A. 1848).

(61) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 245 ss. Vid, un supuesto de estas características en la STS 23-4-1988 (A. 2853), que estima irrelevante el error de los autores en relación a la conducta del partícipe.

(62) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 342. También se plantea este problema en la STS 23-4-1988 (A. 2853).

(63) En el caso del apaleamiento y posterior muerte del recluso Agustín Rueda (STS 5-11-1990, A. 8667), en el que se plantea el binomio lesiones dolosas-homicidio imprudente, el TS, ante el problema de la calificación del Director y Subdirector del Centro Penitenciario que ordenaron las lesiones y omitieron la evitación de la muerte, les considera responsables como inductores a lesiones dolosas y como *autores* en comisión por omisión del delito de homicidio imprudente. Sobre la sentencia de instancia en este caso vid. el comentario de MAQUEDA ABREU, «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso “Rueda”», *La Ley*, 1988, t. 3, p. 769 ss.

(64) Rechazan en general la participación *por* imprudencia (aunque no la participación en el delito imprudente): COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 579; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, p. 812.

Con carácter general observa MIR PUIG, *PG*, 3ª ed. 1990 p. 426: «Pero adviértase que, en el sentido empleado, “participación imprudente” significa sólo que el partícipe (aquí el inductor) actúa imprudentemente respecto al *resultado típico principal*, no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida: no se admite la “participación *por* imprudencia”» (cursivas en el original). En sentido similar se manifiesta QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 569. La observación de MIR PUIG es correcta, pues es consustancial a toda responsabilidad imprudente que la conducta sea voluntaria; así, el que conduce un vehículo sin observar el deber objetivo de cuidado y produce un resultado de muerte, *quiere* conducir, aunque no matar. Como indicó Juan DEL ROSAL, «Sobre la codeinfluencia culposa», *ADPCP*, t. 6, 1953, p. 535, a diferencia del delito doloso, la participación en el delito imprudente sólo «exige dos ingredientes: a) *La voluntad de la propia acción u omisión*; b) *La consciencia de cooperar en la acción de otro*» (cursivas añadidas).

(65) Algunos autores han hegado la figura de la inducción imprudente; así: RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 852: «Es en sí misma inimaginable la culposa creación en otro de la decisión de ejecutar el hecho, pero tal comportamiento no constituye *inducción* en el sentido del número 2 del artículo 14, ni es punible como tal inducción. Puede, no obstante, aparecer dicha conducta como una culposa causación del resultado producido por el ejecutor material y, en tal sentido ser punible a título de imprudencia» (cursiva en el original); RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, p. 279: no es posible hablar «de una *inducción punible culposamente* porque el concepto en-

lugar, que una vez afirmada la compatibilidad, la conducta de participación imprudente está prevista legalmente como punible, punto este que como ya indiqué es discutido. Lo que no me parece admisible desde la premisa de un concepto restrictivo de autor es sortear estas dos cuestiones y «reconvertir» una conducta que objetivamente es de participación (imprudente) en otra de autoría (imprudente) (67). La infracción de la norma de cuidado, por sí sola, no es capaz de transformar la realidad objetiva. Además, no puede ser correcto que si el sujeto hace lo más grave —participar como cómplice doloso en unas lesiones del párrafo primero del artículo 420— pueda ser castigado con menos intensidad que si hace lo me-

cierra un contrasentido lógico. Existe una evidente incompatibilidad sistemática entre la estructura de la inducción y la responsabilidad por imprudencia. En su momento se vio cómo la inducción requiere necesariamente de una voluntad referida al resultado del hecho principal, y precisamente la ausencia de esa misma voluntad es lo que caracteriza [...] al actuar imprudente» (cursiva en el original); BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, pp. 336 y 340; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1986, p. 162; BALDO LAVILLA, *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 1115 nota 105: «El primer objeto de referencia del doble dolo [exigible en la inducción] lo constituye la propia conducta del inductor que provoca la resolución (primer resultado de la inducción). Esta conducta debe ser necesariamente dolosa, bastando el dolo eventual, lo cual excluye que se responda por inducción en los casos de provocación por imprudencia de la resolución»; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 184; SAINZ CANTERO, *Leciones*, cit., 1990, p. 823.

La jurisprudencia ha admitido en algún caso la posibilidad de inducción «preterintencional»; vid., por ej., STS 24-6-1987 (A. 4998); rechaza la preterintencionalidad en la inducción respecto al caso concreto de la de 14-9-1989 (A. 6644). La muy interesante STS 17-7-1990 (A. 6728) contempla el siguiente supuesto de hecho: Héctor reta a Carlos a que acierte a disparar una botella que aquél sostiene en su mano, pero Carlos yerra en el tiro y produce la muerte de Héctor; obviamente, el TS rechaza aquí la inducción de la víctima a un delito imprudente pero consentido, puesto que no se puede ser partícipe de la propia muerte; lo interesante de este caso es el tema del consentimiento. Por otro lado, el TS suele admitir el dolo eventual en la inducción: vid., por ej., la STS 25-4-1988 (A. 2872).

(66) Aceptan la compatibilidad: RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, pp. 881 y 895; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, pp. 315-316: «A mi juicio nada impide poder construir conceptualmente una complicidad o una cooperación necesaria culposa; el problema de si tales actos de auxilio son merecedores de una desaprobación jurídico-penalmente relevante debe ser resultado a la luz de la posibilidad de imputar objetivamente el resultado, de acuerdo con los principios de la teoría del fin de protección de la norma».

Por el contrario creen que es incompatible la imprudencia con la cooperación necesaria o la complicidad: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit. 1984, p. 340; BACIGALUPO, *Principios*, 1985, p. 165; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 185.

(67) Esta forma de proceder es característica de un modelo «negativo» o «residual» de autor, conforme al cual si no resulta posible fundamentar una responsabilidad por participación, se califica como autoría, cubriendo así lagunas de punibilidad. Críticamente sobre este modelo negativo o residual se manifiesta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 281-284, siguiendo a ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5ª ed., 1990, p. 27. En este contexto siguen siendo válidas las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 298: «El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice *expresamente*» (cursiva en el original).

nos grave —participar como cómplice imprudente en ese mismo tipo, pero sancionándole como si fuera autor de un delito de imprudente—; así, por ejemplo, si un policía al que se le ha encomendado la vigilancia de una persona amenazada de lesión se despista de sus labores de vigilancia y el despiste es aprovechado por el amenazador para cumplir su amenaza, el policía responderá según la tesis que se critica como autor de un delito de lesiones imprudentes, con la pena de prisión menor, como mínimo, si la imprudencia es temeraria; mientras que si ese mismo policía acuerda con el amenazador conducir a la víctima a un lugar donde cometer el delito, la pena del policía como cómplice (doloso) de un delito de lesiones dolosas del 420, párrafo primero, será de arresto mayor; lo que resulta injusto en relación al caso anterior y es, por tanto, un motivo de rechazo de la tesis que reconvierte conductas de participación imprudente en otras de autoría imprudente.

Estas consideraciones no son compartidas por la jurisprudencia española, que sigue una teoría causal del delito. La tendencia mayoritaria de la praxis en este campo de la autoría en el delito imprudente es adoptar una teoría extensivo-causal y considerar autor a todo aquel que por imprudencia haya causado un resultado lesivo; sólo algunas sentencias admiten la posibilidad conceptual y la punibilidad de la participación en el delito imprudente (68).

3. La autoría en los delitos de omisión

En cuanto a los delitos de omisión, el primer problema que se plantea es qué modalidades de autoría son susceptibles de cometerse mediante omisión. No se discute en la doctrina española la figura de la autoría más simple, la autoría única e inmediata, cometida por omisión. Como es lógico, se exige para ella lo mismo que se requiere para el correspondiente tipo de omisión, sea éste de omisión propia sea de omisión impropia o comisión por omisión. Así para la autoría de este último es preciso que se den todos los elementos típicos y además que exista un elemento adicional: según unos la posición de garante, según otros la creación del riesgo de que se produzca la lesión del bien jurídico, y según un tercer grupo la creación o bien el aumen-

(68) Cfr. al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., t. I, 1976, p. 815 ss.; y LUZÓN PEÑA, *DP de la circulación*, cit., 1990, pp. 83 y 90.

Quando la jurisprudencia ha admitido la posibilidad y punición de la participación en el delito imprudente, lo ha hecho exigiendo dos requisitos: uno subjetivo, consistente en el acuerdo de voluntades respecto al acto pero no respecto al resultado; y otro objetivo, constituido bien por la intervención en la ejecución del acto, bien por la fuerza ejercida o inducción dirigida a la realización del acto, bien por la cooperación para la realización del mismo; vid. en este sentido SSTS: 16-11-1979 (A. 4241); 22-6-1982 (A. 3573); 27-5-1985 (A. 2540).

to del riesgo de lesión (69). La jurisprudencia es enormemente restrictiva para apreciar omisión impropia en los delitos dolosos (70), y en consecuencia, también lo es para estimar la autoría en esa modalidad omisiva.

Más discusión suscita la hipótesis de una autoría mediata por omisión. Mientras que un sector de la doctrina acepta esta posibilidad (71), otro la rechaza aduciéndose en ocasiones que no es imaginable una instrumentalización de un sujeto mediante una omisión (72).

Por lo que respecta a la coautoría —si es que se admite como modalidad de autoría— a través de la omisión, se mantienen las mismas posiciones de aceptación (73) o de rechazo (74).

En estrecha relación con la cuestión de la autoría en el ámbito de los delitos omisivos, se plantean tres grupos de problemas, cuya admisión y punibilidad es discutible: la participación activa en un delito de omisión, la participación omisiva en un delito de omisión y la participación omisiva en un delito de acción.

(69) Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 234 ss. Sobre la figura del art. 14, 1º (en relación con el art. 15 bis) en una comisión por omisión, vid. STS 30-11-1990 (A. 9269).

(70) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, cit., 1979, p. 178.

(71) Así: MIR PUIG, *PG*, cit. 3ª ed., p. 408.

(72) En este sentido: BUSTOS, *PG*, cit., 1984, p. 340; BACIGALUPO, *Principios*, cit. 1985, p. 194; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit. 1986, p. 591; JAÉN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120. Este sector doctrinal sí admite la autoría mediata activa cuando se impide (activamente) que el instrumento realice la acción debida, obligándolo por tanto a omitir, pero esta solución implica reconocer un delito comisivo, porque para estos autores la autoría mediata es autoría y por lo tanto determinante de la naturaleza activa del hecho.

(73) Así: MIR PUIG, *PG*, cit. 3ª ed., p. 422, quien añade que cuando los sujetos intervienen unos activamente y otros omisivamente, es preferible considerar al omitente como partícipe, y más concretamente como cooperador, de un delito de comisión, en virtud del criterio de la preferencia de la calificación del hecho como delito de comisión positiva; VILA MAYO, «Colaboración y coautoría por acción y por omisión en los delitos de terrorismo». El TS casa la sentencia de la AN dictada en el asesinato del industrial Bultó», *La Ley*, 1981, t. 2, p. 531 (aunque en realidad parece admitir la cooperación necesaria por omisión); SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 389.

La STS 26-9-1990 (A. 5679, Fundamento de Derecho núm. 13) parece admitir que la figura del art. 14, 1º puede cometerse mediante omisión.

(74) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 288, respecto a la omisión propia porque en su opinión, entre otras razones, no existe en ella la posibilidad de una división del trabajo; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 827 nota 6; BUSTOS, *PG*, cit., 1984, p. 340, alegando que la coautoría requiere acuerdo sobre un plan de ejecución; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, pp. 151 y 194, con el argumento de que en la omisión no se da un dolo en el sentido de los delitos comisivos, y por consiguiente, no es posible una decisión común al hecho; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 576, respecto a la omisión propia; JAÉN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120.

Los dos primeros grupos de dificultades tratan de la cuestión de si cabe participación (activa u omisiva) en el delito de omisión. Pues bien, un sector doctrinal solventa lá cuestión negando a priori la posibilidad de toda participación, sea de la clase que sea, en los delitos omisivos, con lo que la omisión sólo sería susceptible de ser cometida en autoría (75). Sin embargo, no toda la doctrina opina de igual manera; hay autores que no manifiestan un rechazo global y genérico de la participación en los delitos omisivos, por lo que conviene analizar más particularizadamente cada una de las hipótesis mencionadas.

Por lo que respecta al primer grupo de problemas, es decir: si cabe la participación mediante acción en un delito de omisión (76), hay quienes creen admisible la modalidad de una activa cooperación (necesaria o no) en un delito de omisión (77) o la de una inducción activa a un omitir (78). En caso de que se acepte esta figura de la participación activa en un delito omisivo, se suscita la dificultad adicional de diferenciarla de la muy discutida categoría de la «omisión por comisión» (79).

El segundo grupo de problemas plantea el tema de si las concretas formas de participación son susceptibles de realizarse mediante una omisión. Por lo que a este aspecto se refiere, suele negarse la posibilidad de una inducción por omisión (80), y aunque se aceptara tal posibilidad,

(75) En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 340 s.; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 195 s.

(76) Rechaza esta posibilidad con carácter general JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120.

(77) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 301 ss., pero sólo en los supuestos de «auxilio psíquico»; Ruiz ANTÓN, *El agente provocador*, cit. 1982, p. 315, respecto al ejemplo de WELZEL de quien entrega dinero al obligado a actuar en un accidente de tráfico para disuadirle de intervenir.

(78) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, pp. 289 s. y 297-301, si bien admite que en algunos supuestos la inducción activa a una omisión propia puede convertirse en autoría activa de un delito comisivo; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., 1989, p. 590, quienes la admiten en la omisión impropia (sea el inductor garante o no), pero no en la mayoría de los casos de la propia, porque lo más frecuente será que el inductor estará también obligado a actuar, convirtiéndose entonces en autor; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, n° 38, 1989, p. 394 nota 127; QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 568, respecto a la omisión propia, si el que induce no tiene capacidad de obrar.

(79) Cfr. sobre ella: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 294; menciona sus distintas hipótesis (aunque rechazándola en general) BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 196 s.; críticamente también SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 219 s.

(80) En este sentido: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. 1986, p. 473; BUSTOS, *PG*, cit., 1984, p. 341; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 520 s.; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, pp. 162 y 194 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., 1986, pp. 534 y 590; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, n° 38, 1989, p. 389 nota 103, p. 390 y p. 397 nota 139; MUÑOZ CONDE, *Teoría General*, cit., 1989, p. 184; MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., cit., 1990, p. 432, aunque indica que el no impedir la aparición en otro de la

se suscitarían dificultades de prueba prácticamente insuperables. Sin embargo, las hipótesis de cooperación necesaria o complicidad mediante omisión son objeto de desacuerdo, pues frente a las opiniones que las aceptan (81), otras se muestran en contra de su estimación, en ocasiones con el argumento de que el Código incluye en los artículos 14, 3.º y 16 el término «acto» que impide la cooperación omisiva (82).

La polémica doctrinal y jurisprudencial se intensifica, como en Alemania, cuando se trata del tercer grupo de supuestos (participación omisiva en un delito de acción), y especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido mediante acción por otro sujeto (83). Para simplificar las posturas (84), distinguiré entre los que no admiten tal participación y los que sí la admiten:

resolución delictiva podría ser punible, si se admite, como cooperación por omisión; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 244 nota 36, estima que la inducción por omisión es conceptualmente casi inimaginable y que en los caos extremos en que la pasividad de una persona pueda interpretarse como incitación al delito de otra, se suscita el problema de si tal comportamiento pasivo es compatible con los términos legales del art. 14, 2º que exige inducir «directamente» a otros a ejecutar el delito; DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *CPC*, nº 40, 1990, p. 128 s., opina que por regla general no es posible una inducción por omisión, ni siquiera en la hipótesis imaginada por Luzón, y que a lo sumo es admisible una inducción mediata, cuando p. e., un padre instrumentaliza a su hijo menor de edad, no impidiendo el padre que dicho hijo induzca a un tercero a cometer un hurto; lo que a mi juicio no explica Del Rosal Blanco, es en virtud de qué precepto habría que castigar tal inducción mediata, puesto que el art. 14, 2 exige una inducción «directa»; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, 1990, p. 120.

La única opinión discrepante es la de RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 851 s., para quien cabe la inducción por omisión en casos en que la omisión da lugar a una fuerza moral que representa el último y determinante impulso en virtud del cual el autor material se decide a actuar.

(81) En este sentido: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 301 s., pero sólo en la modalidad de auxilio psíquico; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 892 ss., aquí con más amplitud; VIVES ANTÓN, *el agente provocador*, cit., 1982, p. 314, pero exigiendo en el cooperador un deber de garante «no equiparable a la autoría mediante omisión»; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 535 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., pp. 534 y 591, pero sólo en la omisión impropia cuando el partícipe no es garante; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ, *CP (Comentarios y Jurisprudencia)*, cit., 1987, p. 226; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 185 (en relación a la complicidad); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit. 1990, p. 582; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, pp. 811, 825 s. y 829; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, n.º 40, 1990, pp. 126 s. y 129; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 246.

(82) Así: ANTÓN ONECA, *DP*, cit., 1986, p. 196, aunque en p. 458 parece adoptar la posición contraria. Por su parte MIR PUIG, *PG*, cit. 3ª ed., si bien en principio acepta las figuras de cooperación necesaria omisiva y complicidad omisiva (pp. 408 y 422), en p. 439 s. menciona la dificultad del término legal «acto» y propone una solución *de lege ferenda*.

(83) Sobre el planteamiento del problema cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, cit., 1979, pp. 138-139 y nota 13.

(84) Véase para lo que sigue las distintas posiciones recogidas por: LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, pp. 233-234 nota 15; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 386 s.; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, nº 40, 1990, p. 195.

a) La no admisión se fundamenta en la idea de que el garante es autor del tipo no impedido en comisión por omisión, siempre que el tipo lo permita; si no hay posición de garante, el sujeto será autor de la omisión del deber de impedir determinados delitos (85).

b) Dentro de la postura que sí admite la participación omisiva en un delito comisivo cabe distinguir a su vez varias posiciones:

ba) Los que exigen al omitente los mismos requisitos que al autor para calificarle como partícipe (en comisión por omisión) de un delito de acción, y esta exigencia puede consistir bien en la posición de garante (86), bien en el aumento o contribución al aumento del riesgo (87).

bb) Para otros, el garante omitente es siempre autor, pero cabe una cooperación, necesaria o no, por omisión del no garante en un delito doloso comisivo (88).

bc) Según otra opinión, el garante omitente es, por regla general, autor pero puede ser partícipe en comisión por omisión cuando el tipo exige condiciones especiales de autoría (delitos de propia mano, delitos especiales propios) que no reúne dicho omitente garante (89).

bd) Un sector doctrinal entiende, finalmente, que la no evitación de un delito de acción puede dar lugar a autoría o a participación según los casos (90). Habrá autoría accesoria o coautoría en comisión por omisión, si hay identidad estructural con la comisión. Y habrá participación en comisión por omisión en dos situaciones: cuando al sujeto, pese a asumir el control de un riesgo que se realizará de modo inmediato en un resultado típico de la Parte Especial, le faltan las condiciones especiales de autoría o el tipo no es susceptible de ser cometido por omisión; y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva de un sujeto que en el

(85) En este sentido: BUSTOS RAMIREZ, *PG*, cit., 1984, p. 341; parece inclinarse también por esta opinión BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 195.

(86) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 380 s.; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 892 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *Recensión* al libro de BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, *ADPCP*, t. 23, 1970, p. 725 s., si bien pone en duda que la equivalencia de la omisión a la acción pueda alcanzarse simplemente con la exigencia de la posición de garante; el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 281 ss., en referencia al tipo de auxilio al suicidio; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, nº 40, 1990, p. 126 s.

(87) Así LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 243 ss.; si no se produce ese aumento o contribución al aumento del riesgo, LUZÓN estima que el sujeto responderá como autor de una omisión propia (arts. 338 bis, 489 ter, 371 párrafo 3º), con agravación en caso de que ostente una posición de garante.

(88) En este sentido OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., 1986, pp. 546 y 590. Es posible que se encuadre en esta opinión también CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, cit., 1982, p. 345 s.

(89) Así: GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit. 1984, p. 608; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 59 nota 162.

(90) En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 388 ss.

caso concreto obra como partícipe, sea inductor, cooperador necesario o cómplice (91).

A mi entender, deben ser rechazadas aquellas opiniones conforme a las cuales el garante sólo puede ser autor y nunca puede ser partícipe, es decir, las opiniones señaladas bajo a). Pienso que el argumento de justicia material ofrecido al respecto por Gimbernat sigue siendo convincente: «pues si el padre hace algo más que presenciar, inactivo, como un tercer mata a su hijo, y él mismo le da al homicida el cuchillo instrumento del delito, esta acción positiva es de complicidad. Con lo que resulta que lo más —la acción: pues es más grave intervenir activamente en el delito que no la mera abstención—, es complicidad; y lo menos —la omisión—, es autoría; y que lo que le interesa al padre es que califiquen su conducta por lo más grave —por la entrega del cuchillo—, que por lo menos grave —por la mera inactividad—» (92). Junto a este argumento puede aducirse otro de carácter sistemático: sólo en supuestos excepcionales nuestro Código Penal eleva a la categoría de autor intervenciones omisivas en referencia a un delito de acción, como ocurre en el párrafo segundo del artículo 502, que contiene una presunción de autoría por omisión del delito no impedido (93); luego, por regla general, el garante omitente será partícipe.

Por lo que respecta a la jurisprudencia vertida sobre este tema desde 1987 hasta 1990 (94), conviene resaltar las siguientes características: el Tribunal Supremo ha estimado que el problema se plantea en los casos en que ante la comisión de un delito, se da la presencia inactiva de otro sujeto, y sobre todo cuando no consta el concierto de voluntades entre los codelincuentes activos y el sujeto inactivo (95); en tales casos, de forma mayoritaria, se castiga por cooperación necesaria o complicidad en comisión por omisión, exigiéndose la posición de garante en el omitente bien a través de la teoría formal, bien a través de la teoría funcional, bien a través de la teoría de la contención del riesgo (96); no obstan-

(91) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, CPC, nº 38, 1989, p. 389 s. y 397.

(92) GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, t. 23, 1970, p. 725.

(93) Sobre este precepto llamó la atención ANTÓN ONECA, *DP*, cit., 1986, p. 458. La expresión «presunción de autoría por omisión» proviene de QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed. (puesta al día por GARCÍA VALDÉS), 1977, p. 456. No obstante, la constitucionalidad de esta disposición ha sido puesta en duda por VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., 1988, p. 788 s.

(94) Sobre la jurisprudencia anterior a 1987, cfr. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 230 nota 5 y p. 246 notas 39 y 41.

(95) Vid. STS 22-11-1988 (A. 9229).

(96) Exigen la posición de garante las SSTS: 26-2-1987 (A. 2253); 13-12-1988 (A. 9505); 21-4-1989 (A. 3480); 16-2-1990 (A. 1562); 26-6-1990 (A. 5679); 3-12-1990 (A. 9863); 17-12-1990 (A. 9526). Vid. también, fuera del período de tiempo acotado, STS 30-10-1984 (A. 5112).

No la exigen o no la mencionan las SSTS: 27-1-1988 (A. 496); 22-11-1988 (A. 9229); 21-2-1990 (A. 1594).

te, en algunas ocasiones en que se llega a tal calificación resulta muy dudoso que se trate de una verdadera omisión (97); puesto que el Tribunal Supremo entiende generalmente que todas las figuras del artículo 14 son de autoría y que además son intercambiables entre sí, resulta difícil a veces determinar si al omitente se le considera autor en sentido estricto o partícipe (98); y por último, es de resaltar que la cooperación necesaria o complicidad omisiva se ha admitido en tipos comisivos de mera actividad (99) o de medios comisivos determinados (100).

Muchas gracias.

(97) P. e., en la STS 16-2-1990 (A. 1562), puesto que el sujeto en cuestión ya había realizado una conducta positiva de vigilancia respecto a la víctima.

(98) Vid., p. e., STS 26-6-1990 (A. 5679).

(99) Vid. STS 27-1-1988 (A. 496), respecto a un delito de violación.

(100) Así STS 22-11-1988 (A. 9229), respecto a un delito de robo con intimidación.

La tentativa con dolo eventual

JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA

Profesor Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho de Lleida (*)

1. INTRODUCCION

El presente trabajo supone la profundización en una línea de investigación que de modo parcial esboqué con ocasión del estudio de los problemas concursales entre el delito de propagación maliciosa de enfermedades transmisibles a las personas (art. 348-bis C.P.) y los delitos de lesiones (1), y responde al deseo de abordar globalmente la cuestión relativa a la compatibilidad entre las formas imperfectas de ejecución y el dolo eventual. La escasa literatura producida acerca del tema, especialmente en el ámbito de la doctrina española, no es precisamente indicativa de su carácter poco problemático. Lejos de presentarse como una cuestión pacífica, la complejidad de la materia subyacente y la multiplicidad de dimensiones en las que se proyecta la hacen merecedora de un creciente interés.

2. POSTURAS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y COMPARADA

Por las razones antedichas, sorprende la parca atención que el tema ha despertado en el conjunto de la doctrina española, si se establece como parámetro comparativo los trabajos publicados en Alemania, Suiza, Italia y Portugal. El menor desarrollo de la dogmática jurídico-penal en

(*) La realización de este trabajo de investigación ha sido posible gracias a la subvención concedida por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio Español de Educación y Ciencia.

(1) Vid. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona 1990, pág. 62-68.

este punto se corresponde, lo que no es de extrañar, con un mayor molitismo teórico, pues es superior el grado de consenso en torno a la posición dominante que lo que puede reputarse habitual en la doctrina comparada, en cuyo seno se ha generado un debate que refleja mejor el carácter problemático de nuestro objeto de estudio. A esta situación de consenso doctrinal contribuye probablemente el concepto legal de tentativa presente en el artículo 3 del Código Penal español, de contenido preferentemente objetivo, que carece de referencias subjetivas explícitas que puedan favorecer las tentaciones especulativas del intérprete.

2.1. Tesis afirmativas

En el ámbito de la doctrina española, constituye una actitud bastante generalizada por parte de los autores que se han enfrentado a alguno de los aspectos relacionados con el tema, la asunción indiscutida de la punibilidad de las formas imperfectas de ejecución con dolo eventual. En este sentido cabe destacar la postura tradicional patrocinada por Jiménez de Asua (2), Antón Oneca (3) y Rodríguez Mourullo (4). Esta tesis ha sido desarrollada entre nosotros por Farre Trepát, quien constata también «un clima de aceptación incuestionada sobre la punición de la tentativa con dolo eventual», conclusión que resulta de un razonamiento lógico-formal basado en dos premisas: la inserción del dolo eventual en los dominios del dolo junto al directo de primer y de segundo grado, y la coincidencia entre la parte subjetiva del tipo de la tentativa y la correspondiente al delito consumado (aunque la autora no comparte esta segunda premisa) (5). La citada autora, sobre la base de la concepción del injusto propiciada por Mir Puig (6), fundamenta el con-

(2) Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, pág. 899, quien fundamenta su posición afirmativa en el componente objetivo que considera predominante en la estructura de la tentativa con arreglo al Código Penal español, aunque asume las tesis negativas que en Alemania exigen la presencia del dolo directo en la tentativa con base en la referencia del anterior párrafo 43 del StGB al término «resolución». La negativa a la admisión de la tentativa con dolo eventual se hace por ello aún más patente en Argentina, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, cuyo Código Penal recurre en la definición de la tentativa punible a la expresión «el que con el fin de cometer un delito determinado...».

(3) Vid. ANTON ONECA, *Derecho Penal-parte general*, 1949, pág. 408.

(4) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, EN *COMENTARIOS AL CODIGO PENAL* (con otros autores), t. I, pág. 96, quien basa en la identidad entre el elemento subjetivo de la tentativa y el del delito consumado (Vid. *Infra* críticas a dicha tesis), la afirmación de que sirven para ambos supuestos las mismas categorías de dolo.

(5) Vid. FARRE TREPAT, Elena: *La tentativa de delito*, Barcelona 1986, pág. 93,

(6) Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal-parte general*, Barcelona 1990, pág. 151-153, y del mismo autor, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1988, III, pág. 661-662.

tenido material del tipo de injusto de la tentativa de modo unilateral en la peligrosidad objetiva para el bien jurídico determinada «ex ante». asumiendo además la teoría dominante en lo que respecta a la consideración del dolo eventual como una forma más de dolo en cuanto a su estructura, todo lo cual le lleva a concluir que «no corresponderá dar a la tentativa con dolo eventual un tratamiento distinto a aquélla en la que concurren otras formas de dolo». (7).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido en repetidas ocasiones una postura favorable a la tentativa con dolo eventual, aunque en ningún momento tal posición es objeto de motivación, sino que la misma se asume como algo ya dado, como hecho indiscutido. La mayoría de resoluciones en las que es posible comprobar un pronunciamiento sobre el particular conciernen a delitos de homicidio o asesinato, en los que el recurso a la afirmación de la presencia de un dolo cuanto menos eventual constituye un cómodo expediente argumental para dar una respuesta positiva al siempre azaroso problema de la determinación, a partir de datos objetivos, de la concurrencia del «animus necandi» necesario para calificar los hechos como homicidio frustrado o intentado en lugar de delito o falta de lesiones (8). No es de extrañar por consiguiente que puedan hallarse fisuras en dicha doctrina jurisprudencial, en el sentido de cuestionar que nos encontremos ante un criterio definitivo. Sirva como muestra de la fragilidad de tal línea jurisprudencial la sentencia de 20 de febrero de 1989 que se refiere a «ese dolo

(7) Vid. FARRE TREPAT, Elena: *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986-I, pág. 268-269. De ello infiere la autora que «deberá negarse la punición de aquellos hechos en los que un tal peligro de lesión concorra, y ello con independencia de que el autor se dirija a dicha lesión, se la represente como segura o simplemente como probable». En parecidos términos, Vid. «La tentativa de delito», cit., pág. 95: «En conclusión, la punición de la tentativa no dependerá, ni se verá condicionada en un principio, por el hecho de que la misma sea realizada con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual, sino de la peligrosidad ex ante que la misma crea para el bien jurídico». A partir de este razonamiento, apunta la posibilidad de prever una doble atenuación de los supuestos de tentativa con dolo eventual, dado que su contenido de injusto podría ser inferior, aunque para ello sería necesario demostrar «que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido».

(8) Vid. En este sentido, las ss TS de 7-3-1981 (R. Ar. 1228), en la que se declara que «la muerte fue aceptada voluntariamente como resultado posible o eventual», de 30-1-1982 (R. Ar. 187), con una referencia a un «dolo indeterminado de causar lesiones o muerte» en caso de «repartir golpes de cuchillo indiscriminadamente a diestro y siniestro». Vid. asimismo, STS de 14-11-1988 (LA LEY II, p. 85), STS de 2-7-1988 (LA LEY, IV, p. 160), y STS de 20-9-1989 (LA LEY, IV, p. 843, y R. Ar. 12345). En esta última resolución establece la Sala que «el ánimo homicida ha de deducirse de los signos exteriores reveladores del mismo, y en la medida en que los partícipes de los hechos han querido, por lo menos eventualmente, la muerte de otro, el dolo no es en sí mismo cuestionable».

directo imprescindible para apreciar las formas imperfectas de homicidio». (9)

En lo que respecta a la doctrina española, el mayor número de pronunciamientos se han producido recientemente a propósito de la problemática planteada por los denominados «conductores suicidas», ante la cual Silva Sánchez (10) y Luzón Peña (11), han sostenido la concurrencia de un delito de homicidio en grado de tentativa o frustración (según la apuesta determinante de la conducción en sentido contrario por la autopista o autovía consistiera, respectivamente, en esquivar o en mantener la dirección inmóvil en caso de avistar automóviles de frente) (12), por cada persona ocupante de los vehículos que han conseguido evitar la colisión. Coherentes con su posición favorable a la admisión en general de las formas imperfectas de ejecución con dolo eventual, los autores citados entienden que la inclusión de un tipo de delito de peligro que criminalice tal forma de conducción con peligro para la vida de los demás no obsta para que deba seguir prevaleciendo la calificación de los hechos como homicidio intentado o frustrado cuando proceda, relegando en consecuencia el nuevo artículo 340 bis-d) a una función secundaria. (13)

Tal criterio pugna con el planteamiento defendido por Vives Antón, al concebir el delito tipificado en el artículo 340 bis-d) C.P. como un supuesto típico de tentativa con dolo eventual, en el que la puesta en peligro de más de una persona no se traduce en la existencia de un concurso de delitos, sino que a lo sumo será un dato que deberá tomarse en consideración a los solos efectos de determinar la extensión de la pena (14). Como principal punto de apoyo de semejante configura-

(9) Vid. STS 20-2-1989 (ponente Manzanares Samaniego) en LA LEY II, p. 1060. Vid. también un indirecto pronunciamiento contrario a la tentativa con dolo eventual en STS de 24-10-1989 (R. Ar. 7744) (Vid. referencia *Infra* 3.4).

(10) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús: *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, en LA LEY, 1988, núm. 2068, pág. 3.

(11) Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Derecho Penal de la Circulación*, Barcelona 1990, pág. 239-240.

(12) Vid. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ (ob. loc. ult. cit.). LUZÓN PEÑA, sin embargo, se pronuncia en todo caso en favor de la concurrencia de un homicidio frustrado, añadiendo que si el peligro de colisión es inminente «es más fácil afirmar la existencia de dolo, probablemente directo de segundo grado, y claramente de delito frustrado de homicidio». A mi juicio, la inminencia o mayor probabilidad de lesión del bien jurídico no permite por sí sola afirmar la presencia de dolo directo de segundo grado, pues, por muy alta que sea dicha probabilidad, el eventual advenimiento del resultado se presenta en el pensamiento del autor como un acontecimiento incompatible con el abjetivo perseguido (ganar la apuesta sólo si no hay colisión) y no como un medio necesario para conseguir el fin apetecido (precisamente por la misma razón no resulta posible fundamentar la existencia de dolo eventual en la teoría del consentimiento).

(13) Vid. SILVA SÁNCHEZ, ob. loc. ult. cit.

(14) Vid. VIVES ANTÓN, Tomás (con otros autores): *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, pág. 63 ss.

ción del referido tipo delictivo se invoca la doctrina partidaria de admitir la tentativa con dolo eventual (15). Al reclamar la aludida opinión dominante como fundamento de tal criterio hermenéutico, el planteamiento de Vives suscita grandes interrogantes, de modo que, o bien cuando se muestra favorable con carácter general a la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual (16) omite precisar que ello solo será posible en caso de mediar una expresa habilitación legal (y en tal supuesto la introducción del artículo 340 bis-d) vendría a satisfacer tal exigencia), o en caso contrario no se explicarían las razones por las que precisamente dicho supuesto de tentativa de homicidio con dolo eventual resulta privilegiado frente al resto de casos imaginables, en los que la aplicación de las reglas del artículo 52 C.P. puede suponer la imposición de una pena mayor (17).

La doctrina alemana contemporánea se decanta también de modo predominante hacia una postura favorable a la admisión del dolo eventual como componente subjetivo de la tentativa, con independencia de la adscripción a una u otra concepción sistemática de la teoría jurídica del delito. Dicha posición se ha consolidado una vez han sido superadas de modo casi generalizado las reticencias que en la doctrina de finales del siglo anterior suscitaba la asimilación del dolo eventual al dolo, y especialmente tras la modificación del concepto legal de tentativa consagrado en el nuevo parágrafo 22 StGB, que permite superar los escrú-

(15) Vid. VIVES ANTÓN en *Derecho Penal-Parte Especial*, Valencia 1990, pág. 327) sostiene que dicha tesis afirmativa constituye «la posición de la doctrina española, alemana e italiana», así como de la jurisprudencia. En este capítulo dedicado al examen de la doctrina comparada tratamos de poner de manifiesto como tal afirmación debe ser el menos matizada.

(16) Vid. COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN: *Derecho Penal-Parte General*, Valencia, 1988, pág. 508: «A menudo se requiere que el querer se dirija a su objetivo en forma directa, para estimar cumplidos los requerimientos de la tentativa. No obstante, según el concepto, nada impide la admisión de un querer condicionado o eventual». La expresión puede dar a entender una asunción matizada de la tentativa con dolo eventual, aun cuando por lo manifestado en relación con el artículo 340 bis-d) (Vid. nota anterior) parece que no se opone reserva de clase alguna a esta combinación.

(17) El autor señala que «la razón de ese relativo privilegio deriva, de una parte, del carácter eventual del dolo que hace, por regla general, disminuir el peligro abstracto de la conducta (...) y, de otra, de la conveniencia de apartarse del régimen punitivo del artículo 52, que equipara, inadecuadamente, el castigo de la tentativa inidónea al de la idónea» (Cfr. VIVES ANTÓN, «La reforma...», cit., pág. 73). Al margen de lo atinente a la modalidad de tentativa inidónea referida a la figura subsidiaria atenuada prevista en el párrafo segundo del art. 340 bis-d), lo que queda sin explicación es por qué la tentativa de homicidio con dolo eventual merece en el caso de los conductores llamados suicidas una respuesta atenuada frente a otros supuestos en que se da tal modalidad de tentativa (si es que en los mismos hay que acudir a la regla genérica del artículo 52).

pulos que planteaba el término «resolución» («Entschluss») del párrafo 43 del antiguo Código (18).

Así, desde Mezger o Welzel cabe destacar un grupo extenso de penalistas que se alinean, normalmente sin detenerse en argumentaciones ni introducir matizaciones o reservas, tras la tesis dominante (19). Lejos de sustentar su posición en un análisis de la estructura de la tentativa o del dolo eventual o en la elaboración de conceptos dogmáticos, los autores tienden a limitarse al examen de casos. En este sentido constituye un recurso bastante generalizado especular en torno a hipótesis de dolo alternativo, esgrimidas también, como posteriormente se verá, en apoyo de las tesis contrarias, y que ofrecen escaso interés como piedra angular de cualquier teoría sobre la materia, dado el alto grado de desacuerdo reinante en la doctrina sobre la aplicación a tales supuestos de soluciones basadas en el concurso de delitos o de las reglas de resolución de los concursos aparentes de normas (20). Como ejemplo de tentativa punible con dolo eventual, se ha sugerido el de quien prende fuego en una casa contando con que el morador de la misma resulte muerto como consecuencia de incendio

(18) Algunos autores deducían del concepto legal «resolución» la exigencia de dolo directo para la tentativa de delito (ya vimos incluso en este sentido la opinión de JIMÉNEZ DE ASUA, Vid. Supra nota 2), aunque otros eran partidarios de interpretar dicho término legal como sinónimo de dolo: Vid. en esta dirección, PETERS PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch, Lehrkommentar*, 1971, pág. 155.

(19) Vid. MAURACH-ZIPF: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1971, pág. 501; ESER, en SCHÖNKE-SCROEDER: *Strafgesetzbuchkommentar*, 1988, pág. 307; BAUMANN: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1975, pág. 488; STRATENWERTH: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, I, 1988, pág. 108; VOGLER, en *Leipziger Kommentar*, Berlín-N. York, 1985, I, pág. 9 sub. par. 22; WESSELS: *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1990, VII, pág. 177; JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil*, Berlin 1978, pág. 417; DREHER-TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1991, pág. 151-152; PETERS-PREISENDANZ, ob. loc. ult. cit.

(20) Diversos autores se plantean qué solución debe darse al caso de quien arroja una piedra contra su perseguidor con el ánimo de causarle lesiones o la muerte. Un sector doctrinal es partidario de calificar los hechos con un concurso ideal de delitos, de modo que si tan solo llega a consumarse uno de ellos, concurrirá idealmente con la tentativa del delito que no se ha llegado a materializar (Vid. JESCHECK, ob. loc. ult. cit., y VOGLER, ob. cit., pág. 34 y 35, quien matiza que la solución concursal surgirá en los casos en que el delito intentado tenga un mayor peso en el contenido de lo injusto y de la culpabilidad, y que en los supuestos en que ninguno de ambos delitos alcanza la fase de consumación, habrá que considerar tan solo tentativa del delito más grave, puesto que el autor quería un solo resultado típico, con exclusión de los otros posibles). Otros autores se decantan por imponer la pena correspondiente a un único delito, rechazando así la función subsidiaria del tipo de tentativa, aunque ello se concreta de distintas maneras: SCHÖNKE-SCHROEDER, ob. loc. ult. cit., propugna la prevalencia del tipo que contenga la pena más grave, DREHER-TRÖNDLE (Vid. ob. loc. ult. cit.) del delito más leve, y MAURACH-ZIPF Vid. con mayor extensión sobre la problemática del dolo alternativo, FARRE TREPAT, «La tentativa...» cit., págs. 114 a 123.

aunque consiga salvarse (21), o cuando el ladrón penetra en una casa con el propósito indeterminado de apoderarse de cualquier cosa útil que hallare (22). Los autores que siguen el criterio dominante advierten la necesidad de distinguir la problemática de la tentativa con dolo eventual de la voluntad condicionada de actuar, referida a aquellos supuestos en los que el carácter eventual o condicionado de la voluntad recae sobre la acción y no meramente sobre el resultado, y que sí constituye un obstáculo insalvable para la realización de los tipos de imperfecta ejecución (23). La literatura germánica reseña a menudo la coincidencia de criterio entre doctrina y jurisprudencia, aunque al respecto conviene a mi juicio señalar que, si bien los pronunciamientos de los Tribunales recaídos sobre la cuestión se inscriben en la tesis afirmativa, igualmente significativo es el dato de la escasez de sentencias que aborden el tema (la mayor parte de ellas relativas al delito de homicidio), que contrasta con la frecuencia de los supuestos de tentativa con dolo eventual (24). Recientemente se han planteado como supuestos de tentativa de homicidio las conductas de los portadores o potenciales portadores del S.I.D.A. que, sin advertir a otras personas con quienes vayan a entrar en contacto de su infección, realicen prácticas que impliquen riesgo de transmisión de la enfermedad, con independencia de que con ello el autor se haya propuesto o no como fin dicha transmisión (25).

El panorama doctrinal en Italia viene caracterizado por un grado de disenso mucho mayor del que impera en la literatura española o alemana. El hecho que los partidarios de una y otra tesis reclamen en algunas ocasiones tener a su favor la posición mayoritaria, resulta

(21) Vid. BAUMANN, ob. loc. ult. cit.

(22) Vid. JESCHECK, ob. cit., pág. 417.

Ello nos podría conducir a plantear los supuestos que la doctrina había denominado como «dolo indeterminado», concepto abandonado por su carácter impreciso, y que había sido elaborado para supuestos en los que puede presentarse como especialmente conflictiva la configuración de la tentativa con dolo eventual, como el ejemplo de quien dispara indiscriminadamente con un arma de fuego contra una multitud de personas sin un propósito de matar a alguna de ellas en particular.

(23) Vid. En relación con la voluntad condicionada de realizar la acción el en delito intentado, FARRE TREPAT, «La tentativa...», cit., pág. 95 a 114.

(24) Vid. KOLZ-OTT: *Eventualvorsatz und Versuch*, Zurich 1974, pág. 49-51, quien recoge algún ejemplo en el que el recurso a la tentativa con dolo eventual parece motivado por razones «pragmáticas» (a las que ya antes hacíamos referencia en relación con la jurisprudencia española), como es una condena por tentativa de homicidio en un caso en que no se había podido determinar la relación de causalidad entre la muerte y la conducta doloso-eventual del autor.

(25) Vid. En este sentido BOTTKE, W.: *Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung*, in SCHÜNEMANN y otros: «Die Rechtsprobleme von AIDS», Baden-Baden, 1988, pág. 186 ss. y 201 y ss. Vid. asimismo, HERZBERG, R.D.: «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten», in *Juristische Schulung*, 1987, n.º 10, pág. 777, ss.

precisamente indicativo de la división de criterios existente, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia. Algunos autores establecen una relación de correspondencia entre el dolo de la tentativa y el dolo del delito consumado, lo que les lleva a deducir que la tentativa admite todas las formas de dolo que permita acoger el respectivo delito consumado (26). En favor de esta interpretación extensiva del tipo de la tentativa, Romano rechaza que la definición de la misma en el artículo 56 del Código Penal obligue a concluir que tan sólo el intento producido con dolo directo pueda ser calificado como «acto dirigido de modo no equívoco a cometer el delito», ya que tal expresión legal no establece sino un requisito objetivo de la conducta, cuya valoración habrá que hacer desde la perspectiva de un observador externo y no del propio agente (27).

Por otro lado, destaca Morselli como el sentir dominante en la doctrina acerca de la identificación del dolo de la tentativa con el dolo de la consumación no se traduce en la admisibilidad de la tentativa con dolo eventual, lo cual le lleva a reflexionar del siguiente modo a partir del ejemplo del terrorista que deja un artefacto en una plaza concurrida aceptando la idea de que alguien resulte muerto: la negativa a aceptar la hipótesis de la tentativa en caso de no producirse resultado alguno, conduciría «al absurdo de que aquello que efectivamente era dolo en el momento de la acción no debería ser ya considerado como tal *ex post*; esto por el simple hecho que el resultado no se ha verificado». Por ello concluye: «El que se verifique o no posteriormente el resultado no puede tener relevancia respecto a lo que se ha venido a configurar previamente en la *psique* del agente, para lo cual no tiene sentido lógico alguno hacer depender la subsistencia o no del dolo del tipo de resultado de la conducta» (28). Frente a este planteamiento, cabe formular dos consideraciones. La fun-

(26) Vid. En esta dirección, PETROCELLI, *Il delitto tentato-Studi*, Padova 1966, p. 36; VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1950, p. 51; y ROMANO, M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano 1987, pág. 506-507.

(27) Vid. ROMANO, ob. loc. ult. cit. El autor cita como ejemplos de tentativa punible con dolo eventual, el de quien incendia dolosamente un henil, representándose la concreta posibilidad y aceptando el riesgo de matar a un pastor que podría estar durmiendo en su interior, quien se salva de milagro (tentativa de homicidio); o el de quien coloca una bomba para cometer un acto terrorista representándose la concreta posibilidad de la muerte de un oficial de guardia que sin embargo sale ileso. Asimismo, se muestra partidario de castigar como tentativa los supuestos de dolo alternativo, y las hipótesis de «voluntad ya presente y actual sobre la base de una situación de hecho incierta», que han de ser diferenciadas de los casos de «voluntad condicionada» que, según ya vimos sostenía la práctica totalidad de la doctrina, deben permanecer impunes.

(28) Vid. MORSELLI, E.: *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, en *Indice Penale*, 1978, I, pág. 33. El autor sostiene la validez de la referida conclusión en las hipótesis de delito imposible por inidoneidad de la acción o inexistencia del objeto. La tesis central del tra-

damentación de una decisión favorable o contraria a la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual en una previa toma de posición sobre la dependencia o autonomía, respectivamente, del tipo de injusto de la tentativa en relación con el correspondiente al delito consumado, resulta cuanto menos problemática, y no puede ser por sí sola esgrimida como argumento sin ulteriores explicaciones, habida cuenta de la diversidad de criterios reinante en la doctrina de todos los países (29). Ello obliga a fundamentar separadamente la posición mantenida en relación con el contenido subjetivo de la tentativa respecto con el del delito consumado (que no puede ser asumido como axioma), y la conclusión relativa a si cabe la tentativa con dolo eventual, que no tiene porqué ser el resultado de una simple deducción lógico-formal, pues es propio del pensamiento jurídico prescindir de tal clase de razonamiento cuando la naturaleza propia de la materia o «el problema» a resolver así lo requiera (30). La opinión de Morselli puede ser combatida, por consiguiente, sosteniendo que el tipo de la tentativa no necesariamente debe incorporar los mismos elementos subjetivos que el tipo de la consumación, y por lo tanto no resulta decisivo el dato que en el supuesto planteado la conducta del sujeto sea dolosa tanto si hay resultado como si no lo hay, pues podemos decidir, por las razones que posteriormente se expondrán, que esa clase de conducta dolosa no la consideramos relevante para la punición de la tentativa.

La jurisprudencia de la Corte de Casación italiana ha seguido una tendencia vacilante en las múltiples resoluciones en las que se ha enfrentado con el tema que examinamos, lo cual impide que pueda hablarse de un criterio consolidado. La sensación de desorientación que genera el análisis de las diversas sentencias es notable, pues la misma no es el efecto de contradicciones anecdóticas, o de planteamientos que versen sobre aspectos distintos del problema, sino de sucesivas to-

bajo consiste en el rechazo de las interpretaciones subjetivistas del artículo 56 C.P., así como de aquellas opiniones que conciben el requisito legal del carácter unívoco de los actos como una mera regla probatoria relativa a la intención del agente, para sostener en definitiva una interpretación objetiva de dicho requisito como criterio de determinación de los actos objetivos. El autor se muestra partidario, ya en un planteamiento de «lege ferenda», de una reformulación del artículo 56 C.P. que supere el carácter equívoco de la fórmula vigente. Respecto al objeto de análisis concluye: «En este punto no será difícil comprender como una tal univocidad, objetivamente entendida, pueda ser encontrada también en los actos ejecutivos de un delito cometido por quien había actuado sólo con dolo eventual».

(29) Existen tanto autores que, no obstante afirmar que «el dolo de la tentativa es el dolo de la consumación» sostienen la incompatibilidad de la tentativa con el dolo eventual (así lo pone de relieve MORSELLI), como otros que establecen diferencias en el tipo subjetivo de la tentativa y del delito consumado y acogen favorablemente la tentativa con dolo eventual (Vid. por ejemplo, FARRE TREPAT, «La tentativa», loc. ult. cit.).

(30) *Infra* 3.3.

mas de posición y líneas argumentales sobre elementos esenciales del tema en sentidos absolutamente opuestos. Si señalamos como ejemplo la afirmación «El dolo eventual es compatible con el delito intentado: en efecto, el requisito del carácter no equívoco de los actos respecto al resultado de peligro se refiere a la estructura objetiva de la conducta, mientras bajo el perfil subjetivo del dolo el delito intentado no se diferencia del delito consumado» (31), a renglón seguido habrá que hacerse eco de otras resoluciones que fundan la tesis negativa precisamente en el requisito de los actos inequívocos establecido en el artículo 56 del Código Penal (32).

2.2. Tesis negativas

a) Las actitudes contrarias a la aceptación de la tentativa con dolo eventual tienen como antecedentes remotos planteamientos basados en la hostilidad que, a finales del siglo XIX y principios de nuestra centuria, ciertos sectores de la doctrina jurídico-penal, habían mostrado hacia el dolo eventual (33). La posición de Stooss es representativa de esta actitud, y, en un discurso orientado en sentido contrario al que ahora se efectúa, plantea la falta de racionalidad de la punición de la tentativa con dolo eventual como argumento contra la inclusión del dolo even-

(31) Cfr. sentencia de Casación I de 12 de junio de 1981. En el mismo sentido, Vid. sentencia de Casación I de 21-11-1977. Vid. abundantes referencias jurisprudenciales que inciden en argumentos análogos en ZANOTTI (en BRICOLA: *Commentario sistematico al Codice Penale*, Torino, 1984, pág. 539 ss.), quien destaca que «la jurisprudencia ha afrontado repetidamente el problema indicado, manifestando una orientación que, si bien no exento de significativas excepciones, puede en el estado actual considerarse consolidado». Al margen del hecho que otros autores han reflejado con mayor claridad las continuas oscilaciones de la jurisprudencia, cabe anotar la sucesión de pronunciamientos conformes a la tesis negativa que han aparecido en los últimos años, que no pueden ser ya valoradas como meras excepciones al criterio general, sino que parece ya más ajustado concluir que tal criterio general no existe.

En otras ocasiones, los Tribunales italianos acuden también a la afirmación de la tentativa de homicidio con dolo eventual para resolver problemas de dolo alternativo (Vid. referencias en ZANOTTI, ob. cit., pág. 540).

(32) Vid. En este sentido, entre otras, la sentencia de Casación I de 18 de mayo de 1977 (Vid. *Infra* nota 40).

(33) El concepto de dolo eventual fue denunciado como instrumento propio de un Derecho Penal autoritario por diversos autores. Vid. VON LISZT, Franz: *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*, en «Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Liszt», II, Berlin 1905, p. 281, quien calificó el dolo eventual como una «invención de juristas doctrinarios y reaccionarios». Vid. otras referencias en BUSTOS RAMIREZ, *Política Criminal y dolo eventual*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, II, págs. 309 ss.

tual en el concepto de dolo (34). Pretender fundamentar hoy por la misma vía una posición contraria a la tentativa con dolo eventual nos expondría a hacernos acreedores de reproches relativos a la pérdida de contexto histórico, aunque no han faltado autores contemporáneos que han seguido en minoría esta senda, siendo de destacar Bustos Ramírez, quien considera la asimilación del dolo eventual al dolo como un salto en el vacío y concluye que la estructura de tal supuesta forma de dolo es la propia de la culpa con el añadido de «un elemento subjetivo agravatorio del injusto» (35).

b) En épocas más recientes, las posturas contrarias a la tentativa con dolo eventual han gozado de un especial seguimiento en Italia. Las mismas se hallan ya normalmente desvinculadas de la referida hostilidad ante el dolo eventual, aunque son difícilmente extrapolables en la medida en que por lo general se sustentan en una determinada interpretación de la definición legal de tentativa contenida en el artículo 56 del Código Penal. En esta dirección, algunos autores sostienen que cuando un sujeto se representa la posibilidad de que se verifique un resultado típico, asumiendo el correspondiente riesgo, no se representa los actos que ejecuta como dirigidos a cometer el delito, eso es, no los prevé como dirigidos «indudablemente» a la comisión del delito (36). Es por ello que Mantovani considera que la equiparación entre dolo directo y dolo eventual en la tentativa no puede hacerse sin violar el principio que prohíbe la analogía «in malam partem» (37). De modo más aislado, se constatan también argumentaciones menos apegadas a una exégesis legal, como la que recurre a las consecuencias jurídicas de la admisión de la tal forma de tentativa. Al respecto señala Siniscalco que «el ámbito de las incriminaciones sería demasiado extenso», sin que la necesaria correspondencia con los elementos objetivos del

(34) Vid. STROOSS, Carl: *Dolus eventualis und Gefährdung*, en ZGStW, n. 15, 1895, pág. 200.

(35) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 323-324.

(36) Vid. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano 1959, pág. 206-207; y GALLO, M., *Dolo (dir. pen.)* (voz), en «Enciclopedia del diritto», XIII, 1964, pág. 796. Este último asume el razonamiento del primero, lo que supone la admisión tan solo del dolo directo (SINISCALCO aclara que también es punible la tentativa con dolo directo de segundo grado, en cuyo caso el autor sí se representa los actos ejecutados como dirigidos indudablemente a la comisión del delito). En el mismo sentido, consideran FIANDACA-MUSCO (Vid. *Diritto Penale-parte generale*, Bologna 1985, pág. 237-238) que «no puede considerarse dirigida de modo inequívoco a la comisión del delito la voluntad de quien, persiguiendo intencionalmente un fin diverso, se representa tan solo como posible la verificación de una consecuencia accesoria constitutiva de delito».

(37) Vid. MANTOVANI, F.: *Diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1988, pág. 380.

Vid. asimismo ANTOLISEI (revisado por L. CONTI). *Manuale di diritto penale-parte generale*, Milano 1987, pág. 416: «La exigencia de un dolo intencional lleva a excluir la posibilidad de configurar la tentativa en los casos de dolo eventual».

tipo de tentativa represente un límite suficiente. El citado autor plantea «el caso muy frecuente de quien al disponerse a la realización de un delito se representa la posibilidad de que su conducta realice también otros hechos delictivos», de modo que tanto si consigue como si se frustra el resultado intencionalmente perseguido, serían imputables además del delito consumado o intentado, otras tentativas de delito que redundarían en una excesiva exasperación punitiva (38).

La posición contraria a la tentativa con dolo eventual ha encontrado un buen respaldo en la reciente jurisprudencia italiana. En diversas sentencias, la Corte de Casación ha establecido el criterio que «el tipo de tentativa debe considerarse jurídicamente compatible tan solo con la forma de dolo intencional, y no cabe por lo tanto configurar un dolo eventual de tentativa, porque el acto (idóneo) debe estar dirigido de modo unívoco a la realización del resultado típico que el agente ha perseguido» (39). En recientes resoluciones, reafirma el referido Tribunal que «el carácter unívoco es incompatible con el estado de duda que caracteriza esta figura de dolo» (40).

c) La postura minoritaria en Alemania es representada por Lampe (41). En gran medida su argumentación se halla también vinculada a una interpretación restrictiva del término «resolución», lo cual no impide que algunas de sus aportaciones trasciendan el estricto ámbito de la exégesis legal, y las haga merecedoras de atención respecto al debate concerniente al fondo de la cuestión. El citado autor pone de manifiesto la insuficiencia de la teoría tradicional dominante en la medida en que no ofrece fundamento alguno a la afirmación que las formas de dolo válidas para el delito consumado lo son también para la tentativa, y propugna la equiparación entre el dolo eventual y la imprudencia en lo referente a la relevancia determinante del resultado. Si lo propio de la conducta imprudente es la no aceptación del resultado, lo característico del dolo eventual estriba en que el mismo se

(38) Vid. SINISCALCO, ob. cit., pág. 208.

(39) Cfr. sentencia de Casación de 21-10-1970. En el mismo sentido, Vid. sentencia de Casación de 5-11-1971: «el dolo eventual no puede constituir la esencia psicológica de un homicidio intentando, a pesar que el acto ejecutado por el agente sea idóneo y dirigido en modo inequívoco a matar».

(40) Cfr. Sentencia de la Corte de Casación italiana I de 20 de octubre de 1986; y en el mismo sentido, Vid. sentencias de la Corte de Casación I de 3-3-1987 y 23-3-1987, que añade que «en el tema de la tentativa, dado que el carácter unívoco de los actos idóneos es contemplada como parámetro sintomático de una voluntad inmediata y directa, opresiva de los intereses tutelados y no solo como importancia y empeño del acto, no cabe configurar el dolo eventual». Vid. LO PIANO, Michelle: «Anuario sistematico della giurisprudenza della cassazione penale», Padova, 1988, pág. 148.»

(41) Vid. LAMPE, E. J.: *Genügt für den Entschluss des Täters in Par. 43 StGB sein bedingter Vorsatz?*, en Neue Juristische Wochenschrift, 1958, pág. 332 ss.

acepta «para el caso en que se produzca» (42). Como ejemplo, el penalista alemán acude a supuestos de dolo alternativo, como el caso del fugitivo peregrino por el guardabosques y un perro, que efectúa un disparo planteándose por igual la eventualidad que muera el hombre o el animal que le acompaña. La solución correcta sería la imposición de la pena correspondiente al delito consumado, sin que sea aceptable la tesis de una tentativa de homicidio en caso que el disparo haya alcanzado al perro o resultare fallido.

d) En una reciente monografía dedicada al tema, De Faria Costa adpta una posición radicalmente contraria a la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual (43). La relevancia de la obra trasciende el estricto ámbito de la doctrina portuguesa, y viene a suponer una referencia imprescindible en el debate abierto sobre esta cuestión, que el autor aborda a partir del examen de la naturaleza material de la tentativa y del dolo eventual. No obstante acudir en algún momento al dato jurídico-positivo en apoyo de su tesis (44), De Faria Costa dirige la mayor parte de los argumentos a la demostración de la incongruencia sustancial entre tentativa y dolo eventual, basándose en las conclusiones obtenidas de un previo análisis del contenido de ambas categorías. La doctrina dominante resulta criticada porque pretende resolver el problema a través de un silogismo mal planteado, según el cual, si el dolo de la tentativa es el mismo del delito consumado y el delito consumado admite el dolo eventual, también la tentativa debe admitir tal clase de dolo. Esta conclusión, extraída de un intachable razonamiento lógico-formal, debe ser cuestionada en la medida en que la primera premisa del silogismo, proclamada con carácter axiomático, sea objeto de revisión. El autor establece precisamente el criterio contrario, que concede a la tentativa una autonomía como ilícito típico propio (45). La reseña exhaustiva de los múltiples argumentos que a partir de tal toma de postura inicial expone el autor, excedería ampliamente las dimensiones a las que debe

(42) Vid. LAMPE, ob. cit., pág. 333.

(43) Vid. DE FARIA COSTA: *Tentativa e dolo eventual*, Coimbra 1987, *passim*.

(44) La formulación legal de la tentativa en el artículo 23 del nuevo Código Penal portugués, fundada en el elemento que «el agente practica actos de ejecución de un crimen que decide cometer», obliga a exigir «una decisión irrecusable e inequívoca de querer practicar un crimen». Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 88-89. Conviene señalar el criterio incorporado al referido Código, según el cual la tentativa será punible tan sólo en los delitos que tengan prevista una pena superior a dos años, salvo expresa previsión legal.

(45) Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 74-86.

Sobre el particular debe recordarse (Vid. *Supra* nota 30) que no sería correcto establecer una relación necesaria entre la tesis contraria a la autonomía del tipo de tentativa y la posición favorable a la tentativa con dolo eventual, pues muchos autores participan de esta conclusión mayoritaria, no obstante afirmar la autonomía típica de la tentativa.

ceñirse este trabajo. Cabe destacar precisamente la dispersión de los mismos, que impide que puedan ser reconducidos a un hilo argumental lineal.

Una vez justificada la existencia de un ilícito típico de tentativa, De Faria Costa contempla la admisión del dolo eventual en los delitos intentados en idénticas condiciones que en los delitos consumados, como un factor de distorsión de la coherencia interna de la teoría jurídica del delito. Basándose en una concepción dualista del injusto, reclama como *garantía del necesario equilibrio normativo entre el desvalor de resultado y el desvalor de acción*, que la menor intensidad desvalorativa de la puesta en peligro del bien jurídico frente a la lesión del mismo, tenga como contrapeso «un grado más elevado de intencionalidad en el desvalor de acción» (46). Esta fundamentación no creo que deba ser descartada, aunque no puede considerarse todavía definitiva pues para ello faltaría explicar de dónde emana la necesidad de compensar la disminución del desvalor de resultado con un fortalecimiento del desvalor de acción, habida cuenta de la disminución global de injusto que el tipo de tentativa entraña respecto al del delito consumado y que se traduce en una atenuación de la pena.

En el plano subjetivo, señala que la voluntad de consumación propia de la tentativa no puede caracterizarse como dolo sino como un elemento subjetivo del tipo de injusto del delito intentado, lo cual permite aplicar a éste la regla que exige dolo directo en los «delitos de intención», siendo así que no cabe hablar de una «intención eventual» (47). Otros razonamientos abundan en la actitud contraria a la extensión de las formas de dolo en el ámbito de la tentativa. De Faria Costa estima que «el dolo eventual surge ineludiblemente conexas con el desvalor de resultado», dado que «toda la problemática del dolo eventual aparece ligada a la necesidad de ofrecer un fundamento a la mayor punibilidad que ciertos comportamientos merecen no sólo por imperativos político-criminales, sino también por el sentido de justicia más elemental» (48). Este desvalor «para las acciones negligentes continúa siendo un *punctum saliens* de la discusión dogmática, pero en los dominios del dolo eventual, se va paulatinamente diluyendo por la imposición de una tendencia teórica derivada de un dogmatismo impotente sobre una dogmática operativa y abierta» (49). Ello lleva al autor a la convicción de la necesidad de una postura negativa frente al dolo eventual ante una figura jurídica caracterizada precisamente por la inexistencia de resulta-

(46) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit, pág. 85-86.

(47) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit, pág. 90-93, con referencias doctrinales que fundamentan su posición favorable a la incompatibilidad entre el dolo eventual y los delitos que denomina «de intención».

(48) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit, pág. 96.

(49) Vid. DE FARIA COSTA, ob, loc. ult. cit.

do. La solidez del discurso queda sin embargo, a mi juicio, comprometida por posteriores razonamientos. Con base en una de las fórmulas más al uso entre los partidarios de la teoría del consentimiento dominante en Portugal (la de «conformarse con» el resultado), el penalista luso afirma tajantemente que «es una extrapolación inadmisibles pensar que aquel que se conforma con el resultado está, de la misma forma, conformándose con su no-realización» (50). Ello le permite rechazar la aplicabilidad de la regla «a maiori ad minus» en el sentido de que aquello que vale para el delito consumado vale también para la tentativa, y concluir que la punibilidad de la tentativa con dolo eventual infringe la prohibición de la analogía contra reo. Al margen de la postura que se sostenga en relación con la teoría del consentimiento en el dolo eventual (51), la construcción de De Faria Costa resulta inadmisibles por cuanto la tentativa de delito supone precisamente que la voluntad se dirige a la consumación y que por consiguiente el sujeto no queda satisfecho con la «no realización» del resultado (siendo así que el desestimiento voluntario impide la existencia del tipo de la tentativa), de suerte que cuando se sostiene que cabe la tentativa con dolo eventual se está pensando en que sea la consumación, y no la no-consumación, lo abarcado por el dolo.

2.3. Tesis diferenciadoras

Por último debemos exponer las posiciones aisladas que han propuesto la impunidad de la tentativa con dolo eventual en algunos supuestos, como excepción a la regla general de su admisibilidad.

a) El precursor de esta tercera vía es Salm (52), a quien posteriormente se ha reconocido normalmente este mérito no obstante destacar la falta de repercusión doctrinal de su planteamiento y criticar la imprecisión de algunos de los conceptos clave por él utilizados (53). El citado autor hace depender la punibilidad de la tentativa con dolo eventual del hecho que la actuación del sujeto genere un «*rechtserschütternden Erfolg*» (resultado conmovedor del Derecho), efecto que generalmente no se produce en las situaciones de dolo eventual más que cuando aparece el resultado típico, pero que excepcionalmente podrá surgir si se ha manifestado una conducta conmovedora del derecho

(50) Vid. DE FARIA COSTA, ob, cit., pág. 100-101.

(51) Posteriormente rechazamos la teoría del consentimiento en el dolo eventual (Vid. *Infra* 3.2).

(52) Vid. SALM, K: *Das vollendete Verbrechen*, Berlin, 1963.

(53) Vid. En sentido crítico sobre la terminología de Salm, KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 43.

externamente perceptible (54). Aparte de los reproches referidos, la posición de Salm se hace, en mi opinión, merecedora de las objeciones que en general se han levantado ante la «teoría de la impresión», que es la vía de fundamentación de la tentativa que mayor acogida ha tenido en la doctrina alemana, pero resulta poco satisfactoria al introducir un insuficiente, arbitrario y peligroso límite al fundamento preponderantemente subjetivo de la tentativa (55).

b) Con base en su particular concepción bipolar del injusto, Schmidhäuser (56) mantiene una posición diferente a la dominante en Alemania respecto a los supuestos que pueden integrar el tipo de la tentativa. El referido autor sostiene que el injusto de la tentativa se funda alternativamente en el desvalor de finalidad («Zielunwert») o en el desvalor de pelibro («Gefährdungsunwert»), de modo que habrá que excluir la punibilidad de aquellas situaciones en las que no sea posible hallar uno de esos dos componentes de injusto en la acción intentada (57). Puestos en relación ambos polos, se plantean cuatro supuestos: tentativa peligrosa intencional, tentativa peligrosa no intencional, tentativa intencional no peligrosa y tentativa no intencional y no peligrosa, siendo esta última la única combinación que no revestiría carácter antijurídico. De esta manera se fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea con dolo directo y de la tentativa idónea con dolo eventual, y queda impune la tentativa ididónea con dolo eventual (58).

La aportación de Schmidhäuser resulta atractiva, en la medida en que busca en una combinación entre los factores subjetivo y objetivo la solución a la problemática relativa a la fundamentación de la tentativa. Ello se traduce en una restricción de su ámbito típico, que deja fuera los casos en que aparece debilitado tanto el momento objetivo como el subjetivo, para lo cual resulta de indudable importancia el recurso a la idea de «fin» como elemento de delimitación conceptual de la esfera del dolo directo respecto de la del dolo eventual. Sin embargo, la solución propuesta no puede satisfacernos completamente. Ni el desvalor de fin ni es desvalor de peligro pueden por si solos proporcionar suficiente fundamento de injusto a las formas imperfectas de ejecución, pues ello implicaría la introducción de una indeseable fragmentación en el juicio

(54) Vid. SALM, ob. cit., pág. 51.

(55) Vid. En el sentido de la «teoría de la impresión», JESCHECK, H.H., «Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil», 3ª ed, 1978, pág. 416; WESELS, ob. cit., I, pág. 170; VOGLER, en «Leipziger Kommentar», cit., pág. 52 ss; MEYER, J., *Kritik an der Neuregelung der Versuchstrafbarkeit*, en ZStW, 1987, pág. 598. Vid. consideraciones críticas frente a la referida teoría, *Infra*, nota 71.

(56) Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1984, pág. 333 ss.

(57) Vid. SCHMIDHÄUSER, ob. cit., pág. 341 ss.

(58) Vid. SCHMIDHÄUSER, ob. cit., pág. 348.

de antijuricidad que pugnaría con las exigencias de proporcionalidad y equilibrio que precisamente una concepción dualista del injusto está llamada a colmar. La necesidad de asentar el carácter antijurídico de un comportamiento humano, también en la tentativa, tanto en el desvalor de acto como en el desvalor de resultado, nos llevará a un posterior desarrollo más restrictivo que el propugnado por Schmidhäuser, de cuya aportación son de interés los dos referidos polos por cuanto pudiera pensarse en la necesidad de acudir a ambos conjunta y no alternativamente.

c) Las tesis diferenciadoras han encontrado su mayor desarrollo en Kölz-Ott. Esta autora suiza considera que en la problemática de la tentativa con dolo eventual convergen dos momentos en los que el delito se muestra debilitado (59), circunstancia que le lleva a sostener, sobre la base del planteamiento de Schmidhäuser aunque con otras aportaciones que hacen su propuesta más compleja y casuística, la impunidad de aquellos casos que reflejen en mayor medida tal debilitamiento. Un aspecto crucial es la idea de peligrosidad, a la que se recurre como principal criterio de determinación del ámbito de lo injusto de la tentativa en los supuestos de dolo eventual, y también es utilizado en tales casos como parámetro delimitador entre actos preparatorios y actos ejecutivos (60). La originalidad del planteamiento de Kölz-Ott se manifiesta sobretodo en la introducción de una distinción, que la doctrina no había efectuado ni ha tenido repercusión posterior, entre dos situaciones: cuando el dolo eventual se basa en la incerteza del autor respecto de la aparición del resultado, o bien cuando el dolo eventual consiste en la duda sobre la concurrencia de una circunstancia del hecho fundamentadora de la penalidad. Este es el caso en que, por ejemplo, el sujeto duda sobre si el reloj que adquiere con mala conciencia es o no robado, o quien vende un coche sin saber con seguridad si le pertenece a él o a la empresa por la que trabaja. En es-

(59) Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 28-29. El referido debilitamiento de estas dos formas de aparición del delito respecto al denominado «delito normal» se manifiesta directamente en el derecho vigente con la atenuación prevista para la tentativa, pero no sucede así en el dolo eventual, y ello, según la autora. «a pesar que el *dolus eventualis* es concebido generalmente como la forma de dolo más leve». La afirmación del menor contenido de injusto del dolo eventual frente al dolo directo, en una medida parangonable a la disminución de injusto de la tentativa respecto del delito consumado, resulta cuanto menos problemática, a la vista de la posición de la doctrina al respecto, y en todo caso debe aclararse que no puede ser manejado como criterio enderezado a dar una respuesta al problema que tratamos de resolver dentro del sistema y válida de «lege lata».

(60) La autora sigue en ello a SCHMIDHÄUSER, al afirmar que la punibilidad de la tentativa con dolo eventual no puede fundamentarse más que en el «desvalor de peligro», lo cual le lleva también a sostener la impunidad en los casos de tentativa inidónea, con los matices que inmediatamente se señalan. Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pág.

tos casos, si no hay consumación, la tentativa no debería ser punible pues el dolo eventual no sería más que un «fenómeno psíquico interno del autor» (61).

Para la solución de los diversos supuestos problemáticos, la citada autora los agrupa en tres categorías. En primer lugar, la «tentativa de delito inacabada idónea con dolo eventual en relación con la producción del resultado», que considera punible con base en la idea de peligrosidad inherente a la idoneidad de la acción, siendo éste el criterio clave para la delimitación de los actos ejecutivos respecto de los preparatorios impunes (62). El segundo supuesto es el de la «tentativa acabada con dolo eventual en relación con la producción del resultado», que sería punible solamente cuando haya peligro para el bien jurídico, lo que sucederá normalmente cuando se trate de tentativa idónea, siendo así que debe darse una correspondencia entre la peligrosidad real y el juicio sobre el peligro efectuado por el autor (63). En el tercer grupo deben integrarse los casos de «tentativa con dolo eventual en relación con una circunstancia del hecho», para los que la regla general es la impunidad, porque se da una correspondencia entre la parte interna y la parte externa del hecho, o sea, entre inidoneidad de la acción y dolo eventual (64). La penalidad de estos supuestos podría producirse cuando excepcionalmente faltase tal convergencia en la falta del elemento del tipo sobre la que se funda la inidoneidad y el dolo eventual (65).

La detallada construcción de Költ-Ott ha sido acusada de carecer de una fundamentación adecuada, y de ser inviables algunas de las soluciones propugnadas por falta de «una definición de lo que debe consi-

(61) Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. 54-55.

(62) Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. 100.

(63) Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. Este segundo supuesto es ilustrado con un clarificador ejemplo. Un estudiante de medicina pone en prueba por afán científico un medicamento sobre su madre cuando está dormida, consciente del riesgo que el mismo sea perjudicial. Si se determina que la peligrosidad del medicamento radica exclusivamente en el hecho de que un 3% de la población europea reacciona negativamente al mismo por alergia, y que la madre del joven científico no pertenece a ese grupo de riesgo, la acción deberá permanecer impune. De modo coherente con lo expuesto en otro momento (Vid. *OB. CIT.*, PÁG. 86) la autora erige en criterio rector el peligro concreto para el bien jurídico.

(64) Como ejemplo, se propone el de un suizo que contrae matrimonio con una austríaca planteándose la posibilidad (fundada en razonables indicios) de que viva todavía el marido de su prometida, aunque en realidad había ya fallecido. Vid. KÖLZ-OTT, *OB. CIT.*, PÁG. 104 y 107.

(65) Así, cuando el autor dude sobre la concurrencia de una circunstancia que verdaderamente exista, pero el delito no se consume por otras causas. KÖLZ-OTT expone el ejemplo de un cazador que dispara contra un ciervo asumiendo el riesgo de que se encuentre en una zona de veda, y falla en la tiro. Posteriormente se establece que en realidad el ciervo sí se encontraba en la referida zona de veda (Vid. *OB. CIT.*, PÁG. 104).

derarse como acciones peligrosas» (66). La crítica debe ser a mi juicio matizada. Al margen de algunos puntos ciertamente oscuros y de más de un salto lógico en la argumentación, en la obra se explica que la punibilidad de los supuestos planteados dependerá de que el bien jurídico haya sido puesto en peligro concreto (67). La exigencia de un peligro concreto, y no meramente potencial, implica la adopción de un criterio restrictivo del que cabe extraer consecuencias, según posteriormente vamos a desarrollar. Contra la tesis de la autora suiza cabe, sin embargo, dirigir otro género de objeciones, que permiten cuestionar la viabilidad de una solución diferenciadora.

La restricción que efectúa Kölz-Ott en el ámbito de la tentativa con dolo eventual punible es a mi juicio insuficiente, pues se limita a excluir los supuestos más excepcionales, y no cuestiona la punibilidad de aquellos más frecuentes y a mi entender más problemáticos. El recurso al concepto de peligro, en la dimensión de peligro concreto, como criterio regulador básico de la punibilidad de estos casos de tentativa debería haberle llevado a una mayor limitación de las conductas prohibidas: si la puesta en peligro del bien jurídico constituye la naturaleza material propia de la tentativa con dolo eventual, ¿por qué no someter plenamente la resolución de tales supuestos al régimen de los delitos de peligro?. La autora apunta ya una sumisión parcial de la tentativa doloso-eventual a los delitos de peligro cuando en las hipótesis de concurso aboga con carácter general por la concurrencia de aquella en el correspondiente tipo de peligro, y utiliza curiosamente los tipos de imperfecta realización como modalidades típicas de peligro cualificado al afirmar que excepcionalmente habrá que calificar los hechos como tentativa del delito más grave cuando el peligro sea mayor (68). Lo más sorprendente de la construcción de

(66) Cfr. FARRE TREPAT, «La tentativa...», cit., pág. 93. Se critica también la solución aportada para los casos del tercer grupo, pues no tienen menos contenido de injusto que los restantes: «Cabe pensar, por ejemplo, en quien, más tarde se comprueba que el arma no estaba cargada».

(67) Vid. Una afirmación clara en este sentido, KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 86; y en relación con los supuestos del segundo grupo, pag. 102-103.

(68) Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pag. 134-135, quien propone esta solución para las hipótesis concursales entre tentativa con dolo eventual y delitos de peligro concreto y también abstracto. Asimismo, se pronuncia en favor de la calificación exclusiva por el delito más benigno en casos de dolo alternativo y de concurrencia entre un delito consumado más leve cometido con dolo directo (por ejemplo, lesiones) y un delito más grave en tentativa doloso-eventual (por ejemplo, homicidio), aunque en esta última situación considera que sería preferible la formulación de un tipo de peligro. Además, también en estos supuestos la autora plantea la posibilidad de adoptar la solución contraria y calificar los hechos como tentativa del delito más grave si cabe apreciar un peligro cualificado (Vid. ob. cit., pág. 116 a 122). Respecto a este último asunto, resulta más significativa aún la posición que mantiene en caso de concurrencia de tentativa doloso-eventual y un correspondiente delito de peligro: si concurre un delito de peligro para la vida y tentativa de homicidio en dolo eventual, la calificación correcta será

la autora suiza es que tal solución a la problemática concursal se justifica con una contundente declaración de principios en favor de una argumentación jurídica orientada al caso, al problema, y desvinculada de razonamientos lógico-formales e incluso sistemáticos (69). Por otra parte, no se aporta justificación alguna de cuales son las exigencias de justicia que hagan necesaria la represión con carácter general de la tentativa peligrosa con «dolo eventual en relación a la producción del resultado», y a las que se apelaría para resolver este grupo de supuestos, los de mayor trascendencia de cuantos se han planteado, del mismo modo que lo ha venido haciendo la doctrina dominante, a saber, aplicando automáticamente a la tentativa lo que era indisputado para el delito consumado (70).

3. TOMA DE POSICION

Las reflexiones expuestas hasta el momento permiten ya entrever un decantamiento hacia la tesis que niega la admisibilidad de la realización doloso-eventual en los tipos de imperfecta ejecución. Sin embargo, al no haber asumido acriticamente ni haber considerado suficientes los planteamientos defendidos por los partidarios de una solución negativa, nos vemos ahora en la necesidad de fundamentar nuestra opinión. Para ello resulta inevitable precisar, obviando todo desarrollo que exceda de lo imprescindible para los objetivos de esta disertación, la concepción de la tentativa y del dolo eventual de que partimos.

3.1. Fundamento y estructura de la tentativa

Es hoy «*communis opinio*» en la doctrina el reconocimiento de un fundamento mixto objetivo-subjetivo a la tentativa, lo cual no es óbi-

excepcionalmente tentativa de homicidio «cuando la víctima ha sido lesionada muy gravemente y sólo ha podido ser salvada de la muerte por un caso típico de suerte» (Vid. ob. cit., pág. 135).

(69) Vid. KÖLZ-OTT, ob. cit., pág. 135: «En la concurrencia entre un tal delito de lesión más grave y atenuado en doble sentido y un delito de peligro, debe primer el último, incluso si esta solución contradice fundamentalmente el sistema. La dogmática jurídico-penal es una mera herramienta que debe servir para la implantación de la justicia; por ello debe asumirse tal falta de belleza». En relación con los supuestos de concurrencia de un delito consumado más leve con tentativa doloso-eventual de un delito más grave, rechaza la tesis mayoritaria reprochándole su carácter excesivamente teórico y alejado de la práctica, y justifica lo que la autora califica como «capitulación de la Jurisprudencia como ciencia pura ante las exigencias de la práctica». (Vid. ob. cit., pág. 118-119).

ce para que los diversos sectores doctrinales acentúen más una de tales dimensiones. En España han tenido normalmente una acogoda proponderante las tesis objetivas (71), de modo contrario a lo que es habitual en Alemania, donde han gozado de mayor repercusión soluciones subjetivistas como la preconizada por la teoría de la impresión (72). La referida tendencia objetivista, favorecida por la definición legal de la tentativa contenida en el artículo 3 del Código Penal, reconoce la existencia de un contrapeso subjetivo radicado en la consideración de la voluntad del autor como criterio determinante, y en la necesidad de ofrecer alguna explicación y el correspondiente margen de operatividad (aunque sobre ello las cosas no están tan claras) a la tentativa inidónea, mientras subsista la (para muchos incómoda) cláusula incorporada en el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal de 1.944. La teoría objetiva dominante tiene un contenido de carácter material, una vez rechazadas mayoritariamente teorías objetivo-formales como la de la «falta de tipo» (73), y contempla el

(70) Vid. Tal ausencia de argumentación en ob. cit. pág. 101-102.

(71) Vid. ANTÓN ONECA, «Derecho Penal-parte general», cit., pág. 417. Vid. asimismo NUÑEZ BARBERO, R.: *El delito imposible*, 1963, pág. 55. Vid. también, a pesar de la concepción finalista del injusto, CEREZO MIR, J.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, en ADPCP, 1962, pág. 32. Vid. sobre la base de planteamientos preventivo-generales que no compartimos, FARRE TREPAT, «La tentativa...», cit., pág. 32-37. Ha sostenido una teoría proponderantemente objetiva en Alemania, frente a la tesis dominante, SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, en ZStW, 1965, pág. 519.

(72) Vid. Autores partidarios de la teoría de la impresión Supra nota 54. Dicha teoría es la dominante en el ámbito de la doctrina alemana. Sus defensores la consideran equidistante tanto del polo subjetivo como objetivo. El fundamento de la tentativa estaría en la «idoneidad de la misma para conmover la confianza de la colectividad en el orden jurídico mediante la voluntad contraria al Derecho manifestada» (Vid. ESER, en SCHÖNKE-SCHROEDER, ob. cit., pág. 304). A mi parecer, debe significarse que tal planteamiento doctrinal se apoya principalmente en componentes subjetivos. La referida exigencia de que la tentativa ocasione una «impresión conmovedora del Derecho» («Rechtsschütternden Eindruck») constituye un débil contrapeso objetivo, pues en definitiva es el ánimo o actitud del autor frente al Derecho, la mera desobediencia a la norma, el factor determinante de tal conmoción. Nos encontramos pues ante un razonamiento circular, en el que la idea de «conmoción del Derecho» aparece como un referente vacío de contenido.

Vid. en contra de la doctrina dominante, MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, II, 6ª ed., 1984, pág. 17; y en sentido crítico frente al «desbordamiento de la teoría subjetiva de la tentativa» que se ha manifestado especialmente en la jurisprudencia, STREUENSEE, Eberhard: *Dolo de causar y casualidad putativa*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990-III, pág. 933-934.

Vid en contra de la teoría de la impresión en la doctrina española BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal-parte general*, 3ª ed., Barcelona 1989, pág. 270.

(73) Teoría formulada por DOHNA: *Der Mangel am Tatbestand*, Güterbock, 1910, pág. 35; seguida por SAUER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1955, pág. 98 ss.

peligro para el bien jurídico como elemento esencial integrante del tipo de injusto de la tentativa (74).

En mi opinión, la presencia de un desvalor de peligro en los tipos de imperfecta realización constituye una exigencia ineludible derivada del principio de proporcionalidad del sistema, el cual se materializa mediante una concepción dualista del injusto. Tal concepción impide que la punibilidad de un hecho pueda basarse exclusivamente en el desvalor de acción o en el desvalor de resultado (75), lo que no obsta para que uno de tales componentes pueda aparecer en algún caso debilitado (pero nunca eliminado), con la consiguiente disminución global del injusto que habrá de traducirse en una degradación de la penalidad. Por lo que respecta a la necesidad del desvalor de resultado, se ha destacado que la misma viene a satisfacer una función de garantía vinculada al principio de ofensividad y al concepto de bien jurídico como elemento nuclear de la antijuridicidad (76). Tal exigencia se espiga en una doble manifestación del desvalor de resultado, en función del grado de afección al bien jurídico, como desvalor de lesión o como desvalor de peligro. La presencia de un desvalor de peligro debe co-determinar el contenido de injusto de la tentativa, una vez eliminada por hipótesis la lesión del bien jurídico. La creación legislativa de los tipos de imperfecta realización obedece a una opción político-criminal consistente en un avance de la barrera de protección del bien jurídico, de modo análogo a lo que sucede en los delitos de peligro (77).

(74) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en «Comentarios al Código Penal», cit., pág. 124, quien después de establecer el doble fundamento objetivo-subjetivo de la tentativa, añade que «el elemento objetivo está representado por el peligro directo creado para el bien jurídico». Vid. asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal español-parte general*, Barcelona 1984, pág. 315. Vid. NUÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 31: «lo que se incrimina en la tentativa es el peligro real y efectivo, material y objetivo en que se ha colocado el bien jurídico protegido por la ley». Vid. FARRE TREPAT, ob. ult. cit., pág. 37: «si no se olvida que la función primaria del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, no será preciso prohibir más que aquellas acciones que pongan realmente en peligro dichos bienes.»

(75) Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Acto, resultado y proporcionalidad*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1982, pág. 383. Siguiendo el planteamiento de este autor cabe concebir que el principio de proporcionalidad no ha de limitarse a garantizar la correspondencia entre pena y delito, sino que debe inspirar la misma elaboración del concepto de delito, con el fin de asegurar una disposición equilibrada de los diversos elementos que lo integran, como garantía de una correcta política criminal.

(76) Vid. Sobre la función garantizadora del desvalor de resultado, BUSTOS RAMÍREZ, ob. ult. cit., pág. 182-183. Vid. referencia al «principio de ofensividad» para expresar la vigencia del dogma «nullum crimen sine iniuria», COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-parte general*, Valencia 1987, pág. 219-220. Vid. asimismo acerca del desvalor de resultado, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal-parte general*, Madrid, 1977, pág. 331.

(77) La necesaria presencia de una peligrosidad en la tentativa de delito cabe fundarla también en la moderna teoría de la imputación objetiva. Esta teoría ha sido entendida por TORIO LOPEZ como una manifestación del método teleológico-valorativo en el

La anterior afirmación nos obliga a interrogarnos acerca de la naturaleza del referido peligro. La tentación de requerir la presencia de un peligro concreto como garantía de una mayor seguridad jurídica, tropieza de «lege lata» con la punibilidad de la tentativa inidónea (78). Por este motivo algunos autores se han visto obligados a explicar la tentativa inidónea como «cuerpo extraño», como excepción que no excluye la regla general, o bien han relacionado el contenido de la tentativa con la idea de peligro abstracto (79). Sin embargo, la contemplación de la tentativa, al menos en el supuesto de la tentativa inidónea, como un tipo de delito de peligro abstracto sin ulteriores matices, no conseguiría satisfacer las exigencias de ofensividad antes aludidas, habida cuenta de las críticas que tal género de tipos delictivos ha merecido. Por ello convendría requerir una mínima posibilidad de peligro, lo cual supone asumir una idea paralela a la de peligro hipotético o posible (80) y rechazar

campo particular de los delitos de resultado, aunque desplegando efectos más allá de estos, caracterizada por erigir la acción peligrosa jurídicamente prohibida en momento fundamental del sistema. Así reformulada, esta teoría, sólo relativamente nueva, se convierte en «criterio para la reconstrucción en sentido objetivo de la teoría de la tentativa, frente a las orientaciones subjetivas» (Cfr. TORIO LOPEZ, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1985-1986, pág. 383). Vid además del autor, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en ADPCP, 1986, pág. 33 ss.

(78) Las teorías que exigen en la tentativa un peligro concreto para el bien jurídico son asumibles tan sólo como criterio de «lege ferenda», pero no resisten una confrontación con el Derecho vigente (mientras subsista el artículo 52,2 C.P.), en la medida en que no pueden ofrecer un fundamento a la tentativa inidónea. Vid. en favor de la adopción de una idea de peligro concreto como contenido de la tentativa, NUÑEZ BARBERO, *bo. cit.* pág. 171: «El art. 3º del Código Penal exige para la incriminación de las conductas a título de tentativa, un «comienzo de ejecución», más la ejecución debe realizarse mediante un comportamiento, una conducta, que ponga causalmente en peligro un bien o interés, de modo que la probabilidad de realización de una lesión, de esa ofensa, que supone el comienzo de ejecución, haya realmente existido, por lo cual no se puede prescindir de la idoneidad de los actos». Consecuentemente, preconiza la exclusión del párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal, y la previsión alternativa de una medida de seguridad.

(79) Es ilustrativa en sí misma de esta actitud doctrinal vacilante la posición de CE-REZO MIR, quien había señalado (Cfr. «Lo objetivo...» cit., pág. 33) que por medio del artículo 52,2 el legislador «ha excluído únicamente la posibilidad de considerar que lo injusto de la tentativa radica en el peligro concreto del bien jurídico protegido. Lo injusto de esta figura delictiva en el Código Penal español tiene que estar representado por el peligro abstracto del bien jurídico». Mas recientemente, sin embargo (Vid. *Curso de Derecho penal español*, 3ª ed. Madrid 1978, pag. 334 ss.

(80) Vid. TORIO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, II-III, pág. 825 ss. Como categoría intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, un sector de la doctrina propone el concepto de «delitos de peligro abstracto-concreto». Vid. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, pág. 248: «Tales formas de peligro serían abstractas porque el juicio no debe tener en cuenta todos los elementos

consiguientemente una genérica presunción de peligro inherente a la voluntad de consumación, lo cual conducirá a excluir del concepto de tentativa los casos de inidoneidad absoluta, según viene preconizando un amplio sector de la doctrina (81).

Por caminos distintos, otras propuestas formulan un concepto extensivo de peligro que permite abarcar supuestos de tentativa inidónea dentro del concepto de tentativa peligrosa. En esta dirección, Farre Trepapat advierte la necesidad de efectuar el juicio de peligro desde una perspectiva «ex ante» en la que el espectador objetivo esté en posesión de los mismos conocimientos (incluso si son erróneos) que el autor del hecho (82). Tal posición, que restringe el ámbito de libertad frente al de la tentativa punible respecto al criterio defendido por los seguidores de la distinción entre inidoneidad relativa y absoluta, no puede compartirse sin asumir sus presupuestos, esto es, una vinculación de la elaboración dogmática del concepto de delito con una concepción preventiva de la pena, y una configuración monista del injusto derivada de una concepción imperativista de la norma. La significación que hemos atribuído al desvalor de resultado nos impone exigir a la conducta una lesividad efectiva o potencial, que tiene su mínimo contenido en la manifestación de un peligro posible con arreglo a las circunstancias objetivas y con independencia de la representación de las mismas por parte del autor. Para ello se hace necesario completar el juicio de peligrosidad «ex an-

disponibles; pero serían sin embargo al mismo tiempo concretas porque el juez debe proceder en cada caso particular a la comprobación de la existencia del peligro», definición contradictoria, pues lo que habría que exigir no es la existencia de dicho peligro sino la posibilidad de la misma.

En el sentido de revisar la categoría de los delitos de peligro abstracto autorizando al juez para desvincularse de una formalista presunción «iuris et de iure» de peligro, Vid. la idea de «peligro implícito» en ESCRIBA GREGORI, Josep M^o: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona 1981, pág. 72 ss.

(81) La distinción entre inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta, como solución restrictiva a la problemática de la inclusión de la tentativa inidónea en el Código Penal, goza de un amplio respaldo en la doctrina española. Vid. en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, «Derecho Penal-parte general», cit., pág. 502; QUINTERO OLIVARES, G, *Derecho Penal-parte general*, Madrid 1989, pág. 530, y «Acto, resultado y proporcionalidad», cit., pág. 405; HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid 1984, pág. 56-57, quien propone como ejemplo de absoluta idoneidad las prácticas abortivas sin haberse acreditado el embarazo, supuesto que la jurisprudencia ha calificado en más de una ocasión como tentativa punible de aborto. Idéntica solución ha sido defendida en Alemania para este supuesto (Vid. SPENDEL, ob. cit., pág. 89), aunque no ha tenido repercusión dada la adscripción de la mayor parte de autores a la teoría de la impresión.

(82) Vid. FARRE TREPAT, ob. ult. cit., pág. 389 ss. Ello le lleva a afirmar la punibilidad de algunos supuestos considerados como de tentativa absolutamente inidónea, como el caso de quien con ánimo de matar dispara con una pistola descargada creyendo erróneamente que se encontraba cargada.

te» con lo que se ha denominado «prognosis posterior» (83). El necesario «peligro potencial» constituirá el desvalor objetivo propio de las hipótesis de relativa idoneidad (84).

En lo referente a la estructura propia de los tipos de imperfecta realización, cabe asumir la tesis dominante que los considera como figuras típicas (su tratamiento legal a través de la fórmula de una cláusula general obedece a razones de economía legislativa), que además están provistas de autonomía frente a los respectivos tipos de delito consumados. La segunda afirmación es sin duda más problemática, y en favor de la misma puede argüirse que en la tentativa (o frustración) no se realiza el tipo de delito consumado, sino otro distinto, que describe como parte integrante del supuesto de hecho típico la realización imperfecta o no consumación. Alegar contra tal posición que no existe una «tentativa en sí», sino tan sólo tentativas de los distintos delitos sería inane, por cuanto con análoga razón podemos aseverar que no existe una «consumación en sí», sino diversos tipos de delito consumados (85).

Si descendemos al análisis de su estructura, hay que precisar en primer lugar que el tipo del delito intentado constituye un supuesto de tipo incongruente por exceso subjetivo, caracterizado por la presencia de un elemento subjetivo del injusto de intención trascendente, que es la voluntad de consumación (86). La resolución de cometer el delito no puede integrar el dolo del delito intentado, dado que el contenido de tal voluntad trasciende la realización de la parte objetiva del tipo (87). Cabe por lo tanto establecer una correspondencia entre la autonomía del tipo de la tentativa, y la distinción dentro de su parte subjetiva entre el dolo de la tentativa y la voluntad de consumación como elemento subjetivo del injusto que en su caso se agregará a los elementos subjetivos que contiene el respectivo delito consumado. Por otra parte, tampoco el contenido del elemento subjetivo del tipo «voluntad de consumación» coincide siempre con el que es propio del dolo en el delito consumado, sino que ello sólo será así en la frustración (88). Con las anteriores con-

(83) Vid. NÚÑEZ BARBERO, ob. cit., pág. 109 ss.

(84) No obstante reconocer la difícil compatibilidad entre el concepto de relatividad y el de «imposibilidad» que emplea el artículo 52,2, cabe acoger la distinción entre idoneidad relativa y absoluta como el mejor recurso para no vaciar arbitrariamente de contenido dicha previsión legal político-criminalmente inoportuna.

(85) Vid. DE FARIA COSTA, ob. cit., pág. 81.

(86) Vid. En este sentido, MIR PUIG: *Derecho Penal-parte general*, Barcelona 1990, pág. 369-370. Sigue idéntico criterio FARRE TREPAT, ob. ul. cit., pág. 62 ss.

(87) Ello contradice el criterio según el cual «el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el de la consumación» (criterio que STREUENSEE, Vid. ob. cit., pág. 941, considera dominante)

(88) Vid. En este sentido, MIR PUIG, ob. loc. ult. cit.: «La voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del

sideraciones estamos en condiciones de refutar las tesis que pretenden sustentar la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en una (a mi juicio) incorrecta identificación entre el dolo de la tentativa y el dolo de la consumación. Ello no quiere decir que quede ya automáticamente demostrada la tesis contraria, si consideramos que un sector de la doctrina no cree precisamente que sea posible establecer una simetría entre elementos subjetivos del injusto y restricción de la parte subjetiva del tipo al dolo directo (89). El desarrollo de este aspecto vamos a acometerlo posteriormente.

3.2. El dolo eventual

La problemática relativa a la precisión del concepto y la delimitación del alcance del dolo eventual constituye en la actualidad una de las cuestiones más complejas que tiene planteadas la dogmática jurídico-penal, y en consecuencia no deben sorprender las alambicadas construcciones teóricas realizadas por diversos sectores doctrinales, a menudo acusadas de favorecer un drástico distanciamiento entre teoría y praxis. La asimilación del dolo eventual al dolo dista de ser una cuestión pacífica, y se realiza a partir de un concepto normativo de dolo capaz de al-

delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución». El autor utiliza el anterior razonamiento para fundamentar objetivo-subjetivamente una menor punición para la tentativa que para la frustración.

Un planteamiento similar efectúa STREUENSEE, E.: *Tentativa y dolo*, en C.P.C. 1989 n.º 38, pág. 405 ss, desarrollando la construcción de Armin Kaufmann, y sobre la base de una fundamentación subjetiva de la tentativa. Este autor alemán pone de manifiesto la contradicción en que incurre la doctrina dominante, al no reparar que la alusión a un «dolo de tentativa» o «incompleto» (por el hecho de no haberse alcanzado la consumación) pugna con el dogma de la identidad entre el referido dolo y el propio del delito consumado. La tentativa inacabada es en cuanto a su estructura, «un delito de dos actos atrofiado (que no ha podido desarrollarse)» (Cfr. ob. cit., pág. 412). Contrariamente a lo que se deduciría del dogma de la identidad, STREUENSEE concibe la voluntad como medida subjetiva variable, que exige la adopción de marcos penales graduales en el ámbito de la tentativa, como los diseñados respecto a las formas acabada e inacabada.

(89) Vid. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, en *Derecho Penal-parte especial*, Valencia 1989, pág. 532-533. Estos y otros autores van incluso más lejos y estiman que tampoco sería suficiente fundar la inadmisión de la imprudencia en la tentativa en la presencia de tal elemento subjetivo del injusto, pues cabe pensar en supuestos de error vencible sobre un elemento objetivo del tipo. Vid. CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español-Parte General*, I, Madrid 1985, pág. 375-376; y TORÓ LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ADPCP 1972, pág. 54-55. Vid *Infra* mayor desarrollo.

bergar en su seno realidades ontológicamente diferentes (90). La referida asimilación se produce como consecuencia de una valoración según la cual la comunidad jurídica considera que determinados comportamientos no intencionales merecen la misma repulsa que el Ordenamiento Jurídico prevé para la afección dolosa al bien jurídico, y en ocasiones tal asimilación es percibida como una opción inevitable pero no plenamente satisfactoria, motivada por el hecho que el legislador no ha contemplado un tercer título de imputación intermedio entre el dolo y la culpa (91).

Cabe a continuación preguntarse cuáles son los rasgos propios de la comisión doloso-eventual de un delito que lo hacen merecedor de las consecuencias jurídicas previstas para los delitos dolosos y permiten trazar una delimitación normativa con la imprudencia. En la doctrina se ha impuesto un rechazo mayoritario a la búsqueda de elementos puramente subjetivos, asociados a la disposición del ánimo o una actitud interna del autor, y se considera que el delito doloso ha de caracterizarse por una mayor peligrosidad para el bien jurídico en relación con la del delito imprudente. En esta dirección, ha destacado recientemente Hassemmer que «el peligro para los bienes jurídico-penales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente; se debe valorar la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho» (92). No compartimos por ello la opinión

(90) Vid. En favor de un concepto normativo de dolo, con críticas a la «ontologización» como planteamiento del dolo, HASSEMER, W.: *Los elementos característicos del dolo*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, III, pág. 913 ss y 917 ss.

(91) La STS de 24-10-1989 (Vid. R. Ar. 7744) afirma a este respecto: «sería conveniente que esta figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico, intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente». La sentencia reconoce los problemas que dicha propuesta podría acarrear, y justifica la misma por la existencia de un «escalón tan tenue de diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente que es muy difícil llegar a conclusiones generales y abstractas.

(92) Cfr. HASSEMER, ob. cit., pág. 917. El autor añade un segundo elemento de distinción entre delito doloso y delito culposo: «la reinserción del delincuente doloso supone un cambio normativo, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión del peligro». Este segundo criterio no resulta, sin embargo, a mi juicio, totalmente asumible para el dolo eventual, sin que con ello quiera incurrir en los excesos achacables a DE FARIA COSTA (Vid. ob. cit., pág. 99), quien plantea el caso del individuo que planifica dar muerte a otro y por un error de puntería la bala alcanza a un tercero que muere. Si el autor es un asesino profesional que actúa fríamente con plena confianza en su destreza, habrá que calificar los hechos como tentativa de asesinato en concurso con homicidio imprudente, mientras que si se trata de un anarquista romántico sin experiencia que asume el riesgo de dar muerte con su acción a un tercero, estaremos ante una tentativa de asesinato en concurso con un homicidio doloso (eventual). Frente a ello, afirma el autor: «El orden jurídico castiga más severamente a

de Bustos Ramírez, quien considera que el dolo eventual tiene la estructura de la imprudencia más un elemento subjetivo agravatorio del injusto (93), por lo que el castigo del dolo eventual conforme a las reglas del delito doloso constituiría un inadmisibles supuesto de aplicación analógica «in malam partem». Esta tesis, que cabría suscribir en tanto que objeción dirigida contra las denominadas «teorías del consentimiento», no se compeadece con una interpretación del concepto «dolo» en clave normativa, en la que la idea de incremento del peligro para el bien jurídico actúe como parámetro regulador del contenido del injusto. El plus de injusto inherente al dolo eventual frente a la culpa no puede ser pues de carácter meramente subjetivo, sino objetivo-subjetivo (94).

Las teorías del consentimiento han sido rechazadas porque introducen un «modus operandi» más propio de un autoritario Derecho penal de autor basado en la culpabilidad por el carácter que de un democrático Derecho penal del hecho. También se les ha reprochado la exclusión del ámbito del dolo de supuestos de confianza irracional en la no realización del riesgo, además de considerar, según la fórmula propia de la teoría hipotética del consentimiento, como meramente culposos aquellos comportamientos muy peligrosos y reprochables que resulten in-

quien no es peligroso, a quien puede ser más rápida y normalmente (re)socializado y, por encima de todo, conmina con una pena más grave precisamente a aquél que de un modo transparente permitió que su conciencia ético-jurídica se erigiese en parámetro de valoración jurídica, fuese centro de duda, luego, posible espacio de apertura a lo justo». No puede compartirse la anterior observación, ya que concede una prioridad absoluta a la peligrosidad del autor frente al peligro objetivo para el bien jurídico manifestado en su acción, lo que no es de recibo cuando se trata de decidir una penalidad proporcionada al injusto. Por otra parte, revela algo que posteriormente será objeto de crítica: las teorías del consentimiento pueden mostrarse como un indeseable instrumento de penetración de criterios de Derecho Penal de autor.

Vid. por otra parte un «concepto funcional» de dolo, que prescinde de un elemento voluntativo en el dolo y considera suficiente la conciencia por parte del autor de la peligrosidad del comportamiento, en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pág. 47.

(93) Vid. «Política criminal y dolo eventual», pág. 324-325.

(94) Cabe advertir, que el planteamiento de BUSTOS RAMÍREZ resulta parcialmente coherente con arreglo a las formulaciones habituales de la teoría de la probabilidad, que con cierto fundamento critica. Tras descartar la validez de las teorías del consentimiento, señala que «sólo es posible recurrir y con razón a las posiciones que buscan criterios en el injusto. Ahora bien, todas ellas sin excepción destacan o ponen de relieve que la estructura básica del llamado dolo eventual es el de una actividad que aumenta excesivamente los riesgos. El riesgo más allá de la que no hay diferencia cualitativa con la culpa y sí con el dolo» (Cfr. ob. ult. cit., pág. 43). La anterior reflexión resulta positiva en la medida en que pone de relieve la necesidad de establecer la peligrosidad propia del delito doloso en un dato cualitativo y no meramente cuantitativo (Vid. mayor desarrollo en páginas siguientes). Sin embargo, ello resulta contradictorio con la alusión a un «elemento subjetivo agravatorio del injusto» como «elemento de actitud o posición psicológica» característico del dolo eventual.

compatibles con el propósito del autor (95). Ante tales inconvenientes, se imponen planteamientos que adoptan como criterio rector el grado de peligrosidad de la conducta y la conciencia del mismo por parte del autor. Se impone, en definitiva, una visión del problema que deje de buscar similitudes ontológicas entre el dolo eventual y el dolo directo y opere con criterios normativos. En consecuencia, considero que Gimbernat emprende la senda correcta cuando se pregunta cuál es la finalidad de la ley al dividir los hechos punibles en dolosos e imprudentes: «La ley, al distinguir entre hechos dolosos y culposos, perseguía distinguir entre delitos más graves y menos graves, pues el delito intencional tiene una pena superior a la del delito imprudente» (96). El referido autor, siguiendo las teorías de la probabilidad, estima que, así como sucede en las situaciones de dolo directo de segundo grado, en las que —no obstante la ausencia de voluntad referida al resultado «necesariamente» unido al objetivo perseguido por el autor— la doctrina dominante no duda en imponer la pena correspondiente al delito entencional, «también, por la grave reprochabilidad del comportamiento, deben imputarse como dolosas aquellas consecuencias cuya producción es sujeto estimó que con suma probabilidad irían vinculadas al resultado que directamente perseguía» (97).

(95) Vid. GIMBERNAT ORGEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. 1990, pág. 252 ss. En cuanto al último aspecto, propone el ejemplo de los mendigos rusos que mutilaban a niños para utilizarlos como instrumento para implorar la caridad ajena, en cuyo caso la muerte de los niños aparecía como una eventualidad incompatible con los fines perseguidos por sus autores. En la misma dirección, se refiere posteriormente el autor a los casos «Bultó» e «Hipercor» (Vid. Infra. nota 95). Otros autores han hecho suya la crítica formulada por Gimbernat a la teoría del consentimiento. Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, «Derecho Penal—parte general», cit 420.

(96) Ctr. GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit., pág. 258-259.

(97) Ctr. GIMBERNAT ORDEIG, ob. loc. ult. cit. «Esta conducta es tan grave que su calificación de dolosa no puede desaparecer porque el sujeto se diga: Si en vez de haber noventa probabilidades entre cien hubiese un ciento por ciento, no actuaría».

Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, ob. loc. ult. cit., quienes, sin mostrarse favorables totalmente a la admisión de la teoría de la probabilidad, argumentan en un sentido cercano a un concepto normativo cuando señalan que el dolo eventual es dolo «no solamente porque, con mayor o menor artificiosidad, podamos decir que el resultado antijurídico ha sido querido por el autor, sino también porque concurre en él la reprochabilidad propia de la forma más grave de la imputación subjetiva».

Recientemente ha abundado GIMBERNAT ORDEIG en favor de la teoría de la probabilidad, en *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990-II, pág. 422 ss. El autor analiza las sentencias del caso Bultó (segunda sentencia del TS de 28 de noviembre de 1986 (R. Ar. 7.841) que condena a Carles Sastre, y del caso Hipercor (sentencia 49/89 de la Audiencia Nacional 1ª de 14-10-1989), y considera incorrecta la aplicación de la teoría del consentimiento, pues tan solo la teoría de la probabilidad consigue fundamentar la necesidad de calificar los hechos como delitos dolosos. GIMBERNAT insiste en la necesidad de evitar una identificación entre dolo e intención: «Si existen tipos dolosos que, como el del artículo 348 bis, restringen su cam-

Aunque las teorías de la probabilidad, centradas en la conciencia de un peligro relevante, son preferibles a las del consentimiento, han recibido críticas, no sólo por la desmedida ampliación del ámbito del dolo en detrimento del de la culpa, sino, desde sectores proclives a mantener la mayor peligrosidad como fundamento normativo (98), por la indeterminación y falta de realismo del criterio cuantitativo de peligro que adoptan como parámetro. En esta dirección, resultan particularmente interesantes las recientes aportaciones de Puppe. La autora insiste en la necesidad de adoptar un concepto normativo de dolo, en el que tengan cabida sus diversas formas. Sobre esta base señala que si lo propio de la intención y el dolo directo es la contradicción por parte del autor del valor ínsito en la norma según el cual «el resultado no debe producirse», en el dolo eventual la conducta del autor debe ser interpretada «como expresión de sus máximas de comportamiento contradictorias inmediatamente con la norma jurídica» (99). A la pregunta de cuál es el contenido de peligro que caracteriza el delito doloso frente al delito imprudente, Puppe considera que tan sólo la teoría de la probabilidad ha ofrecido una respuesta, aunque la misma es insuficiente (100), en la

po de aplicación a hechos exclusivamente intencionales, ello quiere decir que los restantes tipos dolosos están acogiendo, además y también otras modalidades de dolo distintas de las intencionales, y que, por consiguiente, no es posible identificar dolo con intención» (Cfr. ob. ult. cit., pág. 429). «La finalidad del Derecho Penal no es la de retribuir una supesta e indemostrable culpabilidad, sino la de proteger bienes jurídicos. De ahí que cuanto mayor sea el riesgo de lesión, mayor habrá de ser también la pena a imponer para tratar de evitar, en lo posible, tales conductas» (Cfr. p. 430). Cabe advertir que el planteamiento de Gimbernat no se corresponde con la tesis que posteriormente defiende, en la medida en que, al comentar los criterios de distinción entre *animus necandi* y *animus laedendi*, asume implícitamente la posición mayoritaria en lo referente a la tentativa con dolo eventual.

(98) La STS de 24-10-1989 (R. Ar. 7744) alude a la existencia de una «teoría intermedia» entre la del consentimiento y la de la probabilidad, que denomina de la «peligrosidad», basada en la distinción «entre peligro representado en abstracto y peligro representado en concreto, pudiéndose hablar en el primero de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo eventual» (Vid. mayor desarrollo Infra, 3.4). Este planteamiento se corresponde con la tesis de SCHMIDHÄUSER, a la que GIMBERNAT alude (Vid. «Acerca del dolo eventual», cit., pág. 250), aunque situándola entre las teorías de la probabilidad (o «representación», pues el citado autor equipara ambos términos). Vid. otras formulaciones de teorías calificadas como eclécticas o intrmedias en MIR PUIG, ob. cit., pág. 264-265. Alguna de las mismas ha sido recogida por la jurisprudencia junto a la imperante doctrina del consentimiento: Vid STS de 14-5-1991 (R. Ar. 3644), que destaca en la actitud del autor «su absoluta indiferencia ante lo que pueda producirse».

(99) Vid. PUPPE, I.: *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, en *Zeitschrift für die Gesamtraf rechtswissenschaft*, 1991, I, pág. 15.

(100) Las teorías psicológicas, del consentimiento o de la representación, son rechazadas por PUPPE porque hacen depender la diferenciación entre dolo y culpa de «un mero fenómeno psíquico que acompaña al hecho», siendo tal fenómeno un mero elemento de la actitud, «porque no requiere tener ninguna influencia observable sobre la decisión del au-

medida en que «ha intentado solucionar el problema con un instrumental conceptual demasiado simple, abstracto y alejado de la praxis: con un concepto de probabilidad entendido cuantitativamente»(101). A partir de tales planteamientos, la autora trata de establecer la línea divisoria entre el injusto doloso y el injusto imprudente con arreglo al contenido de la decisión del autor, valorando el peligro que el mismo ha creado consciente y voluntariamente según criterios no solamente cuantitativos, sino también cualitativos. Para la determinación del contenido de peligro que debe caracterizar el delito doloso frente al imprudente, Puppe recurre a la referencia del autor considerado «como parte idónea de la comunidad jurídica y, por consiguiente, como ser racional que actúa según preceptos» (102). Por esta vía se formula la siguiente conclusión: «El comportamiento del autor es entonces expresión de su decisión en favor del resultado, cuando el peligro que el ocasiona (consciente o hipotéticamente) para el bien jurídico, es de tal cualidad y cantidad que un ser razonable sólo lo consentiría según la máxima que el resultado lesivo sea impuesto o al menos permitido» (103). La fijación del peligro propio del delito doloso es pues una cuestión jurídica, en la que aparece como criterio principal la magnitud del peligro, y que debe dar lugar a la creación de un concepto típico, el concepto de «peligro doloso». La referida fijación no puede basarse en la determinación de grados de probabilidad por tratarse de una categoría no contabilizable en el caso concreto, sino que debe exigirse «que el peligro sea de tal magnitud que la confianza en un resultado exitoso sea irrealista e irracional» (104).

3.3. Bases metodológicas para una respuesta global a la problemática de la tentativa con dolo eventual

Según habíamos ya puesto de relieve anteriormente, constituye un defecto bastante generalizado por parte de la postura mayoritaria la falta de argumentos que trasciendan el mero razonamiento lógico-formal consistente en aplicar automáticamente aquello que es válido para

tor para la peligrosidad del bien jurídico», y porque «el elemento de la actitud opera de modo independiente teórica y prácticamente del contenido de la decisión de peligrosidad, eso es, de la medida y la calidad del peligro». (Vid. ob. cit., pág. 40).

(101) Cfr. PUPPE, ob. cit., pág. 18.

(102) Cfr. PUPPE, ob. cit., pág. 41.

(103) Cfr. PUPPE, ob. loc. ult. cit.

(104) Cfr. PUPPE, ob. cit., pág. 42. Vid. en sentido distinto MIR PUIG (ob. cit., pág. 265-266), quien considera que debe excluirse el dolo eventual si el autor, no obstante haber advertido el peligro, estaba convencido de que no habría de dar lugar al delito, aunque se tratase de una confianza irracional (por ejemplo, una persona supersticiosa).

el delito consumado al delito intentado. Por otra parte, quienes combaten tal posición, se ven a menudo atraídos hacia declaraciones de principios anti-dogmáticas (105) que no favorecen precisamente la solución del problema dentro del sistema, sino la reapertura de una escisión entre dogmática jurídico-penal y política criminal que ya ha sido cerrada por la doctrina moderna. Ambas actitudes deben ser superadas. Respecto a la últimamente expuesta, porque no puede considerarse un avence al abandono de la sistemática, que da origen a un decisionismo arbitrario que pugna con las más elementales exigencias de seguridad jurídica y abre un abismo metodológico contradictorio con la integración de la política criminal en la dogmática jurídico-penal auspiciada por Roxin (106). Pero precisamente esta actitud metodológica integradora obliga a configurar el sistema del Derecho Penal de un modo particular, no como sistema axiomático, sino como un «sistema abierto» en el que la resolución de cada nuevo problema exige un replanteamiento de los conceptos y «dogmas» hasta el momento formulados. Tal como indica Schünemann, «la opción por un sistema abierto del Derecho Penal implica, por un lado, que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento; y, por el otro, que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos por el mismo rasero, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado» (107). Por ello, el empleo de la lógica formal, caracterizada por la regla según la cual la verdad de las premisas se traslada directamente a la conclusión, no puede tener un carácter prevalente, sino que habrá de someterse al imperio de razonamientos axiológicos y teleológicos (108).

El enfoque metodológico que acabo de propugnar, obliga a diseccionar el análisis de la cuestión planteada en dos dimensiones. Por una parte, con arreglo a las reglas inherentes a la lógica formal, cabe impugnar el razonamiento efectuado generalmente para fundamentar la posición dominante, dado que adolece de un defecto de premisa, una vez rechazada previamente la caracterización de la tentativa como for-

(105) Vid. Supra los argumentos de KÖLZ-OTT reproducidos en nota 66.

(106) Vid. ROXIN, K.: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona 1972, pág. 33 ss.

(107) Cfr. SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducción Silva Sánchez), Madrid 1991, pág. 37.

(108) Vid. PERELMAN: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (traducción de Díez Picazo), Madrid, 1979, pág. 9-11. DE FARIA COSTA (Vid. ob. cit. pág. 75) hace suyas las palabras de ZIPPELIUS (Cfr. *Das Wesen des Rechts*, München, 1969, pág. 135): «La recusación de todo dogmatismo sistemático es también un rechazo de toda tentativa de reducir la complejidad de lo concreto a un principio anticipado o a un simple fundamento material, también anticipado».

Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid 1988, pág. 23 ss.

ma típica dependiente del correspondiente delito consumado. La afirmación «lo que vale para el delito consumado vale para la tentativa» no se compadece con la tesis de la autonomía típica de la tentativa. Ello no quiere decir que quede ya automáticamente demostrado lo contrario, sino precisamente que la solución no puede provenir del mecánico recurso a un silogismo. La concepción de los tipos de imperfecta ejecución como tipos de delito dotados de autonomía y sustantividad propia, obliga a fundamentar la decisión a partir de una profundización en la naturaleza y estructura típica de la tentativa, y, previa consideración de grupos de casos, valorar si la punibilidad de la tentativa con dolo eventual puede ser mantenida en todos ellos sin llegar a soluciones sistemáticamente incongruentes o político-criminalmente inconvenientes.

Por las anteriores razones, no resulta satisfactoria la actitud consistente en apelar a una regla formulada con pretensiones de validez general y absoluta cuando se trata de justificar la punición de la tentativa con dolo eventual, y olvidar dicha regla cuando no gustan las consecuencias de la misma. Con ello queremos denunciar un preocupante pragmatismo escondido tras la jurisprudencia y doctrina dominante. El recurso a la tentativa con dolo eventual se plantea en los diversos casos analizados con el objeto de colmar determinados espacios de impunidad, pero no cuando la conducta del autor ha recibido ya otra clase de respuesta punitiva. Así ocurre en aquellos supuestos de homicidio o asesinato doloso-eventual consumado, en los que no se produce la muerte de todo el grupo de personas abarcadas igualmente por el dolo eventual del autor (casos de colocación de explosivos, o incendio de una casa o edificio, por ejemplo) ante los que cabe preguntarse por que no se establece el correspondiente concurso de delitos con tentativas de homicidio respecto de las personas ilesas o heridas. Posteriormente nos ocuparemos con mayor detalle del examen de estos y otros casos (109).

3.4. Impunidad de la tentativa con dolo eventual

Me dispongo ya a exponer los motivos por los que considero razonable la adopción de una actitud globalmente contraria a la tentativa con dolo eventual. Quisiera precisar en este momento que tal conclusión no se apoya en una incompatibilidad absoluta entre ambos conceptos. La reflexión sobre la tentativa y el dolo eventual por separado no sugiere que nos encontremos ante naturalizaciones ontológicamente antitéticas.

(109) Vid. como ejemplo de tal clase de pronunciamientos jurisprudenciales en los que no dejan impunes supuestos de tentativa con dolo eventual, la STS de 8-7-1985 y otras, comentadas *Infra*. en nota 127.

cas entre sí, de la misma forma que tampoco cabría estimar demostrado lo contrario. Se trata de categorías dogmáticas cuyo contenido se halla normativizado en función de la necesidad de resolver sistemáticamente ciertos «problemas jurídicos». Los siguientes argumentos van dirigidos a sostener que la punición de la tentativa con dolo eventual no parece un mecanismo adecuado para resolver tales problemas, dados sus efectos político-criminalmente perniciosos y la existencia de otros instrumentos técnico-jurídicos más idóneos. Esta actitud negativa debe ser mantenida además con carácter global, ya que las soluciones diferenciadoras resultan excesivamente artificiosas y difíciles de encajar sistemáticamente.

a) En primer lugar, la punición de la tentativa con dolo eventual es en ciertos casos materialmente indeseable, siendo en el resto de ocasiones, como después se verá, innecesaria. Resulta indeseable en la medida en que supone una preocupante elevación del nivel de inseguridad jurídica, puesto que no se determinan con certidumbre «a priori» cuáles son los riesgos relevantes. Ello implica confiar (en el mejor de los casos) a los en ocasiones elásticos criterios dogmáticos de imputación objetiva, la selección de tales riesgos típicos. Por otra parte, la ampliación legal del ámbito típico de la tentativa en los supuestos de inidoneidad y delito imposible puede conducir a una hipertrofia punitiva en casos en los que el debilitamiento del contenido objetivo de peligro de la tentativa coincide con una devaluación de la dimensión subjetiva del injusto. De un modo u otro, la admisión de la tentativa con dolo eventual constituye una amenaza para las libertades individuales, habida cuenta del riesgo de que redunde en una utilización desmedida del Derecho Penal, como reflejan las posiciones mantenidas por algunos autores respecto a la incriminación de las conductas de riesgo en la transmisión del SIDA. Y no deja de resultar significativo que tales posiciones proclives al empleo del Derecho penal como brazo armado de la sociedad en la lucha contra dicha enfermedad, vengán a solicitar en último término la tipificación expresa de tales riesgos. Valga el ejemplo como muestra indicativa de cómo una admisión generalizada e incuestionada de la tentativa con dolo eventual puede convertirse en un peligroso instrumento de un Derecho Penal autoritario.

b) La extensión de los dominios del dolo eventual resulta con carácter general una decisión problemática. Las reticencias que esta clase de dolo suscita en ciertos sectores doctrinales se ven aumentadas en relación con los delitos que no admiten la comisión culposa (110). El

(110) Vid. en el curso de una reflexión crítica en torno a la figura del dolo eventual, QUINTERO OLIVARES, «Derecho Penal-parte general». cit., pág. 344: «Si únicamente se castiga la comisión dolosa, el recurso al dolo eventual puede esconder el propósito de pu-

recurso al dolo eventual se ha planteado normalmente en delitos que sí admiten la realización imprudente, para evitar una insólita calificación de determinados comportamientos muy peligrosos como meramente «descuidados». Pero en los casos en que el legislador ha decidido prescindir de la tipificación de un injusto imprudente (y así ocurre en los tipos de imperfecta ejecución según la práctica totalidad de la doctrina) el dolo eventual surge como un peligroso expediente capaz de convertir en típicas conductas que podrían estar desprovistas de relevancia penal.

c) La incompatibilidad entre tentativa e imprudencia deriva, a mi juicio, de la particular estructura de los tipos de imperfecta ejecución. Concretamente, la caracterización del ánimo de consumir el delito como elemento subjetivo de lo injusto, según se ha expuesto anteriormente, impide la realización culposa de dichos tipos. La tesis que niega la posibilidad de la comisión imprudente de los delitos que contienen tales específicos elementos subjetivos, absolutamente dominante en la doctrina, ha recibido objeciones, generalmente en relación con supuestos de error de tipo vencible (111). Por ejemplo, se ha planteado la concurrencia de violación culposa en casos de error sobre la edad de la víctima, o hurto culposo si el autor yerra sobre la ajenidad de la cosa mueble sustraída. De todos modos, no parece posible extender la punibilidad de tales delitos imprudentes allende los supuestos excepcionales de la «culpa iuris». Y aun en estos supuestos la solución punitiva suscita inconvenientes, como significativamente advierte Mir Puig: «sería injusto que el delito doloso en el que faltan elementos subjetivos requeridos por el tipo diera lugar a la impunidad —salvo que constituya otro delito— y, en cambio, fuese punible como imprudente la misma conducta realizada sin dolo» (112). Debe hacerse notar que esta última objeción será válida cuando la imprudencia referida al resultado típico vaya acompañada de la ausencia del elemento subjetivo del injusto (caso de quien a la salida de un restaurante se lleva por error un abrigo que no es suyo, o de la madre que da muerte a su hijo por imprudencia y sin ánimo de ocultar la deshonra), no cuando haya culpa, por error vencible, respecto al resultado típico, pero concorra el elemento subjetivo del injusto (caso de quien mantiene relación carnal con ánimo lúbrico con una persona menor de doce años creyéndola mayor). Esta distinción resulta imprescindible para el desarrollo de nuestra argumentación, dado que todavía quedan adpectos pendientes de una mayor precisión, antes

nir un hecho imprudente no previsto legalmente, y, en todo caso, es cierto que el riesgo mencionado aumenta notoriamente».

(111) Vid. Tales críticas a la tesis dominante, CEREZO MIR, ob. loc. ult. cit. y TORIO LOPEZ, ob. loc. ult. cit. (Vid. Supra pág. 87).

(112) Cfr. MIR PUIG, «Derecho Penal-parte general», cit., pág. 281-282.

de poder efectuar el decisivo paso de la inviabilidad de la realización imprudente de los tipos que incorporan elementos subjetivos del injusto, a la exclusión del dolo eventual.

Según se había ya apuntado con anterioridad, hay quien sostiene la posibilidad de la comisión doloso-eventual de delitos como el infanticidio (113). Debe advertirse, no obstante, que en estos casos se plantea la presencia de dolo eventual en relación con el resultado típico (en el caso del infanticidio, la muerte del niño recién nacido), no de un «elemento subjetivo del injusto eventual» (en el mismo ejemplo, un «ánimo eventual de ocultar la deshonra»), que daría lugar a una situación realmente anómala. De ahí que sea preciso establecer que el componente intencional trascendente que contienen los elementos subjetivos del injusto los hace incompatibles con una forma de relación entre el hecho y el autor en la que ni siquiera existe momento volitivo. Si trasladamos este modelo al ámbito de la tentativa, cabe advertir una falta de congruencia por parte de quienes entienden la voluntad de consumación como elemento subjetivo del injusto, y admiten la mutación de la misma en una suerte de «voluntad eventual», expresión que entraña una contradicción en sus propios términos una vez se ha rechazado la teoría del consentimiento.

Pero cabe todavía aportar más argumentos. El desencadenamiento del resultado típico contribuye a orientar con mayor seguridad y precisión la siempre ardua tarea de establecer los componentes subjetivos de la conducta. La dificultad de determinar el ánimo del autor aumenta ya necesariamente cuando éste no ha alcanzado el resultado apetecido; pero el grado de incertidumbre se hace todavía mayor cuando ni tan siquiera existe tal voluntad. A diferencia de lo que sucede en el dolo directo de primer y segundo grado, el dolo eventual puede abarcar diversos resultados incompatibles entre sí. ¿A cuál de ellos habrá que conceder relevancia? La dispersión de la doctrina ante las hipótesis de dolo alternativo evidencia las referidas dificultades. Por otra parte, ¿cómo se delimita la extensión de la pluralidad de tentativas concurrentes? ¿habrá tantos delitos en grado de tentativa o frustración como personas pasaban a menos de cierta distancia, o las que debían haber pasado pero no pasaron? (114). No parece que los criterios con que opera la doctrina en materia de tentativa permitan resolver tales interrogantes, al menos

(113) Vid. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, ob. cit., pág. 532-533 (Vid. Supra pág. 87).

(114) Imaginemos que un grupo terrorista coloca un artefacto explosivo en un lugar por el que según todos los indicios habrá de pasar una autoridad, con la intención de darle muerte y asumiendo el riesgo de que, dada la carga utilizada, probablemente mueran otras personas. Al producirse la explosión, no resulta afectado el automóvil en que viajaba la autoridad, sino un vehículo de escolta, en el que muere uno de sus ocupantes,

mientras se acuda a elementos de carácter subjetivo, como la referencia al plan del autor con objeto de delimitar la esfera de los actos ejecutivos típicos (115). Después de todas estas consideraciones, cabe concluir que la concepción normativa del dolo eventual explicaría que, si hay razones para equiparar el tratamiento del dolo eventual al dolo directo en ciertas ocasiones, también puede haberlas para asimilarlo en otros casos a la culpa consciente, y eso es lo que debiera suceder en los tipos de imperfecta realización.

d) La disfuncionalidad político-criminal de la fórmula «tentativa con dolo eventual» resulta confirmada por la existencia de los delitos de peligro. Esta clase de delitos es un sector en expansión en los Códigos penales contemporáneos, que viene a satisfacer las necesidades de criminalización de nuevos riesgos que para los bienes jurídicos surgen en las sociedades modernas, mediante un adelantamiento en la línea de defensa, que debe efectuarse con arreglo a una técnica jurídica que asegure el respeto al principio de legalidad, en lo referente a la debida precisión de los riesgos punibles, y al principio de ofensividad, en cuanto a la evitación de una presunción «iuris et de iure» del peligro. El reconocimiento de un desvalor de peligro en la tentativa y la constucción del dolo eventual en torno a la idea de la conciencia de un peligro cualificado, acercan el contenido de la tentativa con dolo eventual a la estructura interna de los delitos de peligro, de modo tal que cabría pensar en una identidad estructural (116).

quedando heridos el resto de ellos. ¿Cuántas tentativas de homicidio o asesinato en dolo eventual habría que imputar a los terroristas, además de la no discutida relativa al personaje a quien querían dar muerte? ¿las relativas a los otros ocupantes del mismo vehículo que sufrieron lesiones, la del conductor ileso (aunque respecto a éste podría haber dolo directo de segundo grado) o también las del otro vehículo de escolta que no resultó afectado? En mi opinión, solamente habría un asesinato consumado en concurso con la tentativa de asesinato de la autoridad (y, en su caso, un delito de estragos, aunque ahí cabría examinar si la circunstancia del artículo 406-3 agota el contenido de peligro para terceros inherente al uso de explosivos). La intención del autor desempeña un papel determinante en aras a la restricción de los supuestos punibles de tentativa, como elemento añadido al desvalor de peligro.

(115) Vid. acerca de la concepción mixta objetivo-subjetiva dominante respecto a la fijación del inicio de la fase ejecutiva, que se basa en «representación de su plan por parte del autor», ESER, en ob. cit., pág. 308; STRATENWERTH, ob. cit., pág. 194; MIR PUIG, ob. cit., pág. 367.

(116) La STS de 24-10-1989 (R. Ar. 7744) insinúa esta conclusión cuando afirma, en relación con la denominada teoría de la peligrosidad (ya anteriormente citada, Vid. Supra nota 93), que esta teoría «distingue entre peligro representado en abstracto y peligro representado en concreto, pudiéndose hablar en el primero de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo indirecto, todo ello, como es lógico, dependiente del final resultado de la acción, lo que impide (esto último) poder achacar a esta idea la creación, a través del dolo eventual, de un delito de peligro «per se».

Tal conclusión sería precipitada, dada la complejidad de los delitos de riesgo, no reconducibles a un modelo único. A este respecto, Noll ha advertido la incorrección de identificar el dolo de los delitos de peligro con el dolo eventual de lesión (117). El elemento que permite establecer la delimitación entre éste y la culpa consciente es la exigencia de algo más que la mera conciencia del peligro inherente a la acción, y esta representación de un peligro cualificado no es necesaria en la mayoría de figuras típicas de peligro dolosas. Pero con ello no queda automáticamente establecida la conclusión contraria, consistente en que el peligro para el bien jurídico deba ser no cualificado, de modo que cabe entender que el «dolo de peligro» acoge tanto los supuestos de culpa consciente como los de dolo eventual en relación con la lesión del bien jurídico (118). En el contexto típico de los delitos de peligro, las situaciones de culpa consciente y dolo eventual presentan una afinidad mayor que en los delitos de lesión consumados.

Los supuestos problemáticos en los que la jurisprudencia o la doctrina acuden a la fórmula de la tentativa con dolo eventual han sido en la mayor parte de ocasiones previstos por el legislador como riesgos necesitados de un tratamiento específico. Y de hecho resulta sintomática la tendencia de algunos seguidores de tal doctrina dominante a propugnar la tipificación de tales riesgos como delitos de peligro (119). La introducción de un tipo agravado de lesiones cualificadas por el empleo de medios peligrosos (artículo 421-1 C.P.) y de otro que criminaliza la participación en la riña con medios peligrosos para la vida y la integridad de las personas, constituye la vía político-criminalmente más operativa y respetuosa con la seguridad jurídica para ofrecer un apropiado tratamiento a aquellas situaciones en las que los tribunales a menudo han tenido que recurrir a la hipótesis del dolo eventual para justificar la calificación como homicidio frustrado o intentado de hechos que habrían merecido penas irrisorias o la impunidad con arreglo a la regulación de las lesiones anteriormente vigente. No puede pasar

(117) Vid. NOLL, Peter: *Der subjektive Tatbestand der Gefährdung des Lebens*, ZStR 1954, pág. 19 ss.

(118) Vid. PARODI GIUSINO, M.: *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, pág. 360, quien considera que «para evidenciar ulteriormente la diferencia de los delitos de peligro con la estructura del delito intentado (...) se debe también considerar que, mientras que en la tentativa se requiere que el agente obre con dolo directo de lesión, viceversa en los delitos dolosos de peligro es suficiente la conciencia de que una lesión pueda verificarse como consecuencia del comportamiento prohibido». El autor no hace referencia al espacio intermedio existente entre el dolo directo de lesión y la conciencia de la posibilidad del peligro, representado por la conciencia de la mayor intensidad del peligro.

(119) Vid. En este sentido las demandas de criminalización relacionadas con los conductores suicidas (Vid. Supra nota 120) o las recientes propuestas de un grupo de penalistas españoles y alemanes para crear un tipo de riesgo en relación con la transmisión del SIDA.

inadvertido, en este sentido, el nuevo delito de riesgo tipificado en el artículo 348 bis b) como una nueva y significativa pieza en la batería de respuestas legales ante los más temibles peligros colectivos de las sociedades desarrolladas. En todos estos casos, cabe señalar la necesidad de una mejora técnica de los delitos de riesgo, siendo de lamentar las deficiencias detectadas en algunas de las figuras introducidas recientemente (120). Desde una perspectiva de «lege ferenda», y dado el impulso expansivo de los delitos de peligro, convendría pensar otros riesgos que precisen la atención del legislador, como es el caso de las conductas consistentes en la colocación de bombas o explosivos en lugares públicos y concurridos o el envío de paquetes explosivos, supuestos que podrían obtener un adecuado tratamiento como figuras típicas agravadas de otros delitos de riesgo, o conforme al tipo delictivo de estragos (art. 554 C.P.), con los matices que seguidamente se expondrán.

La actitud que se postula obliga a realizar un esfuerzo de imaginación en el diseño de una política legislativa, que evite inconvenientes lagunas, y que permita superar las anomalías detectadas en el Código vigente. Resulta inexplicable racionalmente que sea atípico el manejo y colocación de explosivos con riesgo para la vida de las personas, mientras se considera punible la mera tenencia ilícita de armas y otras hipótesis de peligro abstracto, o se extiende hasta cotas disparatadas la criminalización de genéricas e imprecisas conductas de colaboración con bandas armadas (121).

La tendencia legislativa a contemplar expresamente las hipótesis susceptibles de ser calificadas como tentativa con dolo eventual se pone de manifiesto particularmente en algunas figuras que incorporan como elemento del tipo, que en consecuencia debe ser abarcado por el dolo, un peligro cualificado. De todos modos, dicha previsión legal no siempre se produce de una manera satisfactoria, porque se trata de tipos agravados susceptibles de ser interpretados como delitos cualificados por el resultado en los que el peligro cualificado no estaría abarcado

(120) Así, en el citado artículo 421-1, en el que debería preverse una situación de peligro para la vida y no para la integridad física, amén de espejar la confusión existente sobre la naturaleza del peligro. Vid. TAMARIT SUMALLA, «La reforma de los delitos de lesiones», cit., pág. 110.

También el artículo 348 bis-b) introducido «ex novo» en la última reforma parcial de 1989 plantea problemas de delimitación con otras figuras típicas, como las relativas a la legislación penal en materia de energía nuclear.

(121) No es éste el momento apropiado para insistir en las críticas que la mayoría de la doctrina ha efectuado a la política legislativa dominante en materia anti-terrorista, que se mantiene después de la incorporación al Código Penal de algunos de los tipos delictivos integrantes de la Ley orgánica de 26 de diciembre de 1984. Vid. comentarios a los artículos 174 bis-a) y 174 bis-) del Código Penal, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988, pág. 84-92.

más que por culpa (según prevé el artículo 1 C.P.) (122). Sobre este particular, resulta de sumo interés el delito de estragos tipificado en el artículo 554 del Código Penal, dada la circunstancia agravante (123) que permite ofrecer una respuesta a alguno de los problemas que plantea el empleo de explosivos y otros medios de destrucción. Se hace necesario, sin embargo, que el nuevo Código Penal haga recaer en tal peligro cualificado el resultado típico (respecto al que será exigible la concurrencia de dolo), lo cual hará innecesaria la formulación de hipótesis de tentativa doloso-eventual, amén de replantear la exigencia de la producción de daños (124).

Por otro lado, no pueden ser favorablemente acogidos los tipos basados en referencias subjetivas que remiten a teorías del dolo eventual que en su momento hemos rechazado. Esto es lo que sucede en el delito de conducción temeraria «con consciente desprecio para la vida de los demás» del artículo 340 bis-d), en el que se caracteriza al dolo eventual como una especial actitud interna o disposición moral del autor ante el bien jurídico o valor, fórmula que descansa sobre una fundamentación ético-jurídica del concepto de bien jurídico que no compartimos.

En esta línea, merecen también nuestra atención los delitos de incendio tipificados en los artículos 547, 548 y 549 del Código Penal. La descripción de las conductas típicas contenida en tales preceptos, junto con la elevada penalidad con que se conminan, sugieren que nos encontramos, según coinciden en señalar la doctrina y la jurisprudencia, ante delitos pluriofensivos en los que ocupa un carácter preeminente el desvalor de peligro para la vida e integridad física, con una estructura típica propia de los delitos de peligro hipotético (125). De acuerdo con tal premisa, no se discute la concurrencia de un delito de asesinato (o bien homicidio para quienes no aceptan el dolo eventual en el asesinato) si el incendio provocado con arreglo a lo previsto en los referidos preceptos produce un resultado de muerte (126), aunque no hay un criterio

(122) Vid. como ejemplos de tipos que contienen un supuesto cualificado por la producción de un peligro «grave» para la vida o la integridad física, los artículos 348-bis y 344-ter último párrafo C.P.

(123) El art. 554 C.P. prevé una agravación «si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de la persona.»

(124) No se nos escapa la imperiosa necesidad de someter a una revisión más profunda la citada figura típica de estragos, tanto en lo que atañe a su mejora técnica, como a la reducción del marco penal con su consiguiente excesivo margen de discrecionalidad judicial en orden a la individualización de la pena.

(125) Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: *Delitos de incendio en el Ordenamiento Penal español*, Barcelona 1982, pág. 27 y ss. Vid. asimismo la jurisprudencia dominante, que contempla tales figuras típicas desde la perspectiva de un peligro posible o hipotético, In-fra nota 121.

(126) En este aspecto conviene advertir la diferencia existente entre la regulación positiva española y la del Código Penal alemán, que prevé una agravación de la pena si se

uniforme respecto a como debe resolverse la problemática concursal. Si el incendio ha sido escogido como medio para matar (dolo directo), la jurisprudencia y algunos autores estiman que tan solo se dará un delito de asesinato (127), solución que podría justificarse porque la circunstancia tercera del art. 406, de carácter objetivo, recogería el desvalor de peligro referente a los no fallecidos. Tal solución habría de mantenerla, consecuentemente, si no se produce resultado de muerte, en cuyo caso el asesinato aparecería en grado de tentativa o frustración. Sin embargo, si la muerte acaecida con ocasión de incendio es doloso-eventual, es dominante en la jurisprudencia una posición diferenciadora respecto al dolo directo, que afirma la existencia de homicidio e incendio, aunque cabe apreciar un criterio vacilante en torno a si se trataría de un concurso ideal de delitos (sentencia de 1-2-1986) o de un concurso aparente de normas a resolver conforme a la regla prevista en el artículo 68 C.P. (sentencia de 25-1-1990). Siguiendo con el anterior razonamiento, podría parecer sorprendente que en este caso no se haya planteado semejante hipótesis concursal en el supuesto que el homicidio no llegare a consumarse, si no fuera porque ello evidencia un sentimiento generalizado de que la tipificación específica de estos graves riesgos impide la toma en consideración de una tentativa (doloso-eventual) de homicidio. Las situaciones descritas en los artículos 547 y 548 C.P. vienen presididas por un peligro (hipotético) cualificado, integrante del tipo objetivo, al que habrá que referir el dolo. En el artículo 548, se exige explícitamente que el conocimiento del autor abarque la circunstancia objetiva que funda el peligro, pero en los supuestos del artículo 547, la descripción de los hechos lo hace innecesario. El tipo subjetivo de estos delitos está formado básicamente por el conocimiento de las circunstancias determinantes de un grave peligro, o lo que es lo mismo, por la conciencia de tal grave peligro, todo lo cual obliga a concluir que un aumento de la pena basado en la existencia de una tentativa de homicidio implicaría una violación del principio «non bis in idem», salvo que la identidad fáctica quedase truncada por la presencia de un plus subjetivo, que no

ha producido resultado de muerte, y es menos casuística. Cabe también tener presente la desaparición del asesinato mediante inundación, incendio o explosivo prevista en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 elaborado por el Ministerio de Justicia, que obligaría a acudir en tales supuestos al concurso de delitos de homicidio y estragos o incendio (con lo que se daría a tales delitos de peligro el protagonismo que merecen).

(127) Vid en este sentido STS 1-2-1986 (R. Ar. 554): Si el agente se propone matar y escoge el fuego como medio comisivo, y se produce la muerte, hay un único delito de asesinato del artículo 406-3 C.P. Vid, asimismo, STS de 25-2-1990 (R. Ar. 1010) y STS de 15-6-1981 (R. Ar. 2660), que considera el desvalor de peligro como de “peligro posible”. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. parte especial*, Valencia 1988, pág. 354-355: “cuando el fin del sujeto activo sea el de cometer un delito contra la vida de las personas, se aplicarán estos delitos y el incendio y los estragos pasan a ser circunstancias agravantes (art. 10-11 y 406-3).

puede residir más que en una intención (en el sentido de dolo directo de primer o segundo grado) de dar muerte. Por lo demás, la figura típica del párrafo segundo del art. 548 revela una voluntad legal de ofrecer un tratamiento proporcional a la gravedad del peligro y la conciencia de la misma por el autor, todo lo cual pone de manifiesto una dirección político-criminal de signo bien distinto a la que subyace en las tesis partidarias de la tentativa con dolo eventual.

e) Por último, una breve referencia a los supuestos de dolo alternativo. Ya se indicó anteriormente que la dispersión de criterios doctrinales era al respecto muy grande. Sin embargo la cuestión resulta menos controvertida para quienes nos mostramos contrarios a la punición de la tentativa con dolo eventual (128). El delito que no ha alcanzado la consumación se halla desprovisto de toda relevancia. No obstante, cabe matizar esta conclusión si los resultados representados alternativamente por el autor implican la realización del mismo tipo legal. Por ejemplo, quien dispone de un revolver con una única bala y dispara contra sus dos perseguidores con el ánimo de matar a cualquiera de ellos, responde a título de homicidio frustrado si yerra el tiro, puesto que había dolo directo de matar en todo caso, alcanzando lo eventual tan sólo a la identidad del sujeto pasivo. Por las mismas razones, también constituirá un supuesto de tentativa acabada (siendo discutible si se trata de tentativa o frustración con arreglo al Código Penal español vigente) el envío de un «paquete bomba» o la colocación de un explosivo en un automóvil con ánimo directo de matar a una persona (aunque su identidad esté indeterminada) si no alcanza su objetivo. Será sin embargo irrelevante la representación del eventual fallecimiento de otras personas acompañantes si éste no llega a producirse. La punición de la tentativa con dolo eventual conduciría en este caso a plantear situaciones absurdas: ¿cuántas tentativas de asesinato concurrirían, tantas como ocupantes pudiere acoger el vehículo? Si el dolo directo (de primer o segundo grado) no se manifiesta con claridad, la solución más satisfactoria sería el concurso con un delito de estragos, si ha habido daños. Esta es la posición que, a mi juicio correctamente, ha mantenido el Tribunal Supremo (129). Por otra parte, el dolo alternativo entre delitos de distinta gravedad (en el ejemplo del disparo con una única bala, si una de las potenciales víctimas forma parte del círculo de parientes descrito en el artícu-

(128) V id. LAMPE, ob. cit., pág. 333.

(129) Vid. STS de 8-7-1985 (R. Ar. 3993), que califica como un concurso ideal de delitos de asesinato, lesiones y estragos, la colocación de un ingenio explosivo integrado de varios kilos de goma-dos, un cebo, reloj y pila cerca de la puerta de un local, para que estallara a media noche, conscientes los autores de que eran numerosas las personas que acudían al bar en aquellas horas, siendo el resultado una persona muerta y varias lesionadas además de daños materiales. El Tribunal afirma, con una redacción un tanto confusa,

lo 405 C.P. o la alternativa es entre una persona y un animal, o hay ánimo de matar o lesionar) habrá que mantener el criterio general de calificar los hechos conforme al delito efectivamente producido, si ha habido consumación, y conforme al menos grave en grado de frustración o tentativa si no ha habido resultado alguno.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

I. La tesis mayoritaria, que sostiene la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, se fundamenta normalmente en una deducción lógico-formal, basada en las premisas «lo que vale para el delito consumado vale para la tentativa» y «el dolo eventual basta para la plena realización del tipo de un delito doloso». Tal razonamiento puede ser impugnado, en primer lugar, por un error en sus premisas. En cuanto a la primera de ellas, la equiparación entre el delito consumado y el delito intentado no se compeadece con la autonomía típica de la tentativa, y sus consiguientes particularidades estructurales, entre las que destaca que la

que el dolo (que incorrectamente califica como directo de segundo grado, cuando se trata de un dolo alternativo o indeterminado como hipótesis de dolo eventual) “suponía la representación tanto de resultados de muerte como de lesiones, queriendo, a la postre, unos y otros, no constituyendo un dolo uniforme de matar, máxime cuando la onda expansiva de la explosión, al no producirse ésta en un espacio delimitado, había de ser menos incisiva cuanto mayor fuese la distancia de los afectados”. Al margen de cual sea su fundamentación, lo que cabe subrayar es la tendencia a resolver los supuestos de colocación de bombas susceptibles de afectar a la vida y salud de un número indeterminado de personas con arreglo al delito efectivamente producido, acudiendo a un delito de peligro en lo que atañe al riesgo creado para las personas no afectadas por la explosión. La sentencia obliga a plantear, sin embargo, desde la perspectiva del principio “non bis in idem”, la compatibilidad de la calificación de asesinato conforme al artículo 406-3 y el delito de estragos del artículo 554, puesto que en ambos casos el fundamento de la agravación radica en el peligro.

Véase otro caso paradigmático de la referida actitud jurisprudencial, en la STS de 17-6-1983, en los que los autores habían efectuado varios disparos dirigidos contra las personas presentes en el lugar del robo, uno de los cuales resultó muerto y otro herido, y se consideró que se trataba de un delito de robo con homicidio en concurso con un delito de lesiones. En este caso, el Tribunal Supremo se deja llevar demasiado lejos por el antes aludido pragmatismo, pues al haberse realizado diversos disparos, no parece que pueda negarse la presencia de dolo directo, y, por consiguiente, de homicidio frustrado. El dolo eventual se daría (como dolo alternativo) si hubiese habido un único disparo dirigido de modo indeterminado a una multitud o grupo de personas. Por otra parte, la sentencia resulta excesivamente dura en cuanto a los partícipes que no se hallaban presentes en el momento de producirse los disparos, y responden igualmente en concepto de autores de los mencionados delitos, lo cual se justificaría por la existencia de los mismos de dolo eventual porque aceptaban el riesgo inherente a la utilización de armas. Ello resulta revelador de los excesos a que conduce la perniciosa combinación de la teoría del “acuerdo previo” con las dificultades técnicas propias de los delitos complejos.

voluntad de consumación desempeña la función de un elemento subjetivo del injusto de intención trascendente. La segunda premisa no puede ser invocada a modo de axioma, pues es propio de algunos tipos de delito la exclusión de la realización doloso-eventual. Ello es posible porque la asimilación del dolo eventual al dolo directo no deriva de una identidad ontológica, sino del manejo de un criterio normativo de dolo. La primera conclusión es, pues, que nada obliga a asumir como inevitable la relevancia típica de la tentativa con dolo eventual.

II. Por otra parte, la actitud que subyace a la posición dominante, debe ser superada mediante un planteamiento metodológico que conciba el sistema jurídico-penal como un instrumento enderezado a la resolución ordenada de problemas, sometido a una constante revisión de sus postulados al ser los mismos confrontados con la policromía de las situaciones concretas, y no como un conjunto de conclusiones acabadas, obtenidas tras una cadena de deducciones derivadas de un «*primum verum*» inamovible. Eso quiere decir que procede el examen de las razones que permitan decidir si la tentativa con dolo eventual debe ser punible.

III. La respuesta sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual no puede adoptarse sin integrar la solución dogmática con la decisión político-criminal. El Derecho positivo vigente no aporta al respecto elementos determinantes, sino meramente indicativos. La admisión de la tentativa con dolo eventual pugna con la tendencia político-criminal a acudir de modo progresivo a la fórmula de los delitos de peligro para criminalizar la consciente creación de riesgos más o menos graves contra los bienes jurídicos más importantes. Esta tendencia viene acompañada de un esfuerzo creciente por establecer legalmente «a priori» los riesgos típicamente relevantes y la naturaleza del peligro exigido. Frente a este sector en expansión en nuestro Código Penal, la tentativa con dolo eventual surge como un recurso rodeado de mayores imprecisiones e inseguridades, y capaz de favorecer una incontrolable hipertrofia punitiva.

IV. La tentativa debe mantener como principal rasgo distintivo respecto de los delitos de peligro, la dirección de la voluntad del autor hacia la lesión del bien jurídico, y ello sólo resulta conciliable con la intención de causar el resultado. La admisión en sede de tentativa de una «voluntad eventual» de consumación, no permitiría fijar unas fronteras suficientemente definidas y seguras con la generalidad de los delitos de riesgo, y generaría una confusión o asimilación con los tipos de peligro cualificado.

V. En definitiva, considero necesario modificar el criterio hoy dominante en la doctrina, y patrocinar con carácter general la irrelevancia típica de la denominada «tentativa con dolo eventual», no sin antes advertir la necesidad de reformular algunos de los delitos de riesgo para la vida y la salud de las personas, como es el caso de los tipificados en los artículos 340 bis-d), 348 bis-b), 421-1, 554, y trasladar al Código Penal los relativos a la energía nuclear. Tales delitos han de ser completados con la creación de un nuevo tipo de colocación o envío de explosivos, subsidiario del de estragos (pues éste sería aplicable en caso de haberse producido explosión que causare daños materiales), y con la consiguiente derogación del actual artículo 174 bis-b).

Art. 348 bis-c): «El que colocare o enviare bombas o explosivos poniendo en peligro la vida o la salud de las personas, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que los hechos no sean constitutivos de un delito de estragos. El Tribunal podrá imponer la pena superior en grado si el peligro hubiere sido grave o la conducta fuere realizada ante una concurrencia numerosa.»

Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español

JOSE MANUEL VALLE MUÑIZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Cantabria.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Fundamento, alcance y función de las eximentes incompletas de legítima defensa y estado de necesidad.—1. La eximente incompleta de legítima defensa.—1.1 El exceso. 1.2. La provocación suficiente. 2. La eximente incompleta de estado de necesidad. 2.1. Cuestionamiento de la «situación» o «estado de necesidad» como elemento esencial de la eximente. 2.2. Ponderación de males, disminución de injusto y eximente incompleta. 2.2.1. Mal causado mayor que el que se trataba de evitar. 2.2.2. Equivalencia valorativa de los intereses en conflicto. 2.3. Provocación intencional de la situación de necesidad y eximente incompleta. 2.4. La obligación de sacrificio como interés objeto de ponderación.—III. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCION

El grado de desarrollo alcanzado por la teoría jurídica del delito en su labor de análisis y configuración del sistema penal, permite someter la decisión sobre la imposición de un castigo, cuando menos, a la presencia de un número de presupuestos ineludibles. De esta forma, la reacción punitiva supone la existencia previa de una acción humana, típica, antijurídica y punible, así como la prueba de la culpabilidad o peligrosidad (basada esencialmente en la realización de un injusto) del autor. Nada más lógico, por tanto, que exigir que la determinación concreta de la pena responda a la medida del injusto del hecho y de la culpabilidad del sujeto, amén de a consideraciones político-criminales

basadas en criterios de prevención general y especial igualmente decisivos (1).

Que la menor gravedad del castigo viene determinada por una disminución del contenido de injusto o culpabilidad es opinión común cuando de la aplicación de eximentes incompletas se trata (2). Si la clasificación de las causas que eximen de responsabilidad criminal se explica en base a su naturaleza justificante o excusante, no otra cosa cabe deducir de la definición de las eximentes incompletas recogida en el art. 9-1.º de nuestro Código penal: «las expresadas en el capítulo anterior (esto es, las eximentes), cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». En otros términos, la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley (art. 66 CP) no puede ser ajena a una disminución de la intensidad de

(1) Ello implica tomar partido por la tesis que defiende la vinculación material de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con los elementos de la teoría del delito. En este sentido, ya Díez RIPOLLÉS, J.L., *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español*, en ADPCP, 1977, págs. 597 y ss., desvinculando su adscripción a lo injusto o la culpabilidad de su naturaleza objetiva o subjetiva, claramente en pág. 644; también, ALONSO ALAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, pág. 206. Existen, no obstante, importantes opiniones discrepantes, entre las que debe ser destacada la de QUINTERO OLIVARES, G.: *Determinación de la pena y política criminal*, CPC, n.º 4, 1978, págs. 65 y ss.; id. *Derecho Penal. Parte General.*, segunda edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, 1989, pág. 609, para quien «...la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amen de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal.» Recientemente, asentando el fundamento dogmático de las circunstancias modificativas en la mayor o menor necesidad de tutela, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pág. 143 y ss. A mi juicio, es perfectamente compartible que en el ámbito de la determinación de la pena deben penetrar consideraciones político-criminales, mas ello no supone argumento alguno en contra de la vinculación de las circunstancias modificativas al injusto o la culpabilidad. Afortunadamente, la política criminal juega un papel importante, no sólo en el ámbito de la determinación de la pena, sino en la configuración e interpretación de todos y cada uno de los elementos del delito: la determinación del contenido del dolo, el fundamento y alcance de las causas de justificación, la naturaleza y efectos del error sobre el tipo permisivo, por citar sólo algunos ejemplos, son prueba irrefutable de lo dicho y, sin embargo, no parece que fuera acertado desvincular tales cuestiones de la naturaleza y contenido material de los elementos de la infracción penal.

(2) De esta opinión, también, los autores reacios a vincular el fundamento de las circunstancias modificativas a los elementos de la teoría del delito. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 602: «La naturaleza de la eximente incompleta es por ello la misma que se le dé a la eximente principal, separándose así de la polémica (...) sobre la «ratio essendi» de las circunstancias modificativas». Procede a una desvinculación semejante, operando para estos casos con un concepto «debil» de circunstancia, GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general...*, cit., p. 96.

la desvalorización de la conducta, o del reproche de culpabilidad por el hecho cometido.

Las páginas que siguen pretenden ser una aproximación al *fundamento, alcance y función* que las causas de justificación incompletas presentan en nuestro Código penal. Desgraciadamente, los límites del objeto de investigación no son tan claros como uno hubiera deseado. Ello se debe, esencialmente, a que la misma incidirá en una de las cuestiones (me atrevería a decir que en «la cuestión») más candentes y controvertidas de la dogmática jurídico-penal de nuestros días: la delimitación de los juicios de antijuricidad y de culpabilidad. En efecto, esta distinción está siendo cuestionada, fundamentalmente, a través de la revisión de la naturaleza y contenido de las causas que excluyen la antijuricidad y de aquellas otras que eliminan la culpabilidad o, cuando menos, disculpan al sujeto (3). De tal forma que verdaderos supuestos límite entre ambos juicios de desvalor, son resueltos por nuestra doctrina y jurisprudencia apelando a la eximente incompleta. El exceso intensivo en la legítima defensa debido a miedo, terror o pánico, los casos de error sobre determinados presupuestos objetivos de las causas de justificación, supuestos de estado de necesidad no justificante, son sólo algunos ejemplos. Que el recurso a la exención incompleta pueda ser de extraordinaria utilidad (lo que deberá ser analizado y contrastado), no libera al jurista de una adecuada fundamentación exenta de contradicciones: afirmar, desde la teoría estricta de la culpabilidad, que el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación debe ser tratado como un error de prohibición que afecta a la culpabilidad del sujeto, y sostener, a renglón seguido, que el exceso intensivo en la legítima defensa debido a un error vencible sobre la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, fundamenta la aplicación de la eximente como incompleta debido a una disminución de injusto, resulta, cuando menos, sorprendente. No cabe duda, por tanto, que un pronunciamiento claro sobre el fundamento de la justificación incompleta resultará ineludible.

(3) Prueba de que el debate se incardina a través de las categorías de la justificación y de la exculpación (utilizando, ahora, terminología ampliamente aceptada en nuestra doctrina) es el reciente trabajo publicado por el Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht: ESER, A.- FLETCHER, G.p., *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I y II., Freiburg i Br., 1987; y ESER, A., / PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, (Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium, 1990), Freiburg i Br., 1991. Un interesante estudio comparativo entre el sistema de imputación jurídico-penal alemán y español en: PERRON, W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*, Baden-Baden, 1988. De especial interés, subrayando lo afirmado en el texto, la recensión de DIEZ RIPOLLÉS a la obra citada, en ADPCP, 1988, pp. 1083 y ss.

Una vez asentado el fundamento, estaremos en disposición de delimitar los casos en que la exención justificante incompleta debe ser invocada. La tarea no estará exenta de dificultades. La inconcreción de los términos legales (4), ha hecho que nuestra jurisprudencia omita en sus pronunciamientos cualquier referencia al fundamento de tan notable disminución del castigo.

La delimitación del *alcance* de la institución es absolutamente imprescindible (5). No basta para ello, desde luego, con la tan extendida afirmación de que la exención incompleta aparece allí donde, presentes los requisitos esenciales de la eximente, está ausente alguno de los accidentales. En primer lugar, porque la asignación de una naturaleza esencial o inesencial a los distintos elementos adolece de la profundidad necesaria. En segundo lugar, porque tal aseveración dista mucho de ser cierta. Así, tanto doctrina como jurisprudencia no tienen reparos para acudir a la eximente incompleta ante hipótesis que carecen de los presupuestos materiales configuradores de algún requisito esencial. En este sentido, la falta de inminencia del peligro o la no concurrencia de la necesidad de la acción realizada por existir medios menos gravosos, cuestionaría la presencia del requisito esencial de la *situación de necesidad* de la eximente recogida en el art. 8-7.º del Cp. Pese a ello, la afirmación de la justificación incompleta es postura mayoritaria.

Por otra parte, la sólo ausencia de un requisito accidental de una causa de justificación no tiene por qué abocarnos obligatoriamente a la atenuación —por muy importante que ésta sea— de la responsabilidad criminal. Es absolutamente inaceptable descartar su hipotética exclusión en base, por ejemplo, a fundamentos exculpatorios. Como tendremos ocasión de observar, la desmesurada apelación jurisprudencial al art. 9-1.º del CP esconde, en muchas ocasiones, una actitud cicatera a la hora de declarar la exención de responsabilidad penal, esencialmente, por eludirse el análisis sobre la presencia o no de la culpabilidad del sujeto.

Por último, este trabajo intentará desentrañar *la función* que ejerce o pudiera ejercer esta peculiar institución de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Se confrontará, por ello, con determinadas propuestas de la dogmática alemana (piénsese en categorías como las de el ámbito libre

(4) Nótese que el art. 66 del CP hace referencia, sin distinción alguna, a todas las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal (con la excepción, claro está, de la minoría de edad, la cual no es susceptible de ser apreciada de manera incompleta; si bien la imputabilidad disminuida de los jóvenes entre 16 y 18 años encuentra un tratamiento diferenciado en el art. 65 del mismo cuerpo legal), sin pronunciarse sobre si nos encontramos ante la presencia de una causa —incompleta— de atipicidad, justificación o exculpación.

(5) Ello permitirá, también, proceder a una nítida demarcación de las circunstancias primera y décima (análoga significación) del art. 9 del Cp. Cuestión que no carece de importancia práctica, dado el diverso trato punitivo que reflejan los arts. 66 y 61 del CP, respectivamente.

de regulación jurídica (6), la responsabilidad por el hecho (7), la configuración de causas propias de exclusión del injusto penal o la inclusión de la responsabilidad (9) como elemento del delito que englobaría la culpabilidad del autor y las necesidades preventivas de imposición del castigo), tendentes a fundamentar la renuncia a la pena en supuestos que no responderían de manera totalmente satisfactoria a estímulos justificantes o exculpantes. La incidencia de la graduación tanto del injusto como de la culpabilidad en la determinación de la pena, que posibilita el reconocimiento positivo de las eximentes incompletas por nuestro Código penal, pudiera ofrecernos alguna respuesta adecuada a casos límite entre la justificación y la exculpación. Evitando, de este modo, enturbiar la capacidad explicativa de las categorías básicas de la teoría del delito que, de otro modo, tanto con el recurso a la introducción indiscriminada de criterios de merecimiento de pena en el juicio de antijuricidad, cuanto con la configuración de nuevas categorías dogmáticas, parece poco menos que irremediable.

Una última consideración. Con el ánimo de enmarcar convenientemente los límites de la investigación, *este trabajo se centra, únicamente, en las causas de justificación de legítima defensa (art. 8-4.º CP) y de estado de necesidad (art. 8-7.º CP)*. Es óbvio que la elección de los márgenes del trabajo podría haber sido más amplia. Sin embargo, los principales problemas en torno a la justificación incompleta se presentan en toda su complejidad, principalmente, en estas dos eximentes. Por otra parte, su naturaleza justificante no es discutida, cuestión que no suscita consenso en otros supuestos, como la obediencia debida o el miedo insuperable. Tan sólo el necesario pronunciamiento previo sobre la naturaleza de estos últimos, hubiera distorsionado en exceso el objeto de la investigación. Por último, la opción metodológica elegida no tiene porqué impedir, antes bien se intentará todo lo contrario, la validez expansiva de muchos de los argumentos que aquí se desarrollen a la concretización del alcance y límites de la exención incompleta en otros supuestos.

(6) KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, Festschrift für Maurach, 1972, pp. 327 y ss.

(7) MAURACH, R., *Schuld und Verantwortung*, 1948. La categoría de la responsabilidad por el hecho parece cobrar nuevo impulso en nuestro país merced a una original formulación de BACIGALUPO, E., «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», en *La Ley*, 23 de diciembre de 1986, pp. 1 y ss.; id., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 459 y ss.

(8) GÜNTHER, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.

(9) Formulada ya en ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, 1972; de especial interés la recopilación de trabajos de este autor bajo el título *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Madrid, 1981.

II. FUNDAMENTO, ALCANCE Y FUNCION DE LAS EXIMENTES INCOMPLETAS DE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD

La diversidad de situaciones que impiden la apreciación plena de las diversas causas de justificación, aconseja el análisis desglosado de cada una de ellas. Además, como acertadamente observó CORDOBA, la mayoría «...están integradas por una serie heterogénea de figuras, dibujada con trazos discontinuos». Así, «...la legítima defensa abarca en su manifestación de atenuante supuestos diversos, tales como la reacción excesiva y la provocada» (10).

1. La eximente incompleta de legítima defensa

1.1. *El exceso*

Nuestro Código penal justifica la conducta del que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos de agresión ilegítima, necesidad abstracta de defensa, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor (art. 8-4.º) (11). La falta

(10) CORDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, p. 14. Sin embargo, contra lo que parece opinar este autor (vid. p. 13), ello no es óbice para someter a análisis las diversas categorías dogmáticas afectadas. No sólo, porque lo contrario nos abocaría a sostener un fundamento formalista de la modalidad incompleta de las causas de justificación incompatible con el estado de desarrollo de la dogmática de nuestros días, sino, y sobre todo, porque difícilmente encontrarían solución correcta cuestiones como las de su alcance y límites, la compatibilidad con otras eximentes incompletas o atenuantes genéricas, la aplicación de la regulación de las eximentes incompletas (arts. 9-1.º y 66 CP) a causas de justificación no específicamente recogidas en el art. 8 del Código penal, etc.

(11) A mi juicio, la eximente de legítima defensa exige también que el agredido actúe con conocimiento de la situación defensiva. Esta es, por otra parte, la opinión mayoritaria en nuestra doctrina. Debe advertirse, no obstante, que a tal conclusión se llega por diferentes caminos: interpretación de los términos legales, consecuencia de asumir una concepción personal del injusto, en base al propio fundamento de la eximente, etc. Además, tampoco reina acuerdo sobre el contenido del elemento subjetivo de justificación, pues un sector doctrinal va más allá del conocimiento de la situación justificante exigiendo un verdadero ánimo o finalidad. Sea como fuere, el análisis de los elementos subjetivos de justificación excedería los límites que se han impuesto a esta investigación. Precisamente, tal problemática ha sido objeto autónomo y único de un trabajo que he podido realizar, sustancialmente, en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Munich, cuya dirección ostenta el Prof. Dr. Claus Roxin, a lo largo del año 1991 y merced a una generosa beca que me fue concedida por la Fundación Alexander von Humboldt. Huelga decir que, como en todo tema que afecta a las categorías básicas de la teoría jurídica del delito, la bibliografía en torno a la componente subjetiva de la justifi-

de cualquiera de ellos, por tanto, impedirá la justificación del hecho típico. Ahora bien, mientras que la ausencia de agresión ilegítima o de necesidad de la defensa imposibilita, también, la apreciación de la eximente como incompleta, el exceso en la intensidad de la reacción defensiva y la presencia de una provocación suficiente por parte del defensor configuran, precisamente, las constelaciones más frecuentes de legítima defensa incompleta (12).

Tradicionalmente, tanto doctrina como jurisprudencia han venido reservando los especiales efectos atenuatorios del art. 66 CP al denominado *exceso intensivo o propio*. De este modo, la innecesariedad del medio empleado se diferencia claramente de la innecesariedad de la defensa, bien por no existir todavía agresión, bien porque ésta hubiera ya cesado (exceso extensivo o cronológico).

No obstante, aún reduciendo el objeto de análisis al exceso intensivo, debe advertirse, por una parte, que su presencia no supone la afirmación automática de la eximente incompleta y, por otra, que aún cuando se afirmara no obedecería a un único e idéntico fundamento. Ello no debe

cación es prácticamente inabarcable. Para una primera aproximación al tema, además de las referencias que con carácter general se encontrarán en los Comentarios y Tratados más conocidos, podrían consultarse, entre los más recientes, los siguientes trabajos: LOOS, F., *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, Oehler-FS, 1985, pp. 227 y ss.; SPENDEL, G., *Notwehr und Verteidigungswille, objektiver Zweck und subjektive Absicht*, Oehler-FS, cit., pp. 197 y ss.; TRIFFTERER, O., *Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe*, Oehler-FS, cit., pp. 209 y ss.; HERZBERG, R., *Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage*, J A, 1986, pp. 190 y ss.; id., *Subjektive Rechtfertigungselemente ?*, J A, 1986, pp. 541 y ss.; ROHRER, G., *Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente*, J A, 1986, pp. 363 y ss.; FRISCH, W., *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, Lackner-FS, 1987, pp. 113 y ss.; JUNGCLAUSSEN, E.V., *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, Göttingen, 1987; STEINBACH, R., *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, Frankfurt am Main, 1987; por lo que respecta a los más modernos trabajos en lengua española, véanse: GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 127 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, Madrid, 1982.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, en Libro Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 509 y ss.; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 75 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L., *Los elementos subjetivos de justificación*, La Ley, 1984, II, pp. 1091 y ss.; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J.L., «Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)», Madrid, 1991, pp. 289 y ss.

(12) La doctrina absolutamente mayoritaria entiende que la ausencia del elemento subjetivo de justificación tiene como consecuencia el castigo, bien por delito doloso consumado, bien por una de las formas de la tentativa punible (directamente o por analogía). Tan sólo MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 3.º ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1990, p. 451, propone la aplicación para estos casos de la eximente incompleta. Tal solución es tremendamente sugestiva y, a mi juicio, merece mucha mayor atención de la hasta ahora prestada. No obstante, y como se habrá deducido de la nota anterior, la misma será objeto de detenido análisis en otro lugar.

sorprender, pues el exceso en la reacción defensiva puede ser consciente y voluntario, deberse a miedo, terror u otra alteración emocional análoga, obedecer a una apreciación errónea de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y, por último, encontrar su origen en un error sobre los límites normativos de la eximente. Sin embargo, como más adelante intentaré demostrar, la apreciación como incompleta de la eximente de legítima defensa debe ir unida ineludiblemente a la presencia de una *disminución de lo injusto del hecho*. Sea como fuere, corresponde ahora analizar las diversas opiniones que nuestra doctrina y jurisprudencia han vertido al respecto.

Una primera posición extrema vendría representada por aquellos autores que resuelven el supuesto de «exceso intensivo» por caminos diversos a la legítima defensa incompleta (art. 9-1 CP). En esta línea, es ejemplificativa la argumentación de Octavio de Toledo y Huerta. Para estos autores, el «exceso intensivo» puede ser debido a dos causas: «...bien al miedo del agredido de que el agresor pueda continuar con su conducta de ataque, o bien a error del agredido respecto a la necesidad racional del medio empleado» (13). La reducción practicada tiene como primera consecuencia la expulsión del ámbito de la justificación incompleta tanto de los excesos intensivos conscientes (14), cuanto de aquellos que pudieran fundarse en un error del agredido sobre los límites normativos de la eximente (15).

Para estos autores, la ausencia del segundo requisito de la eximente de legítima defensa no conlleva la apreciación de ésta como incompleta, salvo que se deba —el exceso— a un estado de miedo que por sus características no permita la aplicación de la eximente 10 del art. 8 Cp. Es decir, y siempre según Octavio de Toledo y Huerta, si el exceso intensivo se debe a miedo insuperable deberá apreciarse esta causa de exculpación, mientras que si obedece a error sobre la racionalidad del medio empleado para rechazar la agresión, lo correcto sería aplicar, en consonancia con la naturaleza que para ellos presenta esta clase de error, el art. 6 bis a) párrafo tercero del CP (16).

En definitiva, el «exceso intensivo» en la legítima defensa sería un problema de culpabilidad. Bien porque existe un desconocimiento (invencible o vencible) de la antijuricidad, bien porque no es posible exi-

(13) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, *Derecho Penal. Parte General (teoría jurídica del delito)*, 2 ed., Madrid, 1986, p. 226.

(14) Ob. cit., p. 226: «Fuera quedan situaciones de exceso consciente en la defensa, que deben incluirse en los «excesos extensivos» que no dan lugar siquiera a la apreciación de la eximente incompleta.

(15) Casos para los que, de manera coherente con la sistemática elegida, se propugna la aplicación de las reglas del error de prohibición contenidas, según opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, en el párrafo tercero del art. 6 bis a) Cp. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, ob. cit. pp. 312 y ss.

(16) OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, Ob. cit., p. 226.

gir una conducta adecuada a la norma. Incluso, en el único supuesto en que se aprecia la eximente incompleta de legítima defensa, *se fundamenta en una menor culpabilidad* del sujeto debida a una situación de miedo «superable». Es evidente, que tal solución cuenta con un armazón dogmático consistente, y sin embargo me parece claramente insatisfactoria.

En efecto, fundamentar la justificación incompleta en una disminución de la culpabilidad supone una visión sólo parcial del problema. No se tiene en cuenta que la notable disminución de pena que se prevé para las eximentes incompletas no puede ser ajena a la presencia, en el supuesto objeto de valoración, de los elementos esenciales de una eximente. Es decir, la disminución de pena hasta dos grados no se debe tanto a la ausencia del requisito accidental, cuanto a la presencia del esencial; más a la existencia de una agresión ilegítima, que a la ausencia de la racionalidad del medio empleado. La agresión ilegítima es el presupuesto básico de la legítima defensa, sin el cual desaparece toda posibilidad de fundamentar la justificación de la defensa (17). Si ello es así, es evidente que una de las consecuencias debería ser un tratamiento diferenciado para los supuestos en que pueda afirmarse la agresión ilegítima y aquellos otros en que no proceda. A mi juicio, aquí reside la principal deficiencia de la argumentación de Octavio de Toledo y Huerta. Para ellos, la ausencia de la agresión ilegítima por error vencible y la sólo falta del elemento inesencial de racionalidad de la respuesta defensiva, también por error vencible, merecen idéntico trato punitivo: disminución de pena en uno o dos grados (párrafo tercero del art. 6 bis a) CP). Asimismo, cuando el exceso en la defensa es consciente no por ello deja de estar presente una previa agresión ilegítima. Negar en este supuesto la aplicación de la eximente incompleta requiere, dada la aparente contradicción con el contenido del art. 9-1 CP, una explicación más ambiciosa que la ofrecida. Por último, cuando el exceso intensivo se debe a un estado de miedo y, sin embargo, no procede la aplicación de la eximente n.º10 del art. 8 CP en su forma completa, debería tenerse en cuenta que además de una alteración psíquica que repercute en la medida de la culpabilidad, se aprecia también la existencia de un presupuesto básico de una causa de

(17) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, Ob. cit., p. 205 : «...respecto al elemento objetivo o presupuesto de hecho de la causa de justificación, habrá que distinguir entre aquellos sin los que la autorización para actuar típicamente carecería de todo sentido desde el punto de vista político-criminal (por ejemplo, la agresión ilegítima en la legítima defensa, sin la cual no parece concebible un derecho de defensa) y aquellos otros que, hipotéticamente, pueden eliminarse sin que por ello desaparezcan los motivos que han dado lugar a que se cree la causa de justificación (por ejemplo, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, también en la legítima defensa).» Estos autores, vinculan, correctamente, la naturaleza esencial de los elementos de una causa de justificación a su fundamento. Sin embargo, como se verá en el texto, no se extraen las consecuencias pertinentes.

justificación (la agresión ilegítima), lo que debería redundar en una disminución de lo injusto del hecho (18).

Siguiendo con el análisis de la opinión doctrinal sobre el fundamento de la legítima defensa incompleta por exceso intensivo, cabría reflejar ahora aquellas posiciones que desvinculan tal problemática de la aplicación de las reglas del error sobre los presupuestos objetivos o límites de las causas de justificación. En efecto, para Cerezo Mir «...si el autor cree erróneamente que se dan todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, cuando en realidad falta alguna de ellas no esencial, no queda excluida la responsabilidad dolosa, (...), sino que se aplica simplemente una circunstancia atenuante» (19). Precisamente, pues, para estos supuestos de error sobre elemento no esencial de una causa de justificación está previsto el art. 9-1.º Cp. Es indiferente, entonces, que el error sea vencible o invencible, e incluso que la falta de racionalidad en la defensa sea consciente, siempre y en todo caso se aplicará el precepto citado. Ello, no parece problemático para Cerezo Mir, «...pues en el art. 66 se preve la posibilidad de reducir el marco penal en uno o dos grados (en el homicidio doloso puede pasar del de doce años y un día a veinte años, al de seis años y un día a doce años o al de seis meses y un día a seis años). Dentro de esta amplia escala de penas

(18) Parece negar la graduación de la antijuricidad sobre la base de una causa de justificación incompleta, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2 ed. Valencia, 1989, p. 94. En realidad, para este autor la justificación incompleta refleja, siempre y en todo caso, una disminución de la culpabilidad, bien por la vía del error de prohibición, bien por la de no exigibilidad de otra conducta. Así, si el exceso intensivo se debe a miedo o reacción de pánico, cabría hipotéticamente la aplicación de la eximente de trastorno mental transitorio o de miedo insuperable; en otro caso, la justificación incompleta. Si el exceso se debiera a error sobre el presupuesto objetivo («necesidad racional») o sobre los límites de la eximente, lo correcto sería la aplicación de las reglas del error de prohibición (párrafo 3.º del art. 6 bis a) CP). Especialmente significativas son las siguientes palabras de MUÑOZ CONDE, *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, La Ley, 6 de Febrero de 1991, p. 10 : «Ninguno de los problemas relacionados con las falsas creencias acerca de los presupuestos objetivos, límites o existencia de una causa de justificación, tiene, pues, nada que ver con la imputación dolosa o culposa del tipo del delito en cuestión. Se trata, por tanto, sólo de solucionar unitariamente en un ámbito distinto al de la constatación de la tipicidad, dolosa o culposa, de un delito, los casos en que el autor considera erróneamente que el hecho típico por él cometido está justificado. En una «teoría del error orientada a las consecuencias» esta categoría no puede ser otra que la culpabilidad, que es el último bastión donde se puede discutir la atribución del hecho a su autor a fin de hacerle responsable del mismo.» A mi juicio, sin embargo, debe insistirse en que el derecho no puede ser indiferente a la presencia en el supuesto de hecho de un presupuesto básico de una causa de justificación. En cualquier caso, no me parece fácilmente explicable la absoluta desvinculación, en cuanto a su fundamento y naturaleza, de los supuestos encuadrables en el art. 9-1 respecto de los del art. 8 del Cp. En realidad, esto sólo ocurriría, según este sector doctrinal, en el ámbito de las causas de justificación, pues nadie niega que las causas de exculpación incompletas son casos de atenuación del reproche de culpabilidad.

(19) CEREZO MIR, en WELZEL, H., *El nuevo sistema del derecho penal (Una introducción a la doctrina de la acción finalista)*, Barcelona 1964, nota 12, p. 59.

puede reflejarse debidamente la diferente gravedad de los supuestos en que el sujeto era consciente de que faltaban alguno de los presupuestos de una causa de justificación y de los casos de error» (20).

Ciertamente, de la argumentación de este autor parece desprenderse que el art. 9-1.º CP sería la positivización de la teoría estricta de la culpabilidad referida al error sobre presupuesto inesencial de una causa de justificación. Ello, tanto por la afirmación de que en tales supuestos subsiste la responsabilidad dolosa, cuanto por deducir, precisamente, de la regulación legal de las eximentes incompletas el tratamiento que, a su juicio, debiera merecer el error sobre elemento esencial de una causa de justificación : «...en estos casos hay que aplicar el párrafo 3.º del artículo 6 bis a), que regula, con carácter general, el error de prohibición» (21). Dejando aparte, por ahora, lo discutible de tal aseveración, interesa en este lugar destacar la relación que se establece entre la atenuación punitiva de la eximente incompleta y la alteración del juicio de culpabilidad.

Afirmar que el fundamento de la justificación incompleta (por lo menos, en los supuestos de error sobre el elemento inesencial) reside en un conocimiento defectuoso de la antijuricidad, como parece desprenderse de lo hasta aquí expuesto, no plantea mayores problemas. Estos surgen, sin embargo, cuando este mismo autor afirma que «disminuyen la gravedad de *lo injusto* las causas de justificación incompletas, que se aprecian como atenuantes en virtud de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 9.º, así como las atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas» (22). Y, a continuación, reconocer explícitamente que «el supuesto más frecuente de aplicación de la causa de justificación incompleta de la legítima defensa es el de exceso en la intensidad de la reacción defensiva» (23).

Pues bien, si la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo merece una atenuación en la pena sobre la base de una *disminución de lo injusto del hecho* —lo que estimo correcto—, no puede seguir afirmándose que el art. 9-1.º CP supone un argumento sólido a favor de la teoría estricta de la culpabilidad, y mucho menos deducir del mismo el trato otorgado, en general, a los supuestos de error sobre presupuesto objetivo de una causa de justificación. Además, si reconocemos la graduación de lo injusto y, por tanto, su disminución cuando esté presente el presupuesto fáctico esencial de la

(20) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 3 ed., Madrid, 1985, pp. 315-316. En idéntico sentido, aportando argumentos en contra de la adopción de la teoría restringida de la culpabilidad, ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ADPCP, 1981, 739 y ss., especialmente, pp. 762 y ss.

(21) CEREZO MIR, *Curso...*, cit., p. 316.

(22) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, II, Madrid, 1990, p. 103.

(23) CEREZO MIR, *Ob.cit.*, p. 110.

causa de justificación (la agresión ilegítima), ello deberá reflejarse en una diversidad de trato punitivo, cuando menos, en dos supuestos : a) exceso intensivo consciente y voluntario (disminución de lo injusto, en principio), y exceso intensivo debido a error (disminución de lo injusto y, desde la perspectiva finalista, disminución de la culpabilidad, tanto si el error es sobre el presupuesto objetivo, cuanto si lo fuere sobre los límites de la eximente); b) error vencible sobre presupuesto esencial (disminución de la culpabilidad, siempre desde el finalismo), y error vencible sobre presupuesto inesencial (disminución de lo injusto y disminución de la culpabilidad). La potestad facultativa del juez de disminuir el castigo hasta dos grados menos de pena, me parece una pobre respuesta y, desde luego, absolutamente insuficiente para captar los diferentes grados de desvalor que presentan los supuestos a enjuiciar (24).

La inaplicación de las reglas del error a los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa es defendida también por Gómez Benítez (25). Especialmente interesante es, sin embargo, la argumentación

(24) La posición del autor citado se torna más problemática cuando afirma, en Ob. cit., pp. 114-115, que: «Las causas de justificación incompletas se aprecian tanto si el sujeto conoce la falta de los requisitos inesenciales, como si cree, erróneamente, que concurren. En este último caso se encuentra en un error de prohibición regulado, con carácter general, en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) y que determina una atenuación o exclusión de la culpabilidad, según que el error sea o no vencible». Con lo que no sabemos si los supuestos de exceso debido a error suponen una excepción a la eximente incompleta que deben reconducirse a las reglas del error, o bien deben ser tratados como eximente incompleta.

(25) En efecto, sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 359, que : «...si se afirma que ha habido un «exceso intensivo» y un «error», éste no puede producir efectos exonerativos: precisamente para sustanciar adecuadamente estos casos el artículo 66 prevé la atenuación forzosa de la pena hasta la inferior en grado y faculta para la disminución hasta la inferior en dos grados.» (...). «Como puede observarse los efectos en la aplicación de la pena son idénticos a los que se producirían aplicando la normativa del error vencible de prohibición (...) que es la que corresponde a las situaciones putativas de justificación». (...). «El error que condujo al exceso intensivo no debe producir la exención de responsabilidad criminal —salvo casos de miedo insuperable—, porque ello equivaldría a reducir —sin base jurídica alguna— el ámbito de la legítima defensa incompleta.» La argumentación de este autor conduce, pues, a un tratamiento más severo de los supuestos de error sobre elemento inesencial que sobre elemento esencial. Ya que en este último caso, sobre la base de la invencibilidad del error, se podría llegar a la exoneración de la responsabilidad criminal, mientras que en el exceso intensivo por error invencible se alcanzaría, en el mejor de los casos, una disminución de pena en dos grados. No sólo no es cierta, por tanto, una equiparación en el trato punitivo con las situaciones putativas de justificación, sino que la pretensión de conducir todo exceso intensivo por error al ámbito de la eximente incompleta podría ser, a mi juicio, inconsecuente. Por un lado, no logro entender el por qué la conducta del sujeto realizada en error invencible sobre su antijuricidad (desde la perspectiva finalista de la teoría estricta de la culpabilidad) mantiene o suprime el merecimiento de pena en función de que su objeto sea, respectivamente, un elemento inesencial o uno esencial de una causa de justificación. Si la culpabilidad es presupuesto

que desarrolla este autor cuando el exceso intensivo en la legítima defensa se debe a un estado emocional de miedo o pánico. Si éste «...llega a ser de tal entidad que se declara «insuperable», procederá declarar la ausencia de responsabilidad criminal, a través del artículo 8.º, 10 CP, y no a través del artículo 8.º,4 —legítima defensa—, por mucho que haya coincidido con una situación de legítima defensa y en ella haya provocado un exceso intensivo» (26). En otro caso, si el miedo no fuere insuperable cabrían, a juicio de este autor, dos posibilidades: «1) bien negar el propio exceso intensivo, atendiendo a que la proporcionalidad del medio debe decidirse atendiendo también al estado de alteración emocional en que se encuentra el defensor en el momento de hacer frente a la agresión; 2) o bien, si ello no fuera posible, por poderse afirmar la presencia, no obstante, de un exceso intensivo, aplicar una u otra eximente incompleta (artículo 9.º,1, en relación al artículo 8.º,4 o 8.º,10); la acumulación de ambas eximentes incompletas sería —a nuestro entender— improcedente, porque ello equivaldría a conceder a un mismo hecho (la agresión) un doble efecto atenuatorio (legítima defensa incompleta y miedo incompleto)...» (27).

Todo ello plantea, a mi juicio, dos cuestiones que entiendo nucleares para ahondar en el fundamento de las causas de justificación incompletas. Por una parte, la incidencia que debe otorgarse a las alteraciones emocionales del sujeto en la configuración del exceso intensivo. Si como se desprende del texto transcrito, es posible negar el exceso intensivo, es decir, es posible negar la antijuricidad de la conducta, una de dos: o bien aceptamos una cierta subjetivización del juicio de antijuricidad, o bien aceptamos que las alteraciones en la culpabilidad del autor despliegan efectos, también, sobre la antijurici-

del castigo, y en ambos casos debe negarse por un desconocimiento inevitable de la antijuricidad de la conducta, la solución dogmática correcta debería ser la impunidad, y no una interpretación «contra reo» del ámbito de aplicación de la eximente incompleta. Del mismo modo que la impunidad es la solución correcta cuando el exceso intensivo se debe a miedo «insuperable», y no la reducción de pena en uno o dos grados, por mucho que el miedo afecte a un elemento inesencial de una causa de justificación. Por otro lado, al ignorar la postura objeto de análisis la presencia de una disminución de injusto en las hipótesis de justificación incompleta, se hace acreedora, en términos generales, de las consideraciones críticas vertidas en el texto.

(26) Ob.cit., p. 356. Tal posición debe estimarse correcta si, como según creo, no es posible renunciar a la delimitación de los juicios de antijuricidad y de culpabilidad. La solución al supuesto debe ser la misma, aún cuando se sostenga (como hace GÓMEZ BENÍTEZ) la naturaleza justificante del miedo insuperable. Pues, con todo y con ello los efectos prácticos son diversos, como se destaca en Ob.cit., p. 357: «...la legítima defensa exime de responsabilidad criminal y civil, en tanto que el miedo insuperable deja subsistente la responsabilidad civil, a la que debe hacer frente como principal el propio causante del miedo, pero, como subsidiario, el ejecutor del hecho, por mucho que en él haya incidido el miedo.»

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, Ob.cit., p. 357.

dad del hecho. Directamente ligada con lo anterior, aparece la segunda cuestión anunciada: el concurso entre causas de justificación incompletas. En efecto, si la alteración emocional queda absorbida por el fundamento de la legítima defensa incompleta, no cabrá, lógicamente, el concurso entre ésta y el miedo incompleto. Incluso deberá negarse también, lo que es más discutible, la posibilidad de apreciación conjunta de legítima defensa incompleta y la atenuante genérica de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad (artículo 9.º-8 CP), o la atenuante de análoga significación (artículo 9.º-10 CP).

Probablemente, como más adelante intentaré demostrar, la solución correcta no puede obviar la presencia de una notable disminución de lo injusto en el fundamento de la justificación incompleta. Si ello se aceptara, si convinieramos en que la disminución de pena hasta dos grados para el exceso intensivo encuentra su explicación en la reducción del desvalor objetivo de la conducta del agredido, es decir, en la protección de un bien jurídico y en la afirmación del Derecho frente al injusto, aunque sea parcialmente, entonces las alteraciones en la culpabilidad del sujeto deberían encontrar un cauce autónomo en la repercusión final sobre la medida del castigo a imponer. Claro está, que todo lo anterior podría cuestionarse afirmando, sencillamente, que el fundamento de la justificación incompleta residiría en una doble disminución de injusto y culpabilidad. Tal tesis, que a priori no es desde luego descartable, encontraría dificultades, no obstante, para explicar convincentemente el mismo trato punitivo dispensado a supuestos donde sólo es posible detectar una disminución de injusto (v. gr. exceso intensivo consciente y voluntario), y supuestos donde tal disminución viene acompañada de una reducción en el juicio de culpabilidad (v. gr. exceso intensivo debido a error o miedo superable). Sea como fuere, no conviene ahora adelantar conclusiones y sí proseguir con el análisis de otras posiciones doctrinales sustancialmente distintas a las hasta ahora estudiadas, esencialmente, por vincular la justificación incompleta a la graduación del injusto y, además, no resultar desplazadas las reglas del error sobre presupuestos objetivos de las causas de justificación.

En efecto, en el seno de la más moderna dogmática jurídico-penal española parece abrirse paso una dirección doctrinal que, cuestionando la naturaleza mayoritariamente otorgada al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ofrece nuevas perspectivas al tratamiento penal de las causas de justificación incompletas y, por tanto, del exceso intensivo en la legítima defensa. Así, partiendo en términos generales de la teoría de los elementos negativos del tipo y sus consecuencias en el ámbito del error sobre el tipo permisivo (atipicidad, si es invencible y castigo por impruden-

cia si fuere vencible) (28), Gimbernat entiende que la eximente incompleta sólo rige para el exceso intensivo doloso, pues cuando tal exceso se deba a error vencible, dado que nos encontraríamos ante un injusto imprudente, la norma aplicable sería la del artículo 565 CP (29).

Aún cuando desde la misma dirección doctrinal, Luzón Peña, entiende que la anterior solución es errónea, «...pues olvida que, además de un menor desvalor de la acción, en el injusto imprudente también hay un menor injusto objetivo (un menor desvalor del resultado) (30). Para este autor el fundamento de la eximente incompleta en el caso de exceso se debe a una disminución del injusto: «El desvalor del hecho, en efecto, es menor cuando al fin y al cabo el sujeto está impidiendo una agresión antijurídica y defendiendo el bien y el orden jurídico, aunque sea excesivamente» (31). Si ello es así, el menor desvalor de la acción del injusto imprudente y el menor desvalor del resultado presente en el hecho que origina el exceso intensivo, deberían tener adecuada repercusión en la atenuación del castigo. «esa atenuación de pena —afirma Luzón Peña—, debida a una disminución objetiva del injusto, se da tanto si el exceso intensivo es doloso como si es meramente culposo. Pero hay que distinguir: pues en el primer caso se debe partir de la pena típica del delito doloso y desde ahí rebajar la pena en uno o dos grados; en el segundo caso esa rebaja de pena en uno o dos grados debe operar sobre la pena típica —ya menor— del delito imprudente» (32).

Desde esta perspectiva, entonces, la regulación del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación no se ve desplazada por el hecho de que aquél tenga por objeto un elemento accidental de

(28) Evidentemente, al castigo por imprudencia en el caso de error vencible sobre el presupuesto objetivo de una causa de justificación puede llegarse sin necesidad de asumir la teoría de los elementos negativos del tipo (o del supuesto de hecho), y ello no sólo desde la teoría del dolo, sino también desde la propia esfera del finalismo. Vid., por todos, JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol.I, trad. y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 632 y ss. Mas, casualmente o no, los autores que serán objeto de análisis por proponer un tratamiento diferenciado de la justificación incompleta comparten la asunción de la teoría de los elementos negativos del tipo.

(29) GIMBERNAT ORDEIG, en *Recensión a las Notas a el Nuevo sistema del Derecho penal*, en R.E.P., 1966, pp. 473 y ss., especialmente, p. 479.

(30) LUZÓN PEÑA, D.M., *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, p. 149.

(31) *Ibidem*

(32) *Ibidem*. De la misma opinión, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, P. G., cit., p. 684; también, siguiendo a MIR, JOSHI JUBERT, U., *El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ADPCP, 1987, pp. 697 y ss., especialmente, p. 720.

una circunstancia justificante (33). Ello supone, lógicamente, que la justificación incompleta no podrá apreciarse cuando el error devenga invencible. Pues, «...si la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación es objetivamente invencible, esto es, una creencia objetivamente fundada, en la que puede incurrir incluso el ciudadano más diligente y cuidadoso, (...), no habrá dolo ni imprudencia, puesto que no se habrá infringido deber objetivo de cuidado alguno, sino caso fortuito...» (34). Si bien, algún autor entiende, incluso, que en el exceso intensivo por existir una creencia objetivamente fundada en la necesidad del medio empleado, no haría falta acudir a las reglas generales del error, pues podría afirmarse directamente la licitud de la conducta sobre la base de la real presencia del requisito 2.º de la legítima defensa («necesidad racional...»). Ello, interpretando que «...la medida de la necesidad del medio defensivo debe realizarse *ex ante* y conforme a un criterio *objetivo* : lo racionalmente fundado para el hombre medio diligente colocado en la situación del autor» (35).

En resumen, pues, la corriente doctrinal analizada entiende que el fundamento de la eximente incompleta de legítima defensa reside en una disminución de lo injusto del hecho. El punto de partida es, sin duda, correcto. Mas no estoy seguro, sin embargo, de que se hayan extraído todas las consecuencias. Ciertamente, se atiende a la necesidad dogmática de prever un distinto tratamiento para el exceso doloso y para el culposo. El camino elegido, no obstante, plantea diversas cuestiones de no fácil solución: a) lagunas de punibilidad allí donde la interpretación teleológica del tipo en examen impida la comisión culposa; b) la acumulación propuesta para el error vencible (atenuación de pena hasta dos grados a partir del tipo imprudente), pudiera exceder en mucho la conveniencia político-criminal de atenuación y no soportar un juicio de justicia material (piénsese en la pena insignificante que resultaría aplicable a un homicidio imprudente debido a exceso intensivo en la defensa por error vencible); c) si el exceso se debe a un error sobre los límites

(33) En este sentido, JOSHI JUBERT, *El error sobre los presupuestos...*, cit., afirma que: «El art. 9.1.º no exige que la falta de un elemento no esencial sea debida a error. No existe, en consecuencia, ninguna razón para interpretar este precepto en contra del reo, requiriendo para que pueda ser aplicado que la ausencia se deba a un error.» (p. 720). Entiende, sin embargo, que no es posible la aplicación conjunta de ambos preceptos (arts. 66 y 565 CP), por encontrarnos — en el caso de error vencible sobre presupuesto no esencial de una causa de justificación— ante un supuesto de concurso aparente de leyes penales, BUSTOS RAMIREZ, J., *Manual de Derecho penal*, PG, 3. ed., Barcelona, 1989, pp. 261 y sg.

(34) LUZÓN PEÑA, *El error sobre causas de justificación: algunas precisiones*, en Estudios Penales, cit., p. 73.

(35) LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y ...*, cit., p. 148. Debe ser subrayado que para este autor, en cambio, «es rechazable la posición que sostiene que debe juzgarse desde el punto de vista subjetivo del agente, del que en la situación concreta no es de esperar una fría reflexión: pues ese juicio no sería precisamente racional, sino irracional.» (también, p. 148).

normativos de la eximente, esto es, a un error de prohibición, parece que debiera aplicarse, de manera consecutiva, dos veces el mismo art. 66 CP, una por remisión del art. 6 bis. a), párrafo 3.º CP, y otra por remisión del art. 9-1.º CP; d) cuando el fundamento del exceso se encuentra en un estado asténico de miedo, terror o pánico, no parece que podamos conformarnos, amparados en la ausencia de regulación específica de este supuesto (a diferencia de otras legislaciones: vid. párrafo 33 StGB), con la apreciación de la eximente incompleta, pues a la disminución de lo injusto acompaña una disminución de la culpabilidad. Cabría preguntarse si la alteración emocional incide sobre la naturaleza dolosa o culposa del exceso, o, quizás, sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, o, más bien, posibilita la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación, cuando no la apreciación conjunta o concurso de dos eximentes incompletas. Baste por ahora, sin embargo, con plantear cuestiones e interrogantes, pues la respuesta a unas y otros requiere todavía una mayor profundización.

Una vez analizadas las diferentes posiciones doctrinales en torno al fundamento de la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo o propio, corresponde ahora examinar la jurisprudencia vertida por nuestro Tribunal Supremo al respecto. Con todo y con ello, nos ceñiremos a la más reciente (36). Tanto por el innegable interés que siempre la más moderna presenta, cuanto por la conveniencia de observar las repercusiones que haya tenido la positivización del tratamiento jurídico-penal del error, a partir de la Reforma parcial y Urgente del Código penal, de 25 de junio de 1983 (37).

Desde luego, en términos generales (y en teoría, pues otra cosa es la opinión que nos merezca la concreta valoración de los hechos sujetos a examen), la jurisprudencia distingue correctamente el elemento esencial de necesidad de defensa, del accidental de necesidad racional del medio empleado. Por ello, acierta sin duda en la configuración del exceso extensivo y del exceso intensivo, reservando sólo a este último la virtualidad de poder apreciar la eximente incompleta.

STS de 20 de octubre 1987 (Ar. 7556): «Así como la necesidad constituye premisa básica para cualquier consideración sobre la legítima defensa, tanto como eximente completa o incompleta, la proporcionalidad viene referida a la relación entre la entidad del

(36) Para un estudio de mayor alcance, pueden verse las siguientes obras: CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas...*, cit., pp. 126 y ss.; Idem., *Comentarios al Código penal*, T.I., Barcelona, 1972, pp. 260 y ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Barcelona, 1976, passim.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976.

(37) El primer estudio sobre el alcance de la reforma es ofrecido por QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES / MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona 1983, pp. 38 y ss.

ataque y la defensa, con especial atención a los medios empleados para impedir o repeler la agresión, que si, cualitativa o cuantitativamente, se ofreciesen desfasados, faltos de una racional correlación, al suponer un exceso intensivo en la reacción contrarrestadora, impidiendo el juego de la eximente plena, sólo permitirían, en su caso, la estimación de la incompleta. La necesidad defensiva ha sido entendida de modo enterizo y general, en el sentido de justificar la actitud de un contraataque frente a una agresión o acometimiento amenazantes que pone en situación de riesgo el bien jurídico cuya salvaguarda deviene acuciante; la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla es de carácter instrumental, transida de especificidad y de un ámbito y consecuencias más restringidos. Si falta la necesidad de defensa será acusable el exceso extensivo o impropio, exceso en la causa, en tanto que si se halla ausente la proporcionalidad de los medios de repulsa, aparece el exceso intensivo o propio, exceso en los medios.»[la argumentación desarrollada es prácticamente unánime en la jurisprudencia; entre los innumerables pronunciamientos, pueden verse los más recientes de **2 y 7 de noviembre 1988 (Ar. 8816 y 8982); 6 de abril 1989 (Ar. 3028); 18 de enero 1990 (Ar. 1920)]**.

Entre las causas que pueden provocar el exceso intensivo y, por tanto, la apreciación de la eximente como incompleta, se recoge, ciertamente, el error sobre la necesidad racional del medio. El Tribunal Supremo maneja las teorías del error sobre presupuestos objetivos de causas de justificación, mas la solución suele ser idéntica, independientemente de que se argumente desde el prisma de la teoría del dolo, de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la teoría estricta de la culpabilidad: aplicación del art. 66 CP, esto es, disminución de pena en uno o dos grados a partir de la prevista para el tipo doloso. A mi juicio, a pesar de que del análisis de los fundamentos de derecho pudiera desprenderse la aplicación prioritaria de la regulación del error, quedando desplazado, por tanto, el art. 9-1.º, tal impresión debe ser descartada, pues el recurso al tratamiento legal del error se ve siempre tamizado por la necesidad de que la solución final coincida con la prevista para las eximentes incompletas por el art. 66 en relación con el 9-1.º Cp.

Así, desde la teoría del dolo, **STS. 9 de febrero 1990 (Ar. 1370)**: «La estimación errónea de la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, si el error fue invencible exime de responsabilidad al agredido, convirtiendo la legítima defensa en causa de inculpatibilidad, perdiendo pues su prístino carácter de causa de justificación. Si el error fue vencible el comportamiento ha de reputarse como culposo, siendo de acudir de acuerdo con la normativa vigente, a lo dispuesto en el art. 66 del Código penal, es decir, al mismo precepto que prevé la pena a imponer en los supuestos de concurrencia de una eximente incompleta.»

A la misma solución llega, argumentando sobre la base de la teoría de los elementos negativos del tipo, la **STS. 29 abril 1989 (Ar. 3575)**: «El error sobre un presupuesto fáctico de causa de justificación, concretamente a la legítima defensa, debe tratarse como un error en la infracción penal en la que se integran los elementos negativos excluyentes de la responsabilidad penal, encuadrable en el error de tipo de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis, a). En caso de ser vencible el hecho se castigaría como culposo.»

Especialmente interesante para descubrir el fundamento que la jurisprudencia otorga a la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo, resultará el análisis de la incidencia de las alteraciones emocionales del agredido en la configuración de la necesidad racional del medio. Es absolutamente mayoritaria la opinión de que el requisito segundo de la legítima defensa tiene un carácter objetivo, si bien todavía un importante sector jurisprudencial entiende que las alteraciones psicológicas no deben ser despreciadas a la hora de afirmar la racionalidad de la necesidad del medio.

STS. 29 septiembre 1984 (Ar. 4780): «...la proporcionalidad entre la acción agresiva y la reacción defensiva ha de medirse no con arreglo al criterio subjetivo del que se defiende sino con arreglo al criterio valorativo que la recta razón dicte al juzgador, sin perjuicio de la trascendencia que en orden a la culpabilidad, e incluso de la imputabilidad, puedan tener el error o el impacto psíquico causado en el sujeto por la agresión...» (...). Continúa esta resolución, en flagrante contradicción con lo expuesto, afirmando que: «...procede estimar la concurrencia del miedo que, como es sabido, constituye el prototipo de las emociones asténicas de fondo endotímico, con trascendencia sobre la culpabilidad, (...) que cubre el posible exceso en la defensa, que no son incompatibles como se dice en la sentencia recurrida, sino que por el contrario, la fórmula mixta de exención, combinando defensa y miedo, ha venido siendo aceptada...».

No obstante, debe subrayarse que en las más recientes resoluciones va cobrando especial fuerza la opinión de que la necesidad racional del medio debe medirse con módulos objetivos, lo que no implica, y esto es lo más importante, que las posibles alteraciones psicológicas presentes no encuentren su cauce para incidir en la medición final del castigo a imponer, sobre la base de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que contemplan una disminución del reproche de culpabilidad.

STS. 16 diciembre 1986 (Ar. 7925): «Aunque la necesidad racional del medio defensivo, que equivale a proporcionalidad o equilibrio entre el mismo y los empleados en el ataque, no postula

una exacta igualdad entre uno y otros, habiendo declarado la jurisprudencia en multitud de ocasiones que han de tenerse en cuenta tanto la perturbación psicológica que el acometimiento ilegítimo produce de ordinario como la dificultad en que normalmente se encuentra el agredido para escoger u obtener un medio adecuado para hacer frente a la agresión, no debe ser entendida esta prudente llamada a una individualizada y flexible interpretación del segundo requisito legal de la legítima defensa como un portillo abierto a toda suerte de reacciones posibles en la defensa, como si la situación que sirve de presupuesto a la eximente retrotrayese a los afectados por ella a un hipotético estado prejurídico en que todo subjetivismo y toda arbitrariedad, por lesivos que fueren, se conviertan en admisibles. En esta perspectiva, que viene impuesta por la obvia consideración de que la circunstancia eximente que consideramos no tiene su único fundamento justificativo en los legítimos intereses individuales sino en la defensa del propio orden jurídico...». Destacando también la configuración objetiva del requisito y reduciendo a sus justos términos la incidencia del estado psicológico, Véanse: **STS. 11 noviembre y 20 diciembre de 1986 (Ar. 6830 y 7972); 20 octubre 1987 (Ar. 7556); 22 diciembre 1989 (Ar. 9763).**

STS. 9 febrero 1990 (Ar. 1370): «La cuestión a resolver es si la legítima defensa incompleta es compatible con la atenuación de obcecación o arrebato. Lo que el Tribunal *a quo* excluyó con el argumento de ser esa la jurisprudencia de esta Sala. Así ha sido, en efecto. Y si ya con la regulación anterior de la atenuante 8 del art. 9.º esta concepción era discutible, el cambio operado en 1983 obliga a una reconsideración de esta posibilidad, al haber añadido el legislador a los «estímulos» las «causas», al agregar al arrebato u obcecación otros estados pasionales de semejante entidad, y, sobre todo, al suprimir el término «naturalmente» que permite tener en cuenta las características y situación del autor en el caso concreto. Esta Sala ha argumentado en jurisprudencia anterior que la legítima defensa exime de responsabilidad por la conmoción psíquica que experimenta el agredido, lo que en absoluto la legítima defensa exige. Tampoco es válida la observación de que la agresión ilegítima es el estímulo productor del arrebato, ya que el arrebato u otro estado pasional semejante lo produce la agresión unida a las circunstancias concomitantes.» También, aprecia la legítima defensa incompleta y la atenuante genérica de arrebato u obcecación, incluso planteándose la posibilidad de apreciar, conjuntamente, la eximente incompleta de transtorno mental transitorio, la **STS. 22 enero 1986 (Ar. 167).**

Probablemente, resultaría aventurado adelantar una conclusión definitiva sobre el fundamento que nuestra jurisprudencia otorga a la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo. Sin embargo, me atrevería a decir que, de una u otra forma, la disminución de lo

injusto del hecho se encuentra presente. No otra cosa cabe deducir, desde luego, en los supuestos en que la legítima defensa incompleta aparece junto a otras eximentes incompletas o atenuantes que inciden en la medida de la culpabilidad (trastorno mental transitorio, miedo insuperable, arrebató u obcecación, etc.). De esta forma, por tanto, encuentran reflejo autónomo en la determinación de la pena, tanto la disminución de lo injusto, cuanto la disminución de la culpabilidad.

1.2. *La provocación suficiente*

El derecho de legítima defensa viene expresamente limitado por nuestro Código penal, en los supuestos en que pueda afirmarse la presencia de una provocación suficiente por parte del defensor. Dicha provocación, entonces, convierte la defensa en antijurídica y, en el mejor de los casos, la eximente en incompleta. Al igual que en el apartado anterior hacíamos con el exceso, trataremos ahora de mostrar el fundamento que doctrina y jurisprudencia otorgan a la eximente de legítima defensa cuando falta el requisito tercero del apartado 4.º del art. 8 del Cp. La tarea no es fácil. Por un lado, no está claro el por qué frente a la agresión provocada no cabe oponer una defensa legítima, pues al fin y al cabo, el que responde a un ataque antijurídico con una acción defensiva no deja de actuar, en mayor o menor medida, al amparo de los principios de protección y de defensa o mantenimiento del Derecho frente a lo injusto. Por otro lado, tampoco reina acuerdo en torno a las características que debe reunir la provocación para fundamentar la aplicación de la eximente incompleta, en la medida en que se sostiene que una amplia constelación de supuestos impediría, también, la afirmación de la atenuante.

Como es sabido, el tema de la agresión provocada ha sido objeto de especial análisis por la doctrina alemana. Ello, sin duda, porque la ausencia de la mención expresa de la provocación como límite al derecho de defensa ha obligado a desarrollar un mayor esfuerzo explicativo (38). Así, en términos generales, se distingue un grupo de casos en los que se niega de manera absoluta el derecho de legítima defensa, de otros supuestos en que solamente estaría sujeto a restricciones.

En efecto, según la doctrina mayoritaria no cabría invocar la causa de justificación cuando se tratara de una *provocación intencional (Absichtsprovokation)*. En palabras de Jescheck, «...cuando el autor ha pro-

(38) «& 32 StGB. Legítima defensa. (1) El que comete un hecho que viene requerido por una legítima defensa no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa que resulta necesaria para apartar de sí o de otro una agresión actual y antijurídica.» Es evidente que la agresión provocada puede seguir siendo actual y antijurídica, por lo que, en la mayor parte de supuestos, los esfuerzos limitadores se encaminarán a demostrar que el hecho cometido no viene «requerido» por una legítima defensa.

vocado intencionalmente la agresión con objeto de poder lesionar impunemente a su agresor bajo la cobertura de la legítima defensa» (39). El fundamento puede ser múltiple. Así, se ha invocado el principio de responsabilidad, lo que en este ámbito significaría que el defensor debe soportar los costes de la solución del conflicto por él provocado (40), la construcción de la «*actio illicita in causa*» (41), la idea de la injerencia de manera análoga a la comisión por omisión (42), la falta de voluntad o ánimo de defensa (43), la presencia del consentimiento del provocador (44). Tales propuestas presentan un alto índice de cuestionamiento y, a mi juicio, no responden a la pregunta sobre el fundamento de la ilicitud de la defensa del provocador. Dicho interrogante debe ser resuelto, en un previo nivel de argumentación, sobre el cuestionamiento de los principios que informan la defensa legítima. Esto es, la provocación intencional debe negar o restringir la vigencia de los principios de protección individual y/o de afirmación del Derecho.

En este orden de consideraciones, afirma Roxin que : «...el que se pone intencionada y maniobreramente en una situación de peligro con una conducta jurídicamente desvalorada no necesita ninguna protección» (...). Luego, sin necesidad de protección no hay legítima defensa; no se corresponde con la finalidad del derecho de legítima defensa una reafirmación del Derecho —independiente de la necesidad de protección— frente a la agresión antijurídica del provocado.» (45). La argumentación, sin embargo, no me parece totalmente convincente. Afirmar que el sujeto que ha provocado mediante una acción injuriosa no actual o inmedia-

(39) JESCHECK, *Tratado...*, vol.I., cit., p. 471.

(40) JAKOBS, G., *Strafrecht*, AT, 2.Auflage, Berlin - New York, 1991, p. 403, 12 / 49. En parecidos términos, RUDOLPHI, H.J., *Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung*, en Armin Kaufmann-GS, 1989, pp. 371 y ss.; para quien, a pesar de que la justificación respondería siempre al criterio del interés preponderante, en la legítima defensa se vería concretado a través de los principios de protección, afirmación del Derecho y proporcionalidad. Además, y esto es lo que nos interesa, la necesidad de defensa también vendría regulada por la intervención del principio de responsabilidad, según el cual se puede limitar o incluso llegar a suprimir la necesidad de defensa si existe provocación del defensor, puesto que éste sería responsable de la situación de peligro provocada (p. 395).

(41) BAUMANN / WEBER, *Strafrecht*, AT., 9.A., 1985, p. 308; LENCKNER, en SCHRÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.A., 1991, & 32, marginal. 6, p. 547.

(42) MARXEN, *Die sozioethischen Grenzen der Notwehr*, 1979, pp. 56 y ss.; lo utiliza como fundamento de la imputación, también, JAKOBS, AT., cit., 12 / 49, p. 403.

(43) KRATZSCH, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968, p. 39.

(44) MAURACH / ZIPF, *Strafrecht*, AT, I, 7.A., 1987, p. 356.

(45) ROXIN, «*Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa*», trad., de Gomez Benitez, CPC, n.º 17, 1982, p. 310. De los párrafos transcritos se deriva claramente que, para el autor, la provocación debe suponer un hecho antijurídico. Lógicamente, su argumentación carecería de sentido si el provocado pudiera invocar, frente a la provocación, una defensa legítima. Debe interpretarse, por tanto, que nos encontramos ante supuestos donde ello no es posible, normalmente, porque la agresión implícita en la conducta previa carece de actualidad.

ta (de otra forma, claro está, cabría legítima defensa del provocado), una reacción agresiva peligrosa para su integridad física o su vida carece de necesidad de protección no resulta fácilmente comprensible. Quizás por ello, un sector doctrinal entiende que la total negación del derecho de legítima defensa sólo se produciría allí donde el provocador pudiendo eludir la agresión sin grandes riesgos propios no lo hace, mas no podría negársele una defensa legítima cuando rehuir la agresión deviene imposible o supone un elevado riesgo personal (46).

Por otro lado, la doctrina dominante (47) entiende que cuando la provocación no es intencional, pero presenta los rasgos de antijurídica, culpable y determinante de la agresión, permanece el derecho de legítima defensa, si bien con restricciones. El fundamento sería la *disminución en el interés de la afirmación de la defensa del Derecho*. De tal modo que el provocador, tal como ha resuelto la jurisprudencia alemana, «no puede ejercitar una «defensa ofensiva» (Trutzwehr), mientras sea suficiente una «defensa protectora» (Schutzwehr) o disuasoria frente al agresor», incluso, «...soportando perjuicios y lesiones pequeños en estos casos» (48).

En definitiva, y en términos generales, la provocación determinante de la situación de legítima defensa puede impedir la invocación de la causa de justificación (provocación intencional), o, simplemente, puede limitar su uso (provocación antijurídica y culpable pero no intencional). En cualquier caso, me interesa subrayar dos cosas : 1.º. los límites a la legítima defensa deben deducirse ineludiblemente de su fundamento y, por tanto, en un segundo nivel de concreción dogmática, en el análisis de la presencia o ausencia de los elementos esenciales y accidentales de la eximente; 2.º. En muchos supuestos, la provocación de la agresión, aún cuando limite la cobertura de la eximente, no permite negar la presencia de sus elementos esenciales. Si esto es así, lo que estimo correcto, parece razonable afirmar que la acción defensiva del provocador puede presentar una *disminución en la gravedad de lo injusto*, precisamente por realizarse al amparo de los principios que informan el derecho de legítima defensa, que no puede ser despreciada a la hora de la determinación definitiva de la pena a imponer. Precisamente, como a continuación veremos, la tarea resultará menos compleja en ordenamientos en que, como es el caso español, contemplan la positivización de las causas de justificación incompletas.

En efecto, cuando medie *provocación suficiente* por parte del defensor tan sólo cabrá invocar la modalidad incompleta de la eximente de legítima defensa. Ahora bien, los efectos atenuatorios del art. 66 CP entrarán en juego en la medida en que no resulte afectado algún elemento

(46) LENCKNER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER, & 32, marg.56 y 57, p. 545.; También, JESCHECK, AT., cit., p. 471.

(47) Vid., por todos, LENCKNER, ob. cit., & 32, marg. 58 y ss., pp. 545 y ss.

(48) Citada por ROXIN en *Las restricciones...*, cit., p. 312.

esencial de la causa de justificación y si, en cambio, cuando, por faltar uno accidental, el fundamento de la exclusión de la antijuricidad de la conducta se vea parcialmente cuestionado.

Desde luego, si la provocación consistiera en una agresión ilegítima y actual no cabrá ni siquiera la forma incompleta de la justificación. Ello, porque entonces la acción del provocado devendría una defensa legítima y, claro está, contra legítima defensa no puede oponer el provocador, a su vez, legítima defensa. Asimismo, tanto doctrina como jurisprudencia (49) mayoritarias, entienden que la riña provocada o su libre aceptación, por ausencia de agresión ilegítima, o de necesidad de defensa, o de voluntad de defenderse, impiden también la eximente incompleta (50).

Por otro lado, no parece aceptable que cualquier provocación ilegítima el derecho de defensa. El hecho de que, al fin y al cabo, se ejercite

(49) Nuestro Tribunal Supremo ha negado reiteradamente cualquier posibilidad de invocar la legítima defensa en supuestos de riña mutua y libremente aceptada. Se fundamenta, generalmente, en que en estos casos no es posible individualizar la agresión, «ya que ambos contendientes se convierten en agresores recíprocos»; negado, por tanto, el elemento de necesidad de defensa y, en muchos casos, también el ánimo defensivo, no cabe legítima defensa completa ni incompleta. Así, *SsTS. de 25.6.1981 (Ar. 2792)*, *30.3.1984 (Ar. 1879)*, *25.4 y 18.10 de 1985 (Ar. 2139 y 5005)*, *22.1, 30.6, 15.11 y 16.12 de 1986 (Ar. 167, 3222, 6961 y 7936)*, *11.5.1987 (Ar. 3035)*, *29.12.1989 (Ar. 9812)*, entre otras muchas. Debe destacarse, sin embargo, que se viene imponiendo una correcta doctrina jurisprudencial según la cual la aceptación libre de la riña se condiciona a que no exista un inicial agresor: *SsTS. de 11.4 y 22.7 de 1986 (Ar. 1961 y 4340)*, *23.6 y 10.7 de 1989 (Ar. 5206 y 6170)*, *1.3.1990 (Ar. 2318)*, entre otras.

(50) Especialmente interesante resulta la posición de LUZÓN PEÑA, *Riña y legítima defensa (Comentario a la STS 10-4-1989)*, en «Estudios Penales», cit., pp. 159 y ss; para este autor, «la solución correcta debe partir, en efecto, de distinguir casos de riña en que todos sean recíprocos agresores y agredidos y casos en que unos adopten el papel de agresores y otros se limiten a lo estrictamente defensivo. Lo primero puede darse tanto cuando haya agresiones simultáneas y no condicionadas a la actitud del otro, como también cuando, aunque uno tome la delantera en el ataque, la respuesta del contendiente sea excesiva y desproporcionada, no limitándose a lo indispensable. Y en tales supuestos hay que negar que la actuación de cada contendiente sea una defensa; pero no porque le falte ánimo o voluntad defensiva (...), sino porque objetivamente la actuación carece del significado o carácter defensivo de impedir o repeler una agresión, puesto que se patentiza ante todos el carácter agresivo y no meramente defensivo de la acción y ésta efectivamente es independiente de la actuación del otro, que se conoce y que quizá no se deja siquiera que se produzca, y de su intensidad, y, en cualquier caso y por eso mismo, sería un medio innecesario. Pero no siendo ni siquiera un obrar «en defensa», falta el otro requisito esencial (además de la agresión) y no cabe ni tan sólo eximente incompleta.» (p. 168)

«La situación es distinta cuando uno de los implicados se mantiene o actúa estrictamente a la defensiva (...). Si en la riña una de las partes agrede o ataca y la otra se limita a dar una respuesta o reacción defensiva estrictamente necesaria, habrá claramente una agresión ilegítima, la respuesta tendrá carácter de defensa, al estar condicionada y dependiendo del ataque, aparte que incluso habrá el —innecesario— ánimo defensivo, y también concurrirá el requisito de la necesidad del medio.» (p. 168). Según Luzón Peña, en estos supuestos «...falla siempre el requisito —inesencial— de la falta de provocación suficiente (del n.º 3.º del art. 8, 4.º) en cada uno de quienes han incitado o aceptado la riña (y

una defensa frente a una agresión antijurídica y actual, obliga a ser extremadamente cuidadosos a la hora de situar al provocador que se defiende ante la alternativa de soportar la agresión o bien sufrir un castigo. Por ello, *la suficiencia exigida por la ley debe ser interpretada como una característica que restringe el concepto de provocación* jurídicopenalmente relevante a los efectos de negar la apreciación de la forma completa de la eximente de legítima defensa.

Todo ello, me lleva a sostener que la provocación suficiente debe consistir en una conducta ilícita (51), no bastando comportamientos moral, social o éticamente reprobables (52). Podrá ser intencional o, simplemente, dolosa o imprudente. Estimo incorrecta, por tanto, la opinión de un sector doctrinal que niega incluso la forma incompleta de la eximente cuando la acción provocadora persiga intencionadamente la creación de la situación de legítima defensa, apoyándose en una pretendida ausencia de los elementos esenciales de necesidad de defensa o de «*animus defensionis*». Por lo que respecta a la necesidad «genérica» (pues la «concreta» afectaría al elemento accidental de la necesidad racional del medio empleado) de defensa, no alcanzo a comprender cómo puede ser negada por el simple hecho de que a la agresión ilegítima y actual que pone en peligro un bien jurídico individual preceda una conducta provocadora. La necesidad de protección, desde luego, existe. Podrá cuestionarse la legitimidad del provocador para actuar en representación del Derecho frente al injusto, mas esto es, precisamente, lo que convierte la defensa en antijurídica, pero de ningún modo supone argumento alguno para negar la necesidad de defensa y, por tanto, imposibilitar también la aplicación de la eximente como incompleta. Tampoco me parece atendi-

consiguientemente aceptado la agresión), aunque luego se mantenga estrictamente a la defensiva.» (p. 169). Por mi parte, entiendo que todavía en este segundo grupo de casos debería hacerse una matización: habrá provocación suficiente y, por tanto, sólo legítima defensa incompleta, siempre y cuando la aceptación de la riña sea verdaderamente libre, más no cuando la misma aparezca como el único medio idóneo de defensa. Esto es, cuando una de las partes ataca o agrede y la otra se ve obligada a «aceptar» el envite respondiendo en defensa. En este sentido deben interpretarse las palabras de MIR PUIG, PG, cit., p. 466, nota, 44: «Pero si en los casos de «riña forzada» verdaderamente existe por una de las partes necesidad de defenderse etablando la «riña», no veo que pueda hablarse de provocación por parte del que se ve obligado a defenderse.»

(51) En este sentido, CEREZO MIR, *Curso...*, PG, I, cit., p. 443.

(52) No me parece de recibo, por tanto, el ejemplo propuesto por MIR PUIG, PG, cit., p. 472: «...el amante, conocedor de las amenazas de muerte que contra él ha efectuado el marido burlado, y sabiendo que éste incluso se ha procurado una pistola para hacerlas efectivas llegado el caso, le espera con la mujer en el domicilio conyugal para provocar una situación de agresión por parte del marido y poderle matar al defenderse; el marido hubiera dado muerte al provocador si éste no se hubiese defendido matándole antes.» Sin duda, lleva razón BUSTOS RAMÍREZ, PG, cit., p. 209, cuando afirma que: «No hay provocación por la sólo circunstancia subjetiva del agresor de sentirse personalmente mortificado o moralmente afectado (p. ej. no se puede estimar provocación el acto de adulterio); la provocación requiere, pues, de una apreciación objetiva desde el bien jurídico posible de ser afectado, no desde la subjetividad o conciencia del agresor.»

ble el negar, sobre la base de la previa provocación intencional, el elemento subjetivo de justificación (53). Comparto la opinión de que éste es necesario en toda causa de justificación, mas entiendo por tal el conocimiento de la situación justificante (54), y no la presencia de un especial ánimo o voluntad defensiva (55). Esto es, el elemento subjetivo de justificación podría entenderse como el correlato del dolo, mas no de un específico elemento subjetivo del injusto. Y es indudable que, en el momento de la defensa, el provocador conoce y quiere actuar dentro de los márgenes de la eximente de legítima defensa, precisamente por y para ello provocó previamente la agresión (56).

Provocación suficiente significa, también, la afirmación de la presencia de una *adecuación normativa* para motivar la agresión. El criterio axiológico (que no causal) de la adecuación, permitirá mantener en su totalidad el derecho de defensa cuando la agresión sea objetiva y sensiblemente desproporcionada a la conducta provocadora.

En definitiva, creo que a estas alturas de exposición estamos en condiciones de afirmar que la eximente incompleta de legítima defensa por existir provocación suficiente, viene a regular correctamente supuestos donde se detecta una disminución en la gravedad de lo injusto, y, por tanto, a la conducta típica que en su defensa despliega el provocador debe aplicársele una reducción en el castigo a imponer de hasta dos grados de pena.

La legítima defensa se fundamenta (según doctrina mayoritaria, e independientemente de ulteriores matizaciones a través de otros principios como los de proporcionalidad y reponsabilidad) en los principios de protección individual y de afirmación, mantenimiento o defensa del Derecho. Es evidente que la defensa del Derecho —a través de una conducta que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos— por los ciudada-

(53) Por las razones expuestas en supra (nota 11) , no es posible una mayor profundización sobre los elementos subjetivos de las causas de justificación.

(54) En este sentido, FRISCH, *Grund— und Grenzprobleme...*, cit., pp. 135 y ss; JAKOBS, AT, cit., p. 358 y sg., 11 / 18, con aportación bibliográfica. En nuestro país, véase, especialmente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 125; *idem.*, «*Legítima defensa...*», en Estudios Penales, cit., pp. 140 y ss; *idem.*, *Riña y ...*, en Estudios Penales, cit., p. 167; y, para una panorámica global, por todos, MAQUEDA ABREU, *Los elementos subjetivos de justificación*, cit.

(55) Véanse, por todos, HIRSCH, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. A., pre-vio al &.32, n.º 53 y ss; y JESCHECK, AT, cit., pp. 447 y ss.; en nuestro país, CEREZO MIR, PG, I, cit., pp. 408 y ss.

(56) No obstante, para LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa...*, cit., la provocación intencional no es un supuesto de provocación suficiente. A pesar de ello, la conducta del provocador devendrá punible, «...porque el incitar a otro a una agresión, aunque se piense en impedir luego que se consume, es una inducción indirecta a una tentativa (idónea o no) de delito: y, contra lo que opina la doctrina dominante, esa conducta del «agente provocador» puede castigarse (en nuestro Derecho como provocación del art. 4, 3.º).» (p. 157). Con mayor razón, a su juicio, tampoco será provocación suficiente la meramente dolosa o imprudente. Entiende que en estos casos se podría llegar a la eximente incompleta por un posible exceso en el medio empleado (p. 157).

nos sólo se legitima en la medida en que responda a una necesidad de protección individual (propia o ajena). Ello no significa, sin embargo, que el interés en el mantenimiento del Derecho permanezca inalterado siempre que exista necesidad de protección. Yerra, por tanto, Roxin cuando para negar la legitimidad de la acción defensiva del provocador por ausencia de un interés en la reafirmación del Derecho, niega también la necesidad de protección. Creo haber demostrado más arriba, que en estos supuestos permanece la necesidad de defensa, y, desde luego, si según nuestro Código penal, la provocación suficiente permite la apreciación de la eximente incompleta ello no puede ser —de *lege lata*— ni siquiera discutido.

Por tanto, la ilicitud de la conducta defensiva sólo podrá explicarse, bien por una disminución en el interés de la afirmación del Derecho, bien en la ilegitimidad del provocador para actuar como su representante y defensor (57). Es decir, en palabras de Luzón Peña, «...igual que en el exceso falla la necesidad de la defensa concreta del bien jurídico, en la provocación suficiente habrá en principio necesidad de defensa genérica del Derecho y del bien jurídico, pero falla la necesidad de defensa del orden jurídico por ese sujeto concreto» (58). Pero, de una u otra forma, lo que especialmente nos interesa es subrayar que la conducta del provocador sigue respondiendo, *parcialmente*, a los principios que informan la legítima defensa. En esta medida, sobre lo injusto, como magnitud graduable, se opera una sensible disminución en su gravedad que, en nuestro Derecho, conduce a la apreciación de la forma incompleta de la causa de justificación.

2. La eximente incompleta de estado de necesidad

2.1. Cuestionamiento de la «situación» o «estado de necesidad» como elemento esencial de la eximente

Tal y como afirma el art. 8-7.º CP, estará exento de responsabilidad criminal el que, impulsado por un *estado de necesidad*, para evitar un

(57) En este sentido, CEREZO MIR, *Curso...*, PG, I, cit., p. 443, afirma: «El fundamento de este requisito de la legítima defensa consiste, a mi juicio, en que no puede erigirse, en principio, en defensor del ordenamiento jurídico aquél que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica.»

(58) LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa...*, cit., p. 156. Lo que ya me parece más discutible es restringir estos casos, exclusivamente, al «...supuesto de provocación o aceptación (pues ésta provoca, a su vez, a la realización del desafío) de una riña mutuamente consentida o de un duelo; en tal caso, como es evidente que todos los contendientes renuncian a la protección y defensa jurídica, no pueden aparecer legitimados (ni lo quieren) para defender el orden jurídico.» (p. 156).

mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

En consecuencia, la conducta típica amparada por la eximente se configura como una reacción frente a la amenaza de un peligro que se cierne sobre un bien jurídico propio o ajeno. Si como parece evidente la causa de justificación que nos ocupa responde a la lógica del interés preponderante (59), presupuesto ineludible de la misma deberá ser una situación de conflicto entre intereses dignos de protección no evitable de otro modo. En este sentido, doctrina y jurisprudenci (60) coinciden, en términos generales, en exigir como características del «estado de necesidad» la actualidad o inminencia del peligro y la inevitabilidad del mismo por medios menos gravosos (esto es, mediante una acción lícita, ilícita pero atípica o, finalmente, típica pero de inferior gravedad). De este modo, el «estado de necesidad» o «conflicto frontal de intereses» es presupuesto esencial de la eximente tanto completa como incompleta. Conviene detenerse, sin embargo, en las notas de inminencia e inevitabilidad del peligro, pues, de uno u otro modo, se ha sostenido que su ausencia pudiera no impedir la apreciación de la justificación incompleta, o, sobre la base de fundamentos exculpatorios, la total exención de responsabilidad criminal.

Como afirma Jescheck, «el peligro es *actual* cuando una *consideración objetiva «ex ante»* muestra que la producción de un daño, con carácter inmediato o en un momento posterior (peligro continuado), es hasta tal punto probable, que es racionalmente preciso adoptar enseguida las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado» (61). Ahora bien, la inminencia del peligro no debe suponer de ningún modo el rechazo de las situaciones de peligro permanente. En realidad, la línea jurisprudencial que, p. ej. en situaciones de penuria económica, niega la existencia de «estado de necesidad» por faltar la inminencia del mal, se apoya en una errónea y rechazable configuración

(59) Cuestión que no se pone en duda por doctrina y jurisprudencia. Téngase en cuenta, además, que en sistemas como el español o el italiano (art. 54 CPI), donde se admite sin restricciones el auxilio necesario ajeno, es conclusión prácticamente obligada, pues, como ha subrayado recientemente ROMANO, M., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, RIDPP, 1991, p. 44 : «...emerge con evidencia que la norma evita tomar en cuenta consideraciones de los reflejos psicológicos de una situación existencial vivida por el sujeto, o bien de una real o potencial distorsión del normal proceso de motivación, para fundarse, contrariamente, de manera exclusiva, sobre una objetiva ponderación de intereses.»

(60) Véase, CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, I, cit., pp. 272 y ss.

(61) JESCHECK, PG, I, cit., p. 493.

del mal que amenaza. El cual no debe ser entendido como la situación extrema de indigencia o peligro casi irremediable para la vida o salud, sino que, antes bien, debe procederse a una ampliación considerable del concepto que sólo desde el desprecio a la dignidad del hombre puede equipararse a la muerte o lesiones del necesitado (62). Por otro lado, la inminencia del peligro no siempre juega un papel fundamental en la configuración de la situación de necesidad. Acertadamente han destacado Cobo/Vives que: «Ciertamente no podrá hablarse de necesidad justificante allí donde el peligro para el bien mayor no sea inminente, siempre y cuando el transcurso del tiempo pueda, presumiblemente, aportar al conflicto una solución menos gravosa que el sacrificio del bien menor; mas allí donde esto no ocurra, es decir, donde no quepa esperar del transcurso del tiempo ni siquiera una atenuación del conflicto, el requisito de la inminencia no tiene sentido alguno» (63).

De la «situación de necesidad» se predica también su carácter *absoluto*. Esto es, la necesidad de la acción requiere que ésta aparezca como el único medio posible para salvar el bien jurídico en peligro, o, tal y como lo formula la STS de 21 de enero de 1986 (Ar. 163) : «cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien, así como cuando se recurre a un medio innecesariamente perjudicial, faltará en verdad, al presunto estado de necesidad, la cualidad de absoluto.» También la doctrina (64) mayoritaria entiende que el necesitado no podrá ampararse en la eximente si se encontraba a su alcance la salvación del interés amenazado mediante una conducta atípica o, siendo típica, de menor gravedad. Ello porque en el estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, colisionan dos intereses igualmente legítimos (65). De forma que la destrucción de uno de ellos debe aparecer como lógicamente inevitable para la salvación del otro.

Sin embargo, el requisito de la *subsidiariedad* de la acción realizada en estado de necesidad viene siendo cuestionado por un sector doctrinal. Así, se afirma que cuando existan medios lícitos o, cuando menos, no típicos, estará ausente una verdadera situación de necesidad. Mas, si se presenta como necesaria una conducta típicamente relevante, la no elección de la menos perjudicial no cuestionaría el requisito básico de «esta-

(62) En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad*, PJ, n.º 13, 1989, p. 121 y sg. Además, lleva razón el autor al denunciar que de seguirse la interpretación jurisprudencial, en muchos casos «...no hubiera sido necesaria la aplicación del estado de necesidad para eximir de pena» (nota 30, p. 121), pues la alteración psicológica del autor fundamentaría sobradamente su exculpación.

(63) COBO / VIVES, PG, cit., p. 395. Comparte la opinión, CEREZO MIR, *Curso...*, PG, II., cit., p. 13 y sg.

(64) Véase, CEREZO MIR, PG, II, cit., p. 14; COBO / VIVES, PG, cit., p. 395.

(65) Véase, no obstante, la matización de CEREZO MIR, PG, II, cit, p. 15.

do de necesidad», pudiendo aplicarse, en consecuencia, la forma incompleta de la eximente (66).

A mi juicio, se produce en este tema una confusión entre la necesidad de la acción realizada por no existir medios menos gravosos, y los criterios que deben medir dicha necesidad. Es evidente que la necesidad no puede tener un carácter absoluto o abstracto, sino que debe responder a un juicio de valoración objetivo «ex ante» (67). Así, no podrá negarse el carácter de necesario al pequeño hurto o leve apropiación indebida realizada por un sujeto para superar un estado de síndrome de abstinencia provocado por una fuerte drogodependencia, con el argumento de que tenía la posibilidad de prostituirse. En cambio, si podrá negarse la necesidad si, pudiendo superar los fuertes dolores físicos derivados de la enfermedad mediante el lucro obtenido por la realización de una falta contra el patrimonio, decide realizar una conducta de robo con violencia o

(66) Así, ya CORDOBA RODA, *Comentarios...*, I, cit., p. 278; Claramente, MIR PUIG, PG, cit., p. 498: «...debe distinguirse también para el estado de necesidad entre «necesidad abstracta» y «necesidad concreta». La primera faltará si no hay necesidad de ninguna acción prevista por la ley penal, y la segunda si existe dicha necesidad pero podía haberse empleado un medio menos lesivo. La estimación de la eximente incompleta no cabrá si falta la necesidad abstracta, pero deberá considerarse si sólo falta la necesidad concreta.» También, PAREDES CASTAÑÓN, *Subsidiariedad...*, cit., p. 123; para quien «nos encontramos aquí con un problema de proporcionalidad de los males, más que con una exigencia de subsidiariedad.» (...) «Pero esto quiere decir que, como mínimo, se dará una eximente incompleta de estado de necesidad.» (p. 125).

(67) La propia esencia de la justificación anudada al criterio del interés preponderante obliga tanto a la objetivización-generalización del juicio (lo que no significa, desde luego, el desprecio de los elementos subjetivos), como a la adopción de la perspectiva «ex ante». Así, RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en SCHÜNEMANN y otros: «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», trad. Silva Sanchez, Madrid, 1991, pp. 81 y ss., afirma que: «La justificación sobre la base del principio del interés preponderante significa que el ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa porque valora más las posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad que le es inherente». (...) «...para la permisión de una conducta peligrosa en sí prohibida, carece de significado si ésta —contemplada desde una perspectiva ex post— se muestra idónea para la salvación o no; es decir, que no es relevante que se realicen las posibilidades de salvación generadas por ella y, de tal modo, se cree un valor de resultado que finalmente compense un desvalor de resultado existente. Más bien lo decisivo para el decaimiento de la antinormatividad de una conducta peligrosa en sí prohibida es, simplemente, que dicha conducta —contemplada desde una perspectiva ex ante— genere, según el saber empírico de nuestro tiempo, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos amenazados, y que el ordenamiento jurídico valore en mayor medida tales posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad inherente a la misma» (p. 88). Con mayor amplitud, recientemente, idem, *Rechtfertigungsgründe...*, cit., pp. 378 y ss. En el sentido del texto, también la doctrina dominante en nuestro país; véase, desde diferentes perspectivas, MIR PUIG, PG, cit., p. 498 y sg., CEREZO MIR, PG, II, cit., p. 15., COBO/VIVES, PG, cit., p. 357.

intimidación poniendo en peligro la salud o vida de las personas (68). En definitiva, una cosa son los criterios para medir la necesidad [que algunos autores reconducen a la idea de exigibilidad objetiva (69)], y otra bien distinta que, cuando el juicio objetivo «ex ante» muestre la innecesariedad de la gravedad de la conducta, se sostenga todavía la existencia de un verdadero «estado de necesidad». En este sentido, se podría sostener que la conducta innecesaria no cumple con el mandato legal del art. 8-7.º CP, pues en su realización el sujeto no se ve *impulsado* (objetivamente) por un estado de necesidad (70).

En conclusión, entiendo que la situación de necesidad es presupuesto ineludible de la eximente, tanto completa como incompleta. Si mediante el juicio objetivo «ex ante» se prueba que el Derecho no podía exigir una conducta menos lesiva, habrá justificación completa, de lo contrario, por la esencialidad del elemento, no cabrá ni siquiera la incompleta (71). Todo ello, claro está, partiendo de la base de que nos movemos en la categoría de la antijuricidad, pues no es, desde luego, descartable que razones de *exigibilidad subjetiva* fundamenten una causa de exculpación, plena o incompleta. Mas esto es, precisamente, lo que debe quedar fuera de duda: la aplicación de una eximente incompleta en supuestos donde falte la necesidad objetiva de la acción realizada, nos traslada al plano de la exculpación; ya no se trata de identificar un interés preponderante, sino de verificar si la situación subjetiva del sujeto permite la imputación con carácter individual de la conducta; ya no se trata de negar o graduar lo injusto, sino de negar o graduar la culpabilidad (72).

(68) En el sentido del texto, de gran interés la *STS de 23.12.1987 (Ar. 9876)*: «En el presente caso no aparece como probado esa «situación carencial límite que origina un conflicto actual o inminente que solamente puede resolverse haciendo presa en el patrimonio ajeno» y sí resulta probado la desproporción entre la situación de las dificultades económicas de los procesados y el hecho realizado: un robo con uso de arma de fuego que implica un ataque a valores como la vida, la integridad física y la libertad y seguridad de los demás de superior entidad de manera que excluye la apreciación de la eximente completa o incompleta.»

(69) Expresamente, PAREDES CASTAÑÓN, *Subsidiariedad...*, cit., pp. 119 y ss. También, nuestra jurisprudencia procede a tamizar el carácter absoluto del estado de necesidad a través del criterio de la exigibilidad: *SsTS de 9.12.1985 (Ar. 6008)*, *21.1.1986 (Ar. 163)* y *13.4.1987 (Ar. 2561)*: «Entendido todo ello con sanos y ponderados criterios atentos a la idea de exigibilidad, bastando el acreditamiento de que el sujeto, antes de decidirse por la drástica solución lesiva del bien ajeno, puso en práctica cuanto humanamente aparezca como exigible para salvar y preservar el bien propio en peligro.»

(70) Vid., BUSTOS RAMÍREZ, PG, cit., p. 217

(71) Entre otras muchas, véase, la *STS de 3.12.1987 (Ar. 9529)*.

(72) Resulta interesante constatar, cómo en la mayoría de supuestos en que nuestro Tribunal Supremo aprecia la eximente incompleta cuando no concurre verdaderamente la situación de necesidad acude al estado psicológico del sujeto: *SsTS de 26.3.1936 (Ar. 773)*, *13.3.1953 (Ar. 470)*, *2.2.1955 (Ar. 394)*, *9.12.1957 (Ar. 3241)*, *9.6.1959 (Ar. 2668)*, *31.1 y 11.2. 1964 (Ar. 1070 y 709)*, *2.3.1970 (Ar. 1074)* y *29.4.1971 (Ar. 1992)*.

2.2. Ponderación de males, disminución de injusto y eximente incompleta

La eficacia eximente de la circunstancia 7.º del art. 8 CP, viene condicionada a que el mal causado por la acción necesaria sea igual o menor a aquél que se trate de evitar. La naturaleza justificante del estado de necesidad no es cuestionada, a la luz del criterio del interés preponderante, en la medida en que el mal ocasionado suponga la puesta en peligro o lesión de intereses de un valor inferior a los que se pretendía proteger con la acción salvadora. Mas, cuando de la ponderación de intereses resulte una equivalencia valorativa, los fundamentos para la exención de la responsabilidad criminal no parecen encontrar un pacífico acomodo en las categorías tradicionales de la teoría jurídica del delito. Como es sabido, la doctrina mayoritaria entiende que el estado de necesidad por intereses equivalentes goza de eficacia exculpante, en la medida en que impide la afirmación de una culpabilidad penalmente relevante (73). Sin embargo, no faltan autores que mantienen en estos supuestos la naturaleza justificante de la eximente, bien sobre la base de diferenciar las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad en la eficacia motivadora del imperativo penal (74), bien en la declaración de un espacio libre de regulación jurídica (75). Por último, otro sector doctrinal explica la renuncia a la pena acuñando nuevas categorías dogmáticas, como son la responsabilidad por el hecho (76) y las causas de exclusión del injusto penal (77).

(73) Ya en ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, PG, Madrid, 1949, p. 266 (existe reedición de la segunda edición de esta obra, anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, en Ed. Akal / Iure, Madrid, 1986, p. 296); y RODRÍGUEZ MUÑOZ, en notas a la trad. del «Tratado de Derecho penal» de MEZGER, I, Madrid, 1955, pp. 450 y sg.

(74) GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuricidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 3 ed., Madrid, 1990, pp. 218 y ss; también, el mismo, en contestación a KÜPER, «Der entschuldigende Notstand —ein Rechtfertigungsgrund? —Bemerkungen zur Kriminalpolitischen «Einheitstheorie» Gimbernat Ordeigs—», JZ, 1983, pp. 88-95, *Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho penal*, en «Estudios...», cit., pp. 231 y ss.; id. *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht*, en ESER / PERRÓN, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, cit., pp. 71 y ss; en idéntico sentido, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, cit., pp. 243 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 311 y ss; con diverso fundamento, opta, no obstante, por la naturaleza justificante del estado de necesidad en todo caso, ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, en CPC, n.º 20, 1983, pp. 469 y ss.

(75) KAUFMANN, Arthur, *Rechtfreier Raum...*, cit., pp. 334 y ss.; con anterioridad, MAYER, H., *Strafrecht*, AT, 1953, pp. 189 y ss.

(76) En nuestro país, BACIGALUPO, *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, cit.; id., *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, cit.; le sigue, LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona, 1990, pp. 316 y ss.

(77) GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit...*, cit.; id. *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verrechtenssystem*, en ESER / FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, cit., pp. 363 y ss; id. *Die Klassifikation von Rechtfertigungsgründen*, en «Seminario hispano-alemán», Barcelona-Alcalá de Henares, 1990.

Desde luego, no es mi intención polemizar en este contexto sobre la configuración de la antijuricidad penal (78). Sin embargo, me parece necesario realizar una aproximación a los fundamentos que se alegan para excluir la responsabilidad penal en los supuestos de estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes. Ello, porque casi sin excepción aparece reiteradamente el argumento de la disminución de injusto. Resulta paradójico que previendo nuestro Código penal la figura de las causas de justificación incompletas, precisamente para los supuestos de una sensible disminución de injusto, la doctrina española opte, con contadas excepciones, por dotar de relevancia a esa disminución de injusto exclusivamente en sede de culpabilidad. Produciéndose en consecuencia un corrimiento de contenidos desde la antijuricidad hacia la culpabilidad que, amén de no encontrar una respuesta clara en nuestro sistema jurídico penal, pudiera enturbiar la capacidad explicativa y la necesaria diferenciación valorativa de los diferentes elementos del concepto jurídico de delito. Probablemente, la insatisfactoria respuesta que ofrece la categoría de la culpabilidad a la dismi-

(78) Notoriamente importante, por la labor de delimitación de las diferentes categorías que componen el concepto jurídico de delito, y, especialmente, por la adjudicación a cada una de ellas de las valoraciones, intereses y finalidades político-criminales que les son propias, Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad en derecho penal*, ADPCP, en prensa (se citan, con permiso del autor, galeradas). Este autor, acuña la terminología de injusto penal específico e injusto penal genérico, para referirse al contenido del injusto según se considere en el tipo o en la antijuricidad (pp. 64 y ss.). De este modo, entiende que: «Con todos sus elementos, el tipo pretende acotar del modo más preciso posible un comportamiento en su individualidad socio-valorativa, esto es, desconectado de cualesquiera otras circunstancias o perspectivas que, pese a serle próximas desde algún punto de vista, suponen añadirle nuevas referencias valorativas que desnaturalizarían su singularidad a tenor de las concepciones sociales. Todo ello permite la expresión del específico juicio de desvalor propio de esa conducta, y justifica la consideración del injusto típico como un «injusto específico». Referente decisivo en la delimitación de esa conducta específicamente desvalorada lo vuelve a ser en primer lugar el bien jurídico protegido, pero asimismo los modos y formas objetivos y subjetivos de realización del comportamiento lesivo o peligroso, y las reflexiones político-criminales específicas que se superponen a los elementos anteriores» (pp. 65-66). A continuación, resaltando la necesidad de un segundo estrato valorativo, afirma que: «Más allá de la especificidad del injusto típico, y ya en la categoría de la antijuricidad, entramos en otro nivel valorativo que, sin perder su función identificadora del injusto penal, va a introducir consideraciones axiológicas que se mueven en un plano más genérico. Tales reflexiones, en cualquier caso, se realizan en estrecha conexión con el injusto específico configurado en el tipo correspondiente, cuya concreta formulación fáctica y valorativa sigue constituyendo el núcleo y punto de referencia fundamental. (...). «Setrata de comprobar si el injusto específico, ya plenamente constituido en el tipo, no es neutralizado, compensado, por ese otro conjunto de consideraciones valorativas procedentes de un nivel más genérico. Los instrumentos encargados de aportar tales contenidos son las causas de justificación. (...). «Ese análisis de la conducta en todo su contexto, atento al entrecruzamiento de bienes jurídicos y de intereses de origen penal y extrapenal, es la función primordial de la antijuricidad» (pp. 66-67). Como más adelante veremos, la antijuricidad también ejerce funciones de graduación del injusto penal genérico.

nución de injusto, es el punto de partida de las elaboraciones que tienden a resolver el problema en sede de antijuricidad o en categorías cercanas a ella. Mas, en todo caso, se pretende fundamentar la exclusión del castigo. Actitud, en cierta medida más explicable en ordenamientos jurídicos donde no existe un tratamiento jurídico-penal expreso para la disminución de injusto en supuestos de ausencia de alguno de los requisitos legales exigidos para la justificación plena. En este sentido, la no apelación en la doctrina española al art. 9-1.º CP sólo puede responder a una distorsión germanizante del debate. En definitiva, a continuación se pretenderán individualizar aquellos supuestos de estado de necesidad en los que la ponderación de interés (79) no arroje como resultado la justificación plena de la conducta, dejando subsistente en todo caso la posibilidad de acudir a la apreciación incompleta de la eximente.

2.2.1. Mal causado mayor que el que se trataba de evitar.

No cabe duda que cuando el mal causado es mayor no es posible justificar la acción necesaria. Sencillamente, porque la ponderación de intereses en juego no califica de preponderantes a los aportados por aquella. Mas esto significa, solamente, que no se dan en su totalidad los elementos exigidos por la ley para justificar la conducta. Ello no cierra el paso automáticamente a la justificación incompleta. Antes bien, lo lógico será su apreciación, siempre y cuando el resto de elementos presentes puedan hacer disminuir considerablemente el desvalor jurídico-penal expresado en el injusto típico. La cuestión no puede resolverse mediante un pronunciamiento apriorístico sobre el carácter esencial o inesencial del requisito de la causa de justificación (80). En efecto, el estado de necesidad se basa en una situación de conflicto de intereses en la que la salvación de unos sólo es posible mediante el sacrificio de los otros. Por tanto, la propia situación de necesidad y el conocimiento y voluntad del sujeto de actuar en el seno de la misma, son elementos difícilmente prescindibles a la hora de apreciar la eximente, también en su forma incompleta. Sin embargo, una desproporción en el mal causado que no consiga superar el que se trataba de evitar puede fundamentar perfectamente la justificación incompleta. Para

(79) Las posibles hipótesis de eximente incompleta referidas a los requisitos segundo («Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto») y tercero («Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse») del estado de necesidad se verán más adelante.

(80) Contrariamente, parece partir de una incuestionable naturaleza esencial del requisito, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, ADPCP, 1982, pp. 663 y ss., especialmente, p. 688.

ello es necesario que se constate una sensible disminución de injusto, lo que ocurrirá cuando la diferencia valorativa entre los males no sea excesiva. Es decir, cuando la desproporción no impida afirmar que el desvalor de acción y el desvalor de resultado de la conducta «necesaria» ha disminuído. Cuando la conducta del sujeto responde a la voluntad de salvar un interés positivamente valorado por el ordenamiento jurídico, y objetivamente se adecúa a ello, la disminución del injusto es innegable, siempre que la desproporción entre los males no vaya más allá de lo razonablemente exigible para mantener la presencia de la propia situación de necesidad.

En conclusión, *la ausencia del requisito primero del art. 8-7.º CP no impide en todo caso la apreciación de la justificación incompleta* (81). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, explícita o implícitamente, niega tal posibilidad. Por un lado, los que entienden que la naturaleza esencial del requisito fundamenta su posición, yerran al no detectar una considerable disminución de injusto, verdadera ratio de la eximente incompleta en sede de justificación. Por otro lado, también se equivocan, a mi juicio, aquellos que aún reconociendo la disminución del desvalor del injusto penal, no traducen sus efectos en el ámbito de la antijuricidad. Contrariamente, desplazan las repercusiones de la disminución de injusto a la categoría de la culpabilidad. De esta forma, reconocerán la presencia de un estado de necesidad *exculpante* incompleto, siempre y cuando se constate, además, que la capacidad del sujeto de obrar de acuerdo con las exigencias del Derecho estaba realmente disminuía (82).

Es evidente, sin embargo, que la disminución de injusto por ausencia de algún requisito no esencial de las causas de justificación debe proyectar sus efectos ya en el juicio de antijuricidad, posibilitando la afirmación de la justificación incompleta. *No existen argumentos dogmáti-*

(81) Claramente, distinguiendo diferentes hipótesis, QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, PG, cit., pp. 485-486 : «a) si el bien lesionado es desproporcionada o claramente superior en valor no es aplicable ni la eximente completa ni la incompleta. b) Si el bien lesionado es de mayor valor pero ha existido un error en la valoración podemos estar ante un caso de error sobre los presupuestos de una causa de justificación (art. 6 bis a) CP). Si el valor es mayor y la lesión ha sido consciente, la apreciación de la eximente incompleta será posible siempre que no se trate de una desproporción inaceptable...». Asimismo, entienden que «...la falta de proporción o exceso en el mal causado puede dar lugar al estado de necesidad imperfecto», las SsTS de 5.2.1974 (Ar. 380), 22.4. y 25.10.1983 (Ar. 2300 y 4794), 15.2.1985 (Ar. 960), 3.12.1987 (Ar. 9529), entre otras. Precisamente, para estos casos donde se sobrepasa el límite de la equivalencia de los intereses contrapuestos, HIRSCH, *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, en ESER / PERRÓN, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, cit., p. 45, propone, de lege ferenda, una disminución de la pena, si bien, a su juicio, fundamentada en una menor culpabilidad.

(82) Así, CEREZO MIR, PG, II, cit., p. 112.

cos para condicionar la eficacia de la disminución de injusto a razones de inexigibilidad (83).

2.2.2. Equivalencia valorativa de los intereses en conflicto

El estudio de los supuestos de estado de necesidad por colisión de intereses, más o menos, equivalentes, desborda ampliamente los límites de este trabajo. Téngase en cuenta que, incluso, en torno a estas constelaciones se han llegado a fracturar las configuraciones tradicionales de los dos juicios valorativos básicos del concepto de delito: la antijuricidad y la culpabilidad. Así, desde la perspectiva de su exclusión, es sabido que se distingue entre causas de justificación y meras causas de exclusión de la ilicitud, en función de que las mismas supongan una valoración positiva o simplemente una declaración de licitud, no prohibición o tolerancia de la conducta por parte del ordenamiento jurídico. Asimismo, en el ámbito de la culpabilidad se habla de causas de inculpabilidad y de meras causas de exculpación (o inexigibilidad) (84).

Las cuestiones que pretendo desarrollar en este apartado se contraen a fines más modestos. En especial, se tratará de dilucidar si existen supuestos en el seno del estado de necesidad por colisión de intereses, más o menos, equivalentes que, por carecer de una suficiente fundamenta-

(83) Por ello, lleva razón DIEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., cuando afirma que: «En la antijuricidad tienen su sede una serie de elementos que, suponiendo una graduación del injusto penal, se mueven sin embargo en el ámbito del injusto genérico. Sin duda aquí hay que incluir a las causas de justificación incompletas e incompletas análogas.» (p. 73). Y añade, «La presencia de todos estos elementos hace que el contenido valorativo autónomo de la antijuricidad no se agote en la revalidación de la ilicitud penal de la conducta típica por medio de su transformación en injusto penal genérico, sino que asuma igualmente funciones adicionales como es la de graduar tal injusto penal genérico.» (pp. 74-75). Sin embargo, lo afirmado en el texto no significa que la disminución de injusto carezca siempre de relevancia en el juicio de culpabilidad. Sin duda, cuando dicha mitigación del injusto sea insuficiente para fundamentar la justificación incompleta, podrá coadyuvar si existen datos, además, para demostrar una disminución de la capacidad del sujeto para adecuar su conducta al mandato normativo, a configurar una causa de exculpación incompleta. Desgraciadamente, el principio de legalidad impide, al situar el límite de la exención en la equivalencia de intereses, que la disminución de injusto presente en el supuesto de exceso en el mal que se causa juegue papel alguno en una hipotética exención de la responsabilidad criminal, por lo menos en lo que se refiere al estado de necesidad exculpante.

(84) Véase, desde una perspectiva crítica, ROXIN, C., *Rechtfertigungs—und Entschuldigungs—gründen in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, en ESER / FLETCHER, «Rechtfertigung und Entschuldigung», I, cit., pp. 231 y ss., especialmente, 237-238 y 243 y ss.

ción justificante y exculpante, deben ser reconducidos a la disciplina de las eximentes incompletas.

La interpretación tradicional que viene realizando la doctrina mayoritaria sobre la naturaleza jurídica de la eximente recogida en el art. 8-7.º del CP se pliega a la teoría de la diferenciación (85). De esta forma, se apuesta por su naturaleza justificante cuando el juicio de ponderación de bienes se inclina a favor de los representados por la acción necesaria, reduciéndose su eficacia al ámbito de la exculpación cuando los bienes en conflicto presentan una equivalencia valorativa. Esta configuración diferenciadora del estado de necesidad es errónea, esencialmente, por dos razones: 1.º. Por partir de una raquílica ponderación de intereses; 2.º. Porque la equivalencia valorativa de dos o más bienes jurídicos en conflicto no supone, por sí misma, argumento alguno que pueda fundamentar la exculpación de la conducta.

En efecto, la ponderación sobre la base de los bienes jurídicos es insuficiente. Como se ha señalado (86), la ley compara «males», no bienes, lo cual supone, evidentemente una ampliación de los términos de la comparación. La ponderación de los males no es más que el reflejo de la ponderación de los intereses que el Derecho pretende tutelar (87). Por tanto, el juicio de ponderación debe nutrirse de valoraciones jurídicas —no de «consideraciones ético-sociales», que, por otra parte, están presentes en las valoraciones jurídicas—, cobrando entonces especial importancia las contenidas en el texto constitucional, de cuyo carácter normativo deriva la obligatoriedad de su apreciación. Además, en el plano estrictamente penal, debe tenerse en cuenta no sólo la importancia de los bienes jurídicos en cuestión, sino también el grado de peligro que les amenaza, su reparabilidad o irreparabilidad, y, en términos generales, todos aquellos factores jurídico-penales que contextualicen e individualicen en toda su complejidad la confrontación (88). Desde luego, comparto la opinión de que el injusto típico que se pretende justificar encierra, además del mal que supone la puesta en peligro o lesión del bien correspondiente, el mal que representa la perturbación del orden jurídico (89). Por último, entiendo que la naturaleza de la justificación permite permeabilizar la ponderación a intereses político-crimi-

(85) Un análisis de la doctrina española puede encontrarse en, ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad y colisión de intereses*, cit., pp. 469 y ss.; también, exhaustivo, CEREZO, PG, II, cit., pp. 24 y ss.

(86) CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas...*, cit., pp. 184-185.

(87) Vid., por todos, CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 58 y ss.

(88) Véase, CEREZO, PG, II, cit., p. 21.

(89) Ya hemos visto (supra, nota n.º 77) cómo la justificación debe de contrarrestar el desvalor de la conducta expresado en el tipo. Considera necesario tomar en cuenta la perturbación del orden jurídico en la ponderación, MIR PUIG, PG, cit., p. 500.

nales que, esencialmente, se encuentran recogidos en la propia regulación legal de las eximentes (90).

En resumen, objeto jurídico de protección no es equiparable a interés o intereses que se encuadran bajo el concepto de «mal» utilizado en la eximente de estado de necesidad (91).

La segunda razón por la que la tradicional teoría de la diferenciación no es aceptable alude a su deficiente fundamentación dogmática. En el supuesto de colisión de bienes equivalentes, ante la imposibilidad de individualizar uno preponderante, se afirma la naturaleza exculpante de

(90) A este respecto, resultan significativas las siguientes palabras de ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, trad. de Bustos Ramirez y Hormazábal Malarée, Barcelona, 1992, p. 62: «...las causas de justificación plantean el hecho en el contexto social y tratan conflictos de intereses que resultan de la interacción social (por ejemplo, entre agresor y defensor, entre uno que salva y el que debe sacrificar su propiedad al fin del salvamento, entre el Estado perseguidor penal y el ciudadano que ha caído en sospecha). Esta colisión inevitable de intereses hay que solucionarla conforme a principios de orden social (como por ejemplo el principio de protección y el de mantenimiento del derecho) de modo que el resultado sea ajustado lo más posible a las ideas directrices político criminales.» No es este el lugar para abordar con la profundidad que merece la posible conveniencia de introducir contenidos político-criminales en las causas de justificación. Firme partidario de la misma, en nuestro país, DÍEZ RIPOLLES, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., pp. 89 y ss: «No hay, por consiguiente, motivos para limitar el contenido de la justificación a una confrontación entre bienes jurídicos a la luz de su jerarquía en una apriorística ordenación valorativa, ni siquiera si ésta se relativiza atendiendo a las circunstancias del caso concreto. El paso, aceptado mayoritariamente por la doctrina, de la mera ponderación de bienes a la ponderación de intereses no supone, a mi juicio, simplemente prestar atención a las diferentes concreciones de los bienes colidentes en la situación aislada, sino que implica igualmente introducir criterios de conveniencia en la verificación del injusto penal genérico a través de la justificación.» (p. 91). Más discutible, sin embargo, la aplicación concreta de este criterio en el ámbito de las indicaciones en el delito de aborto, en el sentido de que su aportación es imprescindible para afirmar la naturaleza justificante de las mismas; vid., DÍEZ RIPOLLES, *El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica*, en «Comentarios a la legislación penal», IX («La reforma del delito de aborto»), Madrid, 1989, pp. 69 y ss.

(91) El análisis de los intereses confrontados que subyace a la ponderación de los males, debe partir, sin duda, de su posible reconocimiento constitucional. No es correcto, por tanto, proceder a una ponderación a partir del grado de tutela dispensado, exclusivamente, por nuestro texto punitivo. De tal forma que se concluyera, a mayor pena, mayor valor. Así, la vida humana sería un bien superior, en todo caso, a la salud individual o a la libertad. Las conclusiones a las que se llegaría serían inaceptables, pues, se tendría que justificar, por ejemplo, la conducta del médico que para salvar la vida de un paciente procede a la extracción, sin su consentimiento, de un órgano no vital de otro paciente (sin entrar en otras ponderaciones a las que nos llevaría la lógica mencionada: piénsese, en que ocurriría si tuvieramos que valorar el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos en función de la pena prescrita en el art. 394.4.º CP). La referencia constitucional es, pues necesaria, tanto si se trata de derechos positivamente reconocidos como fundamentales, cuanto si su reflejo se limita a simples derechos constitucionales. No me parece correcto, sin embargo, excluir de la ponderación el principio rector interpretativo de la dignidad humana, con el argumento, esgrimido por CEREZO, PG, II., cit., p. 32, de que se trata «...de un principio material de justicia, de validez a priori, que representa un

la exigente sobre la base de la inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho. Ciertamente, tal posición sólo puede responder a un acto de fe o a una interpretación voluntarista de los términos legales. Pues, lo cierto es que el criterio de la inexigibilidad debe suponer, de una u otra forma, una distorsión en el proceso motivacional o decisorio del sujeto a la hora de realizar la conducta, de tal forma que impida o dificulte considerablemente su capacidad de actuar en consonancia con los man-

límite inmanente al Derecho positivo». En consecuencia, para el autor: «el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana» (p. 32). Cuando entran en colisión derechos fundamentales (también en otros supuestos, pero especialmente en estos), la exclusión de la dignidad humana en la ponderación conduce a afirmar la primacía de uno o varios de ellos sobre la base de criterios tan débiles como su propia ordenación sistemática (CEREZO, ob.cit., p. 31: «...el derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales de la Sección 1.º del Capítulo segundo del Título I.»). La cuestión, sin embargo, es mucho más compleja. Deben de distinguirse tres niveles en las declaraciones de nuestra Norma fundamental: en su art. 1.º se proclaman valores superiores del ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; en su art. 10-1 se prescribe que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social; por último, la sección 1.º del capítulo segundo de su Título I reconoce un catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas. Pues bien, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana presidiendo el catálogo de derechos fundamentales, la convierten en la pieza clave para la articulación normativa de éstos con los valores superiores del art. 1-1 CE. De tal forma que, como reconoce la doctrina constitucional dominante, la proclamación de la dignidad de la persona impone una configuración neopersonalista de las relaciones individuo-sociedad, esto es, sitúa a la persona libre como núcleo del sistema social: Véase, entre otros, GARCIA HERRERA, M.A., *Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, RFDUC, n.º 2, Madrid, 1979, pp. 95 y ss.; LUCAS VERDU, p., *Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, RFDUC, n.º 2, cit., pp. 9 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Derechos y deberes fundamentales*, en «Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978», II, Madrid, 1984, pp. 17 y ss. En esta medida, como he sostenido en otro lugar, «...la dignidad de la persona aparece como inspiración y fundamento de los derechos fundamentales (...), se materializa en los derechos constitucionales inviolables, precisamente por ser inherentes a la propia dignidad (...), y se configura como un principio dinámico de tutela que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales». En conclusión, «...la clave de bóveda en la interpretación del alcance y límites de protección de los derechos fundamentales es el entendimiento de los mismos como realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de la persona» (en VALLE MUÑOZ, J.M., *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, CPC, n.º 37, 1989, pp. 166-167; también, VALLE MUÑOZ / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y derecho penal*, en Poder Judicial, 1992 (en prensa); una lectura neopersonalista del texto constitucional ha sido desarrollada ya con acierto en el ámbito de los derechos de la personalidad, por MORALES, F., *La tutela penal de la intimidación: privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 94 y ss.; id., *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC, n.º 36, 1988, pp. 663 y ss.; también, CARBONELL MATEU, J.C., *Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida. Dues Qüestions: suïcidi i avortament*, Lección inaugural del Curso 1989 / 1990, publicado por la Universitat de les Illes Balears, 1989, especialmente, pp. 3-6.).

datos o prescripciones que derivan de la norma penal. Lo que, sin duda, no tiene por qué producirse por el simple hecho de que los bienes jurídicos en cuestión sean equivalentes (piénsese en supuestos donde los bienes carezcan de una naturaleza personal), ni mucho menos cuando de lo que se trata es de salvar un bien jurídico ajeno mediante la destrucción de otro bien perteneciente a un extraño, esto es, en supuestos de auxilio necesario (92).

Lo único que realmente se puede afirmar sobre la colisión de intereses equivalentes en una situación de necesidad, es que existe una disminución de injusto, tanto desde la perspectiva del desvalor de acción como del desvalor de resultado. Ahora bien, y este es el fondo de verdad de la teoría diferenciadora, esta disminución de injusto supone, también, una disminución de la culpabilidad, en la medida en que ésta va siempre referida al injusto cometido. Lo que ocurre, es que la culpabilidad sigue siendo penalmente relevante, exactamente igual que lo es el injusto, aunque su gravedad haya experimentado una sensible reducción. Para fundamentar la exculpación, será necesario demostrar una inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho. Para ello, sin duda, puede ser importante la existencia de una colisión de intereses irresoluble de forma menos gravosa, siempre y cuando la naturaleza de dichos intereses pueda afectar de manera notable al elemento culpabilístico. Lo que normalmente ocurrirá, tal y como prescribe el parágrafo 35 del StGB alemán, cuando se trate de la vida, integridad física o libertad. Y, desde luego, en supuestos de auxilio necesario, sólo se podrá cuestionar la exigibilidad si además existen entre el auxiliador y el auxiliado lazos de parentesco u otros de similar intensidad.

En cualquier caso, debe quedar claro, de una vez por todas, que el parágrafo 35 del StGB alemán no regula el estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes, y, en consecuencia, no supone argumento alguno en apoyo de la peculiar interpretación de la teoría diferenciadora en nuestro país. En efecto, el citado parágrafo no exige una equivalencia de intereses en conflicto, antes bien, supedita la exclusión de la responsabilidad criminal a una disminución de la culpabilidad hasta el límite de lo penalmente irrelevante. Para lo que el legislador considera suficiente (y esto es otra cuestión) que en la situación de necesidad se halle en juego la salvaguarda de intereses personales como la vida, integridad

(92) En este sentido, puede afirmar HIRSCH, *Die Stellung von Rechtfertigung...*, cit., p. 49, que: «...son superados los confines de la posible excusa cuando un legislador, en el ámbito del estado de necesidad, pierde enteramente de vista el punto de referencia constituido por el impulso motivacional y considera no indispensable la delimitación de la persona afectada por una situación de necesidad, o de otra próxima a ella.» Sobre una interpretación restrictiva del estado de necesidad exculpante, en nuestro país, CEREZO, PG, II, cit., 34-36.

corporal o libertad; si bien, cuando se trate de auxilio ajeno deberá constar la existencia de una relación de parentesco o análoga. El fundamento de la renuncia al castigo será, a juicio de la doctrina dominante, una doble disminución de la culpabilidad: por una parte, y en la medida en que la culpabilidad va referida al injusto cometido, se deriva de la reconocida disminución de injusto presente en la conducta necesaria; por otra, la naturaleza de los intereses que se pretenden proteger y, en su caso, la especial relación entre auxiliador y auxiliado, fundamentan una sensible reducción de la exigibilidad de comportamiento adecuado a Derecho (93). En consecuencia, y esto me parece de suma importancia, el Código penal alemán no contiene una regulación positivizada de los supuestos de estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes. A continuación, se intentará demostrar que nuestra legislación ofrece mediante el reconocimiento de las causas de justificación incompletas una de las respuestas más adecuadas a tales supuestos.

La confrontación de los intereses en conflicto puede arrojar como resultado, sin duda, la ausencia de un desequilibrio valorativo apreciable. Ello significa, sencillamente, que la valoración de los intereses aportados por la justificación no logra destruir la carga negativa que supone la realización de la conducta típica. El levantamiento de la prohibición que la justificación pretende mediante la enervación de la desvalorización del tipo no se logra. Como afirma Díez Ripollés (94), «en un supuesto de equilibrio valorativo no existen aún argumentos suficientes, si verdaderamente es cierto que el punto de partida y referencia de la justificación es el injusto específico del tipo y no reflexiones más generales sobre la consideración de la conducta por el Derecho, para dejar de proteger el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por aquél.». Ahora bien, *el rechazo de la justificación no significa que el juicio de antijuricidad permanezca inalterado*, y que, en consecuencia, las repercusiones dogmáticas se proyecten sobre la culpabilidad, afirmando un estado de necesidad exculpante, apelando bien al propio art. 8-7 del CP, bien a la eximente de miedo insuperable o a una analógica (95). Para ello sería necesario aportar argumentos de inexigibilidad. Ciertamente, la situación de conflicto de intereses equivalentes (cuando el

(93) Vid, por todos, JESCHECK, AT, cit., pp. 429 y ss. Aún cuando autores tan relevantes como ROXIN, entienden que la ausencia de pena prescrita en el parágrafo 35 del StGB no puede fundamentarse en la no presencia de una culpabilidad penalmente relevante. Antes bien, a su juicio, el fundamento de la exención debe verse en la falta de «responsabilidad», por ausencia de necesidad preventivo general y especial de pena. Por citar sólo las más recientes, véanse, ROXIN, *Die notstandsähnliche Lage —ein Strafunrecht— ausschliessungsgrund ?*, en Oehler-FS, 1985, pp. 181 y ss.; id., *Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB*, en JA, 1990, pp. 97 y ss., y 137 y ss, especialmente, pp. 97-99.

(94) Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., pp. 68-69.

(95) Así, MIR PUIG, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8,7.º CP*, en Libro Homenaje al Prof. Perez-Vitoria, Barcelona, 1983, pp. 501 y ss., especialmente, 506 y ss.

mal sea mayor, aún cuando podrían encontrarse también argumentos de exculpación, el principio de legalidad impide la exclusión de pena, mas no la exculpación incompleta, o incompleta análoga) puede ser un idóneo punto de partida, al que deberán sumarse otros condicionantes que impidan o dificulten gravemente la realización de una conducta adecuada a Derecho.

En sede de antijuricidad se aprecia, claro está, una disminución de injusto, producto de la presencia objetiva y subjetiva de la situación de necesidad, es decir, producto de la presencia de los elementos esenciales de la causa de justificación. Si esto es así, entonces lo correcto será aplicar la regulación que para las eximentes incompletas contemplan los arts. 9-1.º y 66 de nuestro CP.

2.3. *Provocación intencional de la situación de necesidad y eximente incompleta (96)*

El art. 8-7.º CP condiciona la apreciación de la eximente de estado de necesidad a que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Incluso, algún autor ha sostenido que la presencia de una provocación intencional del conflicto supondría la negación de la propia esencia de la eximente y, en consecuencia, la imposibilidad de aplicar, también, su forma incompleta (97). Tan sólo desde el fundamento a que pudiera responder el condicionante apuntado, podrá contestarse convincentemente la cuestión planteada.

La interpretación doctrinal del requisito segundo del art. 8-7.º CP es, en términos generales, pacífica. Así, la provocación debe tener por objeto la situación de conflicto, no bastando la creación de un peligro. Es decir, «...dicha *situación* equivale a la colisión entre dos bienes jurídicos en la que la salvación de uno requiere el sacrificio del otro» (98). Por lo que respecta al término *intencionadamente*, se entiende

(96) El análisis individualizado de las diferentes hipótesis de eximente incompleta sobre la base del fundamento y requisitos de cada uno de los elementos del estado de necesidad, no supone pronunciamiento alguno en contra de la admisibilidad de la justificación incompleta cuando sean varios (y no solamente uno) los presupuestos ausentes. Antes bien, la letra de la ley parece permitir lo contrario (art. 9-1.º CP: «...cuando no concurren los requisitos necesarios...»). No obstante, sobre la cuestión nos pronunciaremos en las consideraciones finales de este trabajo.

(97) ASÍ, CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, cit., p. 302; entiende que nuestra jurisprudencia se inclina a conceder una relevancia esencial al requisito y, por tanto, «...si concurrir dicha provocación no cabe aplicar tampoco la eximente incompleta.», GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica...* PG, cit., p. 382.

(98) CÓRDOBA RODA, ob.cit., p. 297. En idénticos términos la doctrina absolutamente dominante.

que hace referencia a la forma dolosa del comportamiento, en todas sus modalidades. La provocación imprudente, por tanto, resulta amparada por el estado de necesidad. Si bien, puede subsistir responsabilidad penal derivada de la previa infracción de la norma de cuidado, siempre y cuando se demuestre la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado a la negligencia inicial (teoría de la *actio illicita in causa*) (99). Por último, reina acuerdo en entender que el sujeto al que se refiere la letra de la ley, es el que actúa impulsado por un estado de necesidad (100). Queda amparado por la eximente, por tanto, el auxilio a un tercero provocador intencional de su propia situación de necesidad.

Ahora bien, lo que realmente nos interesa en el contexto de este trabajo, es desentrañar el fundamento que anida en la exigencia legal de que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Desde luego, la respuesta más radical sería vincular este requisito al presupuesto esencial de la eximente: la situación de necesidad. De tal forma que la provocación intencional supusiera el cuestionamiento del propio estado de necesidad (101). Sin embargo, ni desde una interpretación gramatical de los términos legales, ni desde una teleológica se puede negar que el conflicto de intereses subsiste, aún cuando el mismo haya sido provocado intencionalmente.

Por otro lado, también puede verse el fundamento del requisito en una especial exigibilidad de obediencia al Derecho por parte de quien provocó la situación de necesidad. Mas esta posición, que claramente desplaza el fundamento hacia argumentos culpabilistas, podría explicar tan sólo el rechazo del estado de necesidad exculpante, pero dejaría indemne al justificante. Tal interpretación, probablemente, tendría más posibilidades de éxito si estuviera vigente en nuestro país el StGB alemán. Pues, en efecto, el § 35 excluye el estado de necesidad exculpante cuando el que actúa «...haya causado personalmente el peligro...» (102). Mas lo cierto es, que el art. 8-7.º CP impide la aplicación plena de la eximente, sea justificante, sea exculpante, cuando el sujeto provocó intencionadamente el conflicto de intereses.

Otro sector doctrinal, entiende que el requisito de la no provocación podría derivar de la exigencia de una «adecuación objetiva» de la

(99) Ya, GIMBERNAT, *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho penal español*, en «Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención», Valencia, 1975, pp. 124 y ss.; en la actualidad, doctrina mayoritaria; véase, desde diferentes perspectivas metodológicas, MIR PUIG, PG, cit., pp. 505-506; CEREZO, PG, II, cit., p. 43.; COBO / VIVES, PG, cit., p. 397.; una ejemplificación detallada de diferentes supuestos en SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad...*, cit., pp. 684-686.

(100) CÓRDOBA RODA, Ob. cit., p. 301.

(101) Vid., supra, nota n.º 96.

(102) Vid., por todos, JESCHECK, PG, cit., pp. 664 y ss; no obstante, discrepa, ROXIN, *Der entschuldigende Notstand...*, cit, pp. 137-138.

conducta salvadora (103). Es decir, en palabras de Silva Sánchez, «se trataría, pues, de que, para la exención completa por el art. 8,7.º C. P. no basta con causar un mal menor o igual que el que se pretende evitar, sino que se precisa, además, una adecuación objetiva de la conducta del sujeto a Derecho, adecuación que falta en los casos en que él mismo ha provocado intencionadamente la situación de necesidad» (104). A mi juicio, la interpretación del requisito segundo del art. 8-7.º CP sobre la base de una pretendida cláusula de adecuación puede presentar dos inconvenientes. Primero, que tal pretensión carecería de una base legal clara, por más que el & 35 del StGB exija para justificar la conducta por estado de necesidad «...que el hecho sea adecuado para desviar el peligro.» En segundo lugar, desde una perspectiva material, no alcanzo a comprender el por qué la adecuación objetiva de la conducta para salvar el interés preponderante se ve condicionada por el hecho de que el sujeto haya provocado, con anterioridad, la situación amenazante.

Lo único cierto es que nuestro Código penal condiciona la aplicación de la eximente, en cualquiera de sus formas, a la ausencia de provocación intencional. A mi juicio, el único elemento de la eximente que afecta tanto a su capacidad justificante como exculpante, es la ponderación de los intereses en juego. Por ello, el requisito segundo debe vincularse a dicha ponderación. Podría decirse que, incluso en una amplia ponderación de intereses, teniendo en cuenta también la provocación, los salvaguardados pudieran presentar una mayor valoración que los lesionados (105). Lo que ocurre es que, por imperativo legal, esta conclusión no es posible. Es decir, *el legislador resuelve el resultado de la ponderación a favor de los intereses lesionados o puestos en peligro cuando el propio sujeto ha provocado intencionadamente el estado de necesidad.*

Interpretado así el requisito, pueden entenderse sin dificultad las consecuencias que su ausencia provoca. No cabrá justificar la conducta porque los intereses aportados por la causa de justificación no logran contrarrestar los negativos inherentes a la conducta típica. No cabrá, tampoco, una plena exculpación por estado de necesidad, porque la ley marca el límite para su apreciación en la equivalencia de intereses; presupuesto objetivo que, junto con los necesarios argumentos de inexigibilidad, puede marcar el nivel de la culpabilidad penalmente irrelevante. *La provocación intencional, entonces, nos aboca a la causa de justificación incompleta, en la medida en que no niega la existencia de la situa-*

(103) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad...*, cit., pp. 683 y ss.; no tan claramente, MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 509.

(104) SILVA SÁNCHEZ, *Ob.cit.*, p. 683.

(105) ROLDÁN BARBERO, *Estado de necesidad...*, cit., p. 523; en el mismo sentido, CEREZO, PG, II, cit., p. 44.

ción de necesidad que, junto con el resto de elementos esenciales, permite una graduación del injusto típico.

2.4. *La obligación de sacrificio como interés objeto de ponderación*

El art. 8-7.º de nuestro Código penal, condiciona la eficacia eximente del estado de necesidad a que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Como correctamente ha entendido la doctrina, nos encontramos ante un deber jurídico derivado del ejercicio de un oficio o cargo (106). El acuerdo doctrinal se mantiene a la hora de determinar los efectos jurídico-penales de la realización de una conducta necesaria por quien tiene obligación de sacrificio: apreciación de la eximente incompleta. Lo que no parece tan claro es el fundamento de tal consecuencia.

En efecto, se podría entender que estamos ante una especial cláusula de exigibilidad dirigida a determinados sujetos, en función de una situación jurídica especial. Esta es la posición mayoritaria en la dogmática alemana, consecuencia lógica de que tal requisito se exiga sólo en el seno del denominado estado de necesidad exculpante (& 35 StGB). Mientras que la realización de una acción por estado de necesidad con ausencia de obligación de sacrificio, permite la renuncia al castigo por inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho, dada la doble disminución que soporta la culpabilidad por el hecho, el deber de soportar el conflicto de intereses modifica sustancialmente el contenido de injusto y de culpabilidad (107). De tal forma que la reducción de esta última no alcanza el límite de lo penalmente irrelevante.

Sin embargo, nuestra legislación, conviene no olvidarlo, somete a este requisito también al estado de necesidad justificante. Esto significa, sencillamente, que debe buscarse una respuesta a su fundamento en sede de antijuricidad. En el seno de la eximente que nos ocupa, la renuncia a la justificación ante la presencia de un deber de sacrificio, sólo puede

(106) Vid, por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, I, cit., pp. 302 y ss.

(107) En este sentido, afirma JESCHECK, PG, I, cit., p. 667, que: «A las personas a las que se imponen deberes de aquella naturaleza por virtud de su profesión se exige el dominio del instinto de conservación incluso cuando amenaza peligro para su vida, porque la comunidad ha de confiar en las mismas precisamente bajo tales circunstancias. Si el autor comete el hecho a que le impulsa el estado de necesidad, lo injusto de la acción experimentará una elevación esencial en comparación con los casos normales de estado de necesidad, por la existencia del deber jurídico, especialmente importante para la comunidad, de sacrificarse. También será más grave la culpabilidad del que sucumbe a tal situación, pues ante el deber jurídico de arriesgar la propia persona, determina una disculpa menor el motivo de la autosalvación.» Una fundamentación diversa del castigo en los supuestos de existencia de una relación jurídica especial, véase en, ROXIN, *Der entschuldigende Notstand...*, cit., pp. 137-138; de especial interés, en torno al alcance de la misma, pp. 138-139.

explicarse por una modificación de los términos de la ponderación de intereses. Para ello, estimo que no es preciso recurrir a la ficción de una inexistente, en nuestro Derecho, cláusula de adecuación (108), basta con entender que el legislador ha tomado partido en la determinación del interés preponderante (109). Sin duda, porque la existencia del deber de sacrificio aporta a la ponderación una serie de intereses, derivados del ejercicio de determinadas profesiones o cargos, extremadamente importantes para la comunidad. Abona esta interpretación, el hecho de que el deber de sacrificio no deba entenderse de modo absoluto. De forma que el mismo cedería, y en consecuencia sería apreciable la eximente plena, cuando resultare inútil, e incluso, cuando los intereses subyacentes al deber presentaren una desproporción considerable en favor de los salvaguardados por la conducta impulsada por un estado de necesidad.

En definitiva, el deber de sacrificio modifica el contenido de injusto de la conducta, impidiendo la justificación del comportamiento. Lo que no es óbice para apreciar una graduación en la antijuricidad penal, a la que nuestro Derecho impone la regulación de las causas de justificación incompletas. Cuando el deber de sacrificio, no obstante, arroje como resultado de la ponderación una escasa disminución de injusto, cabrá negar la justificación incompleta (aún, cuando probablemente no la incompleta analógica). En estos supuestos, habrá que indagar todavía si ese deber de sacrificio no impide una sensible disminución de la culpabilidad por el hecho y, en consecuencia, apreciar la forma incompleta del estado de necesidad exculpante.

III. CONSIDERACIONES FINALES.

El estudio de las causas de justificación incompletas de legítima defensa y estado de necesidad nos puede proporcionar, a mi juicio, los presupuestos teóricos básicos para afrontar con homogeneidad la solución

(108) Resulta significativa, en este sentido, la posición de SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad...*, cit., pp. 686.; quien, a pesar de explicar el fundamento de este requisito a través de una pretendida «cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho» (p. 687), no consigue, a mi juicio, dotarla de un contenido ajeno a la ponderación de intereses, ni en el momento de su configuración (p. 688), ni, desde luego, en el de la determinación de los efectos de su apreciación (pp. 688-689). Incluso, llegando a sostener una modificación tal de la ponderación que, en determinados supuestos, supondría la inaplicación, también, de la forma incompleta de la eximente (p. 688); si bien, esto último, sobre la base, a mi entender, de un presupuesto erróneo: la naturaleza esencial del requisito de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

(109) Como claramente expresan COBO / VIVES, PG, cit., p. 398: «El párrafo tercero del número 7.º del artículo 8 no representa, pues, una excepción al principio de ponderación de intereses sino, en todo caso, una concreción legal del mismo: en los supuestos en él contemplados, el ordenamiento jurídico, al establecer una obligación de sacrificio, ha efectuado ya la ponderación.»

de algunos de los problemas que plantea la regulación de las eximentes incompletas en nuestro Código penal. No quisiera repetir ahora las argumentaciones y contraargumentaciones que sobre la institución se han vertido en el texto. Tampoco es mi intención realizar una síntesis de las hipotéticas conclusiones que se hubieran alcanzado. Antes bien, estas consideraciones finales pretenden, ahondando en el fundamento y función de las causas de justificación incompletas, subrayar una serie de consecuencias dogmáticas de notable interés: tratamiento adecuado de los supuestos de error sobre elementos inesenciales de las causas de justificación; delimitación de las hipótesis de justificación incompleta con las causas de exculpación (completas e incompletas); acotación de los presupuestos de la justificación incompleta (art. 9-1.º CP) y de la incompleta análoga (art. 9-10.º CP); compatibilidad en la apreciación conjunta de causas de justificación incompletas y atenuantes genéricas fundamentadas en una menor culpabilidad sobre el hecho, etc.

Dentro de las posibilidades marcadas por los estrechos márgenes de esta investigación, se ha pretendido preservar con especial cuidado los diferentes ámbitos de los dos juicios valorativos esenciales presentes en el concepto dogmático de delito: la antijuricidad y la culpabilidad. Entiendo que condicionar la intervención penal, no sólo a la realización de un injusto típico, sino también a la afirmación de la culpabilidad o responsabilidad por el hecho cometido, supone una conquista histórica irrenunciable de la dogmática penal. Ambos juicios obedecen a parámetros y valoraciones diversas, por tanto, no intercambiables. Las causas de justificación afirman la licitud de la conducta en la medida en que el ordenamiento jurídico valora como preponderantes los intereses que a su amparo se tutelan, frente a la realización de un hecho típico. Su forma incompleta, entonces, dentro del mismo juicio de antijuricidad disminuye el desvalor del injusto típico, precisamente porque se aprecian argumentos justificantes, desde luego insuficientes para declarar la licitud de la conducta, pero claramente idóneos para proceder a su graduación valorativa. Lógicamente, esta graduación del desvalor del injusto típico que se produce en el seno del juicio de antijuricidad, es el presupuesto material de la reducción de pena en uno o dos grados prevista en el art. 66 CP. Consecuentemente, no parece atendible una fundamentación de la disminución del castigo de naturaleza culpabilista. Lo que no es óbice, claro está, para declarar la exclusión de la responsabilidad criminal cuando se entiendan concurrentes factores determinantes para la negación de la culpabilidad, o para la disminución hasta el límite de su irrelevancia penal. Asimismo, una disminución parcial de la culpabilidad deberá tener un reflejo autónomo en la determinación de la pena, apreciándose junto a la justificación incompleta la atenuante correspondiente.

La transgresión de los límites de una causa de justificación puede obedecer a distintos motivos. Desde luego, es posible que el sujeto actúe

con conocimiento de la falta de algún elemento inesencial de la eximente. En principio, estas hipótesis se adaptan perfectamente a los presupuestos de la justificación incompleta. No obstante, cabría aquí realizar una matización, en el sentido de que *no toda disminución de injusto debe traducirse en eximente incompleta. Así, podrían distinguirse las diversas causas de justificación, vinculando su apreciación incompleta a una material y sensible disminución de injusto sobre la base del fundamento de cada eximente*. Piénsese en algunas hipótesis, por ejemplo, de exceso intensivo doloso en la legítima defensa: el sujeto que, consciente de la falta de racionalidad de la respuesta defensiva, causa dolosamente una muerte a otro, difícilmente encontrará una cobertura, si quiera parcial, en el fundamento plural de la legítima defensa. Esto es, ni está afirmando el Derecho frente a lo injusto, ni, de esa forma brutal y excesiva, está salvaguardando legítimamente un bien jurídico personal (lo mismo podría aplicarse a algunos supuestos de ejercicio del cargo, donde se actúa consciente y voluntariamente con falta de necesidad concreta de violencia). Si se apreciara, a pesar de todo, cierta disminución de injusto, aún cuando insuficiente para la eximente incompleta, lo correcto sería aplicar la atenuante análoga.

La falta de algún presupuesto de la justificación puede tener su causa, también, en un estado de miedo, terror, pánico u otra alteración emocional análoga. Estas hipótesis afectan a la culpabilidad del sujeto y deben resolverse del siguiente modo: *si alcanzan a la exclusión de la culpabilidad se eximirá de responsabilidad criminal, aplicando, normalmente, el miedo insuperable*; cuando el efecto se reduzca a la constatación de una menor culpabilidad, cabe la posibilidad de que nos encontremos ante una causa incompleta de exculpación, ante una exculpación incompleta análoga, o bien ante la atenuante genérica de «obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad». En todos estos supuestos, junto a la disminución de injusto producto de la presencia de los elementos esenciales de una causa de justificación, se aprecia una disminución, mayor o menor, de culpabilidad. La doble disminución de injusto y culpabilidad debe tener repercusión autónoma en la determinación de la pena. Así, *no existen problemas dogmáticos para acumular a los efectos atenuatorios de la justificación incompleta, los propios de la misma naturaleza de la exculpación incompleta, la incompleta análoga o la atenuante genérica*. Probablemente, el supuesto más controvertido sea el de la aplicación conjunta de las dos eximentes incompletas, y, en consecuencia, la apreciación por dos veces de los efectos previstos en el art. 66 CP. A mi juicio, sin embargo, tal conclusión puede defenderse con coherencia. Esencialmente, porque no nos encontramos ante la presencia de un mismo hecho con duplicidad de efectos jurídicos. Téngase en cuenta que la prohibición de «bis in idem» recae sobre el objeto de la valoración, y no sobre el hecho. En la justificación

incompleta se valora, no la ausencia de un elemento inesencial de la causa de justificación, sino la presencia de los esenciales, es decir, la disminución de injusto que resulta de la presencia de argumentos justificantes derivados del fundamento de la eximente; en la exculpación incompleta, se valora, en cambio, la alteración emocional del sujeto, causa de la transgresión de los límites de la justificación. Por poner un ejemplo, en un exceso intensivo en la defensa debido a miedo «superable», la aplicación del art. 66 CP por justificación incompleta se basaría en la presencia de agresión ilegítima y necesidad de defensa, esto es, en la presencia, aún cuando defectuosa (si no lo fuere, claro está, habría justificación plena), del fundamento de la justificación (protección de bienes jurídicos individuales y afirmación del Derecho frente a lo injusto); mientras que la aplicación del mismo precepto por exculpación incompleta, encontraría su causa en la alteración emocional que impide al sujeto reaccionar proporcionalmente (con necesidad racional del medio empleado) en su defensa, esto es, en una disminución de la exigibilidad subjetiva de comportarse conforme a Derecho y, entonces, en la presencia, aún cuando defectuosa, del fundamento de la eximente de miedo insuperable.

En definitiva, el análisis de la conducta en la antijuricidad constata la persistencia de su ilicitud (justificación incompleta). Ello, no sólo no impide, sino que obliga (por existir injusto) a someter el hecho a un segundo análisis en la siguiente secuencia valorativa: la culpabilidad. El resultado puede ser su afirmación, su negación o su graduación. En el primer caso, se aplicará al hecho tan sólo la eximente justificante incompleta; en el segundo, se eximirá de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad; y, en el tercero, se aplicará, junto a la justificación incompleta, la exculpación no plena, su atenuante análoga, o la atenuante genérica en función de la disminución de culpabilidad apreciada. La culpabilidad no supone una reduplicación del juicio de antijuricidad y, en consecuencia, no existen argumentos para no tener en cuenta, por ejemplo, la presencia de un trastorno mental transitorio incompleto en un sujeto que realiza un injusto típico en el seno de un exceso intensivo en la legítima defensa.

Como hemos tenido ocasión de observar a lo largo de esta investigación, cuando la justificación incompleta es producto del error del sujeto sobre la presencia de algún elemento inesencial de la eximente, nos encontramos ante la problemática de las diversas soluciones dogmáticas posibles del error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación. No es este el lugar, ni desde luego mi intención, para resolver tan difícil problemática. Me limitaré aquí, por tanto, a enunciar brevemente las consecuencias que la postura defendida sobre el fundamento y función de las causas de justificación incompletas debe tener sobre el tratamiento de los mentados casos de error.

Desde una perspectiva finalista, el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación es tratado como un error de prohibición que no afecta al dolo. Cuando el objeto del error sea un elemento inessential de la causa de justificación, se aplicará, consecuentemente, el párrafo 3.º del art. 6 bis a) CP. Esto es, impunidad cuando sea invencible y atenuación prevista en el art. 66 CP cuando fuere vencible. Esta solución, empero, tiene diversos inconvenientes. Ante todo, debe denunciarse que la misma enmascara una clara diferencia valorativa. Pues, si bien formalmente coincide la solución penológica de considerar el error sobre elemento inessential error de prohibición, y apreciar eximente incompleta en los casos de ausencia de un requisito accidental, en ambos casos art. 66 CP, no puede ocultarse que en el primer caso la atenuación se fundamentaría en una menor culpabilidad, mientras en el segundo, lógicamente, la apreciación de una causa de justificación incompleta se basaría en la subsistencia de un injusto disminuído, esto es, se apoyaría en un menor desvalor objetivo de la conducta.

Con todo, la principal objeción a la teoría estricta de la culpabilidad es que otorga idéntico tratamiento al error sobre elemento esencial y al error sobre elemento accidental de una causa de justificación: art. 6 bis a) párrafo 3.º. Esto es, parifica supuestos materialmente diversos: causa una muerte porque yerra venciblemente sobre la existencia de agresión ilegítima; y causa el mismo resultado porque yerra venciblemente sobre la necesidad racional del medio de defensa ante un ataque ilícito. Mas lo cierto es que, mientras en el primer supuesto (error sobre elemento esencial) se puede aceptar, desde el finalismo, que sólo existe una disminución de culpabilidad, en el segundo caso no se puede negar que, además, es apreciable una disminución de injusto. Precisamente, porque se constata la presencia de una previa agresión ilegítima y de necesidad de defensa. Es decir, en sede de antijuricidad se produce una graduación del injusto típico basada en la presencia de los elementos esenciales de una causa de justificación. Aplicar a este supuesto el párrafo 3.º del art. 6 bis a), supone desconocer el menor desvalor objetivo de la conducta.

El hecho de que pueda entenderse que existe una menor culpabilidad por error vencible de prohibición, no nos exime del previo análisis de la conducta en el juicio de antijuricidad. En conclusión, las soluciones a que nos aboca esta postura son inaceptables: *ni el error de prohibición vencible puede captar la diversidad valorativa de la conducta en la antijuricidad, ni, desde luego, puede desplazarse el tratamiento de la justificación incompleta a la categoría de la culpabilidad*. Los que sostengan la teoría estricta de la culpabilidad podrían responder que el art. 66 CP permite la reducción de pena en uno o dos grados, y, en esta medida, se podría conseguir un tratamiento diferenciado del error sobre elemento esencial y sobre elemento accidental de una causa de justificación. Tal solución es, sin embargo, dogmáticamente incorrecta. Pues, la regla penológica del art. 66 al que se refiere el art. 6 bis a), cuando de error de

prohibición se trata, posibilita una diferente graduación del castigo en función del grado de culpabilidad sobre el hecho; y el problema es otro: la no apreciación del menor desvalor objetivo de la conducta en sede de antijuricidad.

Desde otra perspectiva, el sector doctrinal que entiende que el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación afecta al dolo típico (teoría restringida de la culpabilidad, teoría de los elementos negativos del tipo, etc.), parece poder resolver con mayor éxito los problemas apuntados. En efecto, cuando se sobrepasen los límites de una causa de justificación por existir un error vencible (si fuere invencible, claro está, estaríamos ante una conducta sin dolo ni culpa y, por tanto, ante un caso fortuito impune) sobre un elemento inesencial de la misma, nos encontraríamos ante un injusto imprudente. Injusto, al que deberá de aplicarse la reducción de pena prevista para las eximentes incompletas, pues la existencia de los elementos esenciales de la causa de justificación provoca una disminución del desvalor objetivo de la conducta. Lógicamente, cuando el error tuviera por objeto un elemento esencial, tal rebaja de pena no se produciría. De esta forma, además, se consigue un tratamiento diferenciado de los supuestos en que el sujeto conoce la inexistencia del elemento inesencial de la causa de justificación, de aquellos otros en que se cree, erróneamente, que concurre. Pues, la disminución del castigo por eximente incompleta partirá de la pena prevista para el tipo doloso, o de la prevista para el imprudente, respectivamente.

Evidentemente, la teoría restringida de la culpabilidad no está exenta de problemas. Se ha dicho que la misma puede provocar lagunas de punibilidad, allí donde la interpretación teleológica del tipo impida la comisión culposa. A mi juicio, es perfectamente defendible entender que, en los casos en que el legislador renuncia a la punición por imprudencia no existen razones político-criminales para castigar en supuestos de error sobre el tipo permisivo: si determinados daños imprudentes no se castigan, y basta con la indemnización civil por daños y perjuicios, no se entiende porqué deberían ser punibles los daños ocasionados por un sujeto que supone erróneamente que debe ocasionarlos para salvar una vida humana. En definitiva, el problema de la punición o no de determinados comportamientos imprudentes, es una cuestión de decisión político-criminal que debe resolver el legislador, y no una u otra teoría del error sobre los presupuestos de las causas de justificación.

Otro interrogante que debe resolverse es el de qué ocurre cuando el error sobre el elemento accidental de la justificación es un error sobre los límites normativos de la eximente. En este supuesto nos encontramos ante un error de prohibición que afecta a la culpabilidad del sujeto. A mi entender la solución es clara. Siguiendo un análisis secuencial de las categorías dogmáticas del concepto de delito, nos encontramos, en primer lugar, con una disminución del injusto típico; producto de la existencia, en la antijuricidad, de una causa de justificación incompleta.

Si, además, en la siguiente secuencia valorativa (la culpabilidad), se detecta una afectación de la culpabilidad, ésta deberá tener reflejo autónomo en la medición del castigo. Evidentemente, la regla punitiva del error de prohibición vencible en nuestro Código penal nos remite al mismo precepto que regula las eximentes incompletas. La acumulación por dos veces de los efectos previstos en el art. 66 no plantea problemas dogmáticos insalvables. Pues el párrafo tercero del art. 6 bis a) CP, utiliza la remisión al art. 66 como una mera regla de determinación del castigo, igual que hubiera podido utilizar cualquier otro precepto (o, incluso, contemplar directamente en la regulación del error la rebaja de pena que se considere adecuada). Lo importante es que, nuestro Código penal permite la reducción de pena por disminución de injusto (justificación incompleta, art. 66), y la reducción de pena por una menor culpabilidad (error de prohibición vencible, art. 66).

En conclusión, y para no hacer demasiado extensas estas consideraciones finales, entiendo que la ubicación del fundamento y función de las causas de justificación incompletas en el juicio de antijuricidad, permite a la dogmática española solucionar correctamente supuestos muy problemáticos a caballo entre la justificación y la inculpabilidad, sin necesidad de difuminar las categorías básicas (antijuricidad y culpabilidad) del concepto jurídico de delito. Piénsese, además, que una interpretación generosa de la justificación incompleta análoga, permitirá una perfecta valoración en la determinación de la pena de toda graduación valorativa que se produzca en el nivel de la antijuricidad.

Unidad de hecho y concurso medial de delitos

UJALA JOSHI JUBERT

Profesora titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona

I

1. El concurso de delitos y el concurso de leyes son temas que plantean numerosos problemas: desde la misma terminología, pasando por la ubicación sistemática, hasta llegar a su naturaleza, son algunos de los aspectos vivamente discutidos por la doctrina. En lo que sigue me ocuparé únicamente de algunas de estas cuestiones. Los principales objetivos que me propongo son, en primer lugar, determinar el concepto de unidad de hecho que mejor se aviene con nuestra legislación, y que parece también más adecuado dogmáticamente. En segundo lugar, se examinará el ámbito de aplicación del llamado por la doctrina concurso medial.

2. Es clásico empezar la discusión sobre estos temas por el análisis del concepto de acción, pues la existencia de una clase u otra de concurso se hace depender mayoritariamente de la existencia e inexistencia de unidad de acción. Existe cierta unanimidad acerca del *criterio* que debe manejarse para definir el concepto de ACCION en este ámbito (1). Puede decirse que reina un relativo acuerdo en entender que la presencia o

(1) Actualmente es opinión dominante la que entiende que el concepto de acción de la teoría del concurso no coincide con el concepto general de acción -como presupuesto general del delito-: S/S (Schönke/Schröde, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23 ed. 1988)-STREE, ante # 52, Nr. 10; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal II*, trad. y notas Mir Puig/Muñoz Conde, 1981; p. 996; PUPPE, *Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenzen*, GA 1982, p. 146; SK (Systematischer Kommentar, 1985)-SAMSON, ante # 52, Nr. 15; LK (Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 ed. 1978, a cargo de Jescheck/Russ/Willms)-VOGLER, ante # 52, Nr. 7; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 146; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 12. Tampoco coincide, según la doctrina alemana, con el concepto de hecho utilizado en Derecho procesal: LK (9 ed. 1970, a cargo de

no de unidad de acción dependerá en último término de una valoración, y más concretamente de una valoración jurídica, que únicamente puede proporcionar el sentido de los tipos legales (2). A partir de este punto común la doctrina se divide. Se discute qué elementos del tipo importa considerar para la unidad de acción.

3. A) La doctrina casi absolutamente mayoritaria entiende que hay ante todo unidad de acción «siempre que un acto de voluntad se transforma en un movimiento corporal» (3) (*unidad de acción en sentido natural*). Que la manifestación de voluntad, como una unidad de conducta interno-externa (4), forma parte del tipo y, por lo tanto, de la unidad de acción, no hay duda. Más dudoso le parece a un sector de la doctrina (5) el que se deba comprender dentro de esta unidad al resultado material. Desde esta perspectiva, lo importante es determinar el número de manifestaciones de voluntad típicas que han tenido lugar. Cada mani-

Baldus/Willms)-MÖSEL, # 73, Nr. 10; HRUSCHKA, *Der Begriff der Tat im Straferfahrensrecht*, JZ 1966, p. 700; HERZBERG, *Ne bis in idem - Die Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, JuS 1972, p. 177 ss; LK-VOGLER, # 52 Nr. 11; JESCHECK, *Tratado II*, p. 995 y not. 5 con más bibliografía. También en este sentido STS 29 septiembre 1987.

(2) JESCHECK, *Tratado II*, p. 997; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 3 ed. 1990, p. 721; GEERDS, *Zur lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 249; R. SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, ZStW 75 (1963), 46 ss; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 22; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 15; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 21.

No faltan autores, por ejemplo MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Córdoba Roda, 1962, II, p. 419, que ponen de relieve, acertadamente, las dificultades de acudir a un criterio valorativo similar, poniendo de relieve que «no son los tipos como complejos fenómenos jurídicos, los que dan lugar a esta descomposición del suceso en particulares unidades de acción, sino las acciones contenidas en cada tipo y que sirven de fundamento al mismo».

La doctrina dominante rechaza el llamado concepto de unidad de acción según la concepción natural de la vida, utilizado por la jurisprudencia, y que no debe confundirse con la unidad de acción natural: SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 20 ss; MAIWALD, *Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung*, NJW 1978, p. 300; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 9 ss; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, # 52 Nr. 2 a; S/S-STREE ante # 52, Nr. 24 ss; JESCHECK, *Tratado II*, p. 926; GEERDS, *Konkurrenz*, p. 242 ss; HAFT, *Strafrecht*, AT, 3 ed. 1987, p. 286; KINDHÄUSER, *Normverstoss und natürliche Handlungseinheit-BGH*, NJW 1984, 1568, JuS 1985, p. 105 ss. Cfr. no obstante, WARDA, *Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit*, Oehler-FS, p. 24.

(3) SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 146. La doctrina alemana habla en estos casos de *Handlungseinheit im natürlichen Sinne* que no debe confundirse con la figura rechazable y rechazada de *Natürliche Handlungseinheit*: S/S-STREE; ante # 52, Nr. 11; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 17; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 8.

(4) Sobre este concepto ver MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato* (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987), ADPCP 1988, pp. 664 ss.

(5) CÓRDOBA RODA, *Comentario al Código penal*, II, 1972, p. 351; EL MISMO, *Anotaciones al Tratado de Maurach*, not. 2, p. 422; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 147; JESCHECK, *Tratado II*, p. 996; MAURACH, *Tratado II*, p. 421; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, ante # 52, Nr. 3; DREHER/TRÖNDLE, ante # 52, Nr. 6; LK-VOGLER, # 52, Nr. 7; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 11; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 17; también STS 29 septiembre 1987.

festación de voluntad típica constituirá una unidad de acción, con independencia de los resultados materiales que origine. Así pues, por ejemplo, —por citar los casos más usuales en la doctrina— si un sujeto mata con una bomba —una sola manifestación de voluntad— a 10 individuos —10 resultados materiales de muerte— realizará un sólo hecho (caso 1). De lo contrario, si mata a cada individuo con un disparo distinto ejecutará tantos hechos como disparos hayan tenido lugar (caso 2). Esta parece ser además en ocasiones la opinión del T. S. Según la STS 29 septiembre 1987, el concepto básico es el de la unidad de acción, que considera equiparable a «hecho», el cual, viene determinado por la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución correspondientes a los tipos de delito concurrentes, sin que pierda su unidad sustancial por la pluralidad de resultados y de bienes jurídicos lesionados.

B) Otra es, en cambio, la posición que sostiene el sector doctrinal minoritario que incluye dentro del concepto de hecho al resultado material (6). Para ellos el tipo penal no expresa tan sólo una manifestación de voluntad, es decir, el tipo no contiene sólo la conducta prohibida, sino que —por lo menos en los delitos dolosos de resultado— también pertenece a la unidad típica el resultado. De este modo, en los dos casos antes propuestos se llegará a la misma conclusión de que existen en ambos 10 hechos de homicidio. Esta posición será discutida más adelante. Por ahora, analizaremos la doctrina mayoritaria, según la cual, recordemos, unidad de acción equivale a manifestación de voluntad típica.

4. A) Con independencia de que la unidad de hecho equivalga a unidad de acción o a unidad de acción más resultado material, surge en ambos casos otro problema, a saber, si realmente cada manifestación de voluntad dará lugar a una acción. ¿Cada uno de los golpes que Juan da a Luis integra un delito de lesiones? ¿Cada fajo de billetes que Juan sustrae de la caja fuerte es un delito de robo? ¿Cada agresión sexual que Juan realiza sobre María es un delito de agresión sexual? Pues, cada golpe, o la sustracción de cada fajo de billetes, o cada agresión pueden integrar por sí solos delitos de lesiones, de robo o de agresiones sexuales respectivamente (6a). Y aún hay más, si un sujeto lesiona y se apodera de la cartera de otro, ¿debe entrar en juego la plantilla del tipo de hurto más el de lesiones, o quizá el de robo con violencia o intimidación en las

(6) MIR PUIG, DP, PG, p. 722 ss; GUINARTE CABADA, *El concurso medial de delitos*, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 163; COBO/VIVES, *Derecho penal*, Parte General, 2 ed. 1987, p. 536; VIVES ANTON, *La estructura*, p. 11.

(6a) Ver la interesante STS 9-4-1992 que analiza un caso de agresiones sexuales y violaciones. Según ésta, «cada penetración de otro cuerpo (por cualquier vía y con cualquier instrumento) requieren una nueva decisión del autor y un movimiento corporal diferenciado, lo que determina que cada penetración comporta una acción independiente en sentido natural». En cuanto a la relación entres ambos delitos —agresiones sexuales y violación— estima la sentencia que no pueden «constituir una unidad valorativa con la violación desde el punto de vista jurídico penal».

personas? Si un sujeto durante la utilización ilegítima de un vehículo a motor, se detiene unas horas en la carretera y luego reemprende la marcha, ¿debe aplicarse una sola vez el tipo de utilización ilegítima de vehículos a motor o quizás dos veces? Con estos pocos ejemplos parece quedar claro que el criterio manejado por la doctrina, según el cual hay que averiguar cuántas manifestaciones de voluntad han habido para saber si concurre o no unidad de acción debe concretarse más. Esto lo ha intentado un sector de la doctrina alemana del modo que a continuación se expone.

B) La doctrina rechaza unánimamente en estos casos la pluralidad de acciones (7), aunque incluso de la mano de los tipos penales sea posible afirmarla. Para evitar un consecuencia tan indeseada se recurre a un concepto de unidad de acción esencialmente valorativo. Según ello, junto al concepto de acción natural se postulan los conceptos de *unidad de acción típica* (8), que abarcará a la unidad de acción típica en sentido estricto y a la unidad de acción típica en sentido amplio, y de *unidad de acción en sentido jurídico* (9).

Se entiende que concurre unidad de acción típica en sentido estricto en los siguientes casos (10): a) en la realización de los requisitos mínimos del tipo legal, aunque el comportamiento físico pueda descomponerse en varios actos parciales desde el punto de vista fenomenológico (11); b) delitos de varios actos, en las tres modalidades estructurales que puede presentar: que el tipo contemple la realización de una u otra acción (12), que la realización de una acción tenga como objetivo conseguir determinada finalidad, o que el tipo imponga la realización de más de una acción típica (13), pero esta vez en sentido amplio en los siguientes supuestos: a) realización progresiva del tipo, c) unidad de acción por efecto abrazadera; finalmente constituirá un supuesto de unidad de acción en sentido jurídico el delito continuado. En consecuencia, en todos estos ca-

(7) SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 16, 22; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3 ed. 1981, Nr. 1214; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 15, 29; JESCHECK, *Tratado II*, pp. 997 ss; COBO/VIVES, DP, PG, p. 545, nota 16; LACKNER, ante # 52, Nr. 5; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 16; SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, AT, 2 ed., p. 433; WARDA, *Oehler-Fs*, p. 257, que para remediarlo recurre al concepto de acción según el sentido natural de la vida; ya así, LK-MÖSEL, ante # 73, Nr. 10; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 3 ed. 1988, p. 359.

(8) LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 15 ss, 30 ss; JESCHECK, *Tratado II*, pp. 997 ss; SK-SAMSON, ante # 52, nr. 22 ss; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 13 ss; HAFT, AT, p. 286; MIR PUIG, DP, p. 724; LACKNER, ante # 52, Nr. 10; GEERDS, *Konkurrenz*, p. 264; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 46.

(9) Ver por todos, JESCHECK, *Tratado II*, p. 996 y ss; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 30 ss.

(10) Ver por todos, LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 15 ss.

(11) JESCHECK, *Tratado II*, p. 997.

(12) Aquí se planteará, como señala HAFT, AT, p. 287, un problema de concurrencia interna.

(13) Ver por todos, LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 30 ss.

sos estimarán o bien un solo delito, o bien concurso ideal, y aplicarán las reglas penológicas más benévolas.

5. Todo este planteamiento me parece sumamente discutible. En primer lugar, es dudoso que, por lo menos en nuestro Derecho, el término clave sea el de *unidad de acción*. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, me parece rechazable, por inexacto, referirse a un sentido amplio y a otro estricto de unidad de acción, incluso si se interpreta como unidad de acción típica.

En este punto del comentario creo conveniente detenernos unos instantes a fin de comparar brevemente la regulación alemana (14) con la nuestra, pues muchos de los conflictos provienen de una traslación acrítica de los resultados alcanzados por ellos a nuestra realidad. Basta con una somera lectura de la doctrina alemana para advertir que muchos de los criterios utilizados por nuestra doctrina provienen de aquel país. Poner de relieve las diferencias legales, aunque a veces sólo sean terminológicas, aclarará algunas cuestiones.

El Código penal alemán regula en los §§ 52 y siguientes de forma parcial e incompleta cuestiones referidas al concurso. El § 52 dispone, entre otras cosas, que (1) Si la misma acción lesiona más leyes penales o la misma ley varias veces... Y el § 53: 1) Si alguien ha cometido más de un delito... El Código penal español se refiere a los problemas concursales en los artículos 68 y siguientes. Señalaremos también a continuación los aspectos de la regulación que nos parecen, en este momento, importantes. El art. 68 comienza con las siguientes palabras: «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos...». El 69 se refiere solo «al culpable de dos o más delitos o faltas» y a «diversas infracciones». De acuerdo con el 69 bis es posible realizar «una pluralidad de acciones y omisiones...» y existir un hecho. Finalmente, el art. 71 habla del caso «de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro».

Puede observarse que existen diversas diferenciadas entre lo dispuesto en el Código penal alemán y el español. Primero, en el StGB no se menciona en la parte general el concurso de leyes. Tampoco hay una figura paralela a la que establece el art. 71.1,2 CP (concurso medial). El delito continuado no está regulado, siendo criticada por la doctrina de este país su utilización (15). El § 52, que según la doctrina alemana regula el concurso ideal de delitos, habla de *una acción*. En cambio, el art. 71, que también según una interpretación mayoritaria se contiene el concurso ideal (16), utiliza la expresión *hecho*. También se refieren al *hecho* los artículos 68 y 69 bis. En cuanto al concurso real, que se entiende comprendido en el § 53 StGB y en el art. 69 CP, en ambos países es necesaria la

(14) Sobre la regulación del concurso en Derecho comparado ver, SANZ MORÁN, *El concurso*, pp. 56 ss.

(15) Ver por todos, JESCHECK, *Tratado II*, p. 1001.

(16) De otra opinión, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal, Parte General*, 13 ed. 1991, p. 854: el Código penal «se limita a establecer unas reglas de aplicación de la pena».

comisión de más de un delito. (Pero ésta —la comisión de un delito— no es ni mucho menos una peculiaridad de esta clase de concurso). Como veremos a continuación, la utilización en el texto legal alemán del concepto *una acción*, y la inexistencia del concurso medial hace que muchas veces resulte poco recomendable la traslación de sus conclusiones a la interpretación de nuestra legislación.

6. Efectivamente, nuestro Código penal en los artículos 68 y siguientes, no habla en ningún momento de unidad de acción, sino de *un hecho* o del hecho. De la lectura atenta de estos preceptos, sobre todo del art. 69 bis CP, se llega más bien a una conclusión contraria: un sólo hecho puede estar constituido por diversas acciones u omisiones (17). Pues, de acuerdo con dicho precepto un sujeto puede realizar «una pluralidad de acciones y omisiones» y existir, en cambio, un solo hecho. De este modo, no tenemos que acudir a la artificiosa construcción de unidad de acción en sentido amplio y en sentido estricto, pues en ambos casos y con independencia de los distintos movimientos corporales existentes, del número de acciones y omisiones que haya realizado el sujeto estaremos frente a un solo hecho porque así lo dice el tipo legal. Por ejemplo, en el supuesto de robo con toma de rehenes no hace falta, para considerarlo como una única unidad, entender que hay una sola acción, cuando desde cualquier punto de vista está claro que hay por lo menos dos actividades bien diferenciadas: el apoderamiento y la toma de rehenes. Basta con decir que hay un solo hecho.

Además, no hay que olvidar que lo que la teoría del concurso pretenden averiguar es cuántos tipos penales van a entrar en juego y de qué manera. De esta forma, se va a ocupar de sucesos ya pasados. No estamos aquí en un tema de injusto en donde la perspectiva *ex-ante* resulta ser la más idónea. Sino en cuestiones en las cuales la perspectiva de análisis es forzosamente *ex-post*. Por ello también es más adecuado el término hecho, que refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone más el acento en lo que se está haciendo, denota más la actividad.

En conclusión, aunque la doctrina alemana esté forzada, debido a la regulación legal de este país, a distinguir entre concepto amplio y estricto de unidad de acción típica, para no llegar a consecuencias indeseadas, nosotros, al utilizar nuestro Código penal el concepto más amplio de hecho, no tenemos que recurrir a una construcción artificial. Así pues, será importante, aunque no determinante, para delimitar el concurso ideal del real, saber cuándo concurre un solo hecho, que no una unidad o pluralidad de acciones u omisiones (18).

(17) En este sentido en relación al art. 86 Proyecto 1980, MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck II*, p. 1006, not. 7.

(18) COBO/VIVES, DP, PG, 1987, p. 545, not. 16 entiende que «la contemplación de la problemática concursal desde la perspectiva fragmentaria de la acción en sentido es-

7. Esta primera afirmación, sin embargo, no resuelve todavía qué elementos del tipo penal deben formar parte del hecho. Sólo sabemos que por lo menos las acciones u omisiones descritas en un determinado tipo integran el concepto de unidad de hecho. Pero, ¿sólo las acciones u omisiones típicas? Decíamos más arriba que un sector doctrinal minoritario incluía en el hecho al resultado material. Un primer argumento que se esgrime en favor de esta inclusión consiste en poner de relieve el dato de que los tipos penales no sólo describen conductas, sino que, por lo menos en los delitos dolosos de resultado, éste forma parte también del tipo penal (19). Una, también, primera objeción que recibe este planteamiento es el de ser subjetivista (20). Se entiende que es subjetivista porque el número de hechos aumenta por la sola razón de que el sujeto subjetivamente ha querido producir más de un resultado. Esta objeción es, sin embargo, fácilmente refutable. Veamos de qué modo.

La razón de que el resultado forme parte del concepto de hecho no es una puramente subjetiva, ni tampoco otra absolutamente objetiva. Me explico. No se incluye el resultado exclusivamente porque el sujeto ha dirigido hacia él su dolo, ni únicamente porque el resultado material sea algo que se ha dado efectivamente. Mucho más, estimo que el resultado forma parte del hecho porque el sujeto lo ha abarcado con su acción y porque finalmente ha tenido lugar. Es sólo de este modo que, en mi opinión, el resultado entra a formar parte del tipo penal de los delitos dolosos.

8. Se objeta también a las tesis que analizamos el confundir el «resultado material» con el «resultado jurídico» o lesión jurí-

trico puede llevar a conclusiones erróneas en la determinación del carácter unitario o plural del objeto valorado, pues una pluralidad de acciones puede constituir un único objeto de la valoración, cual sucede en el caso de los actos copenados y, a la inversa, de una acción única pueden surgir diversos substratos naturalísticos que sirvan de objeto a valoraciones distintas».

(19) MIR PUIG, DP, PG, p. 723; EL MISMO, *Adiciones II*, p. 1006; EL MISMO, El delito de coacciones en el Código penal, ADPCP 1977, pp. 269 y ss.

Entienden también que el resultado material debe formar parte del concepto de *unidad de hecho*: COBO/VIVES, DP, PG, 1987, p. 536; CÓRDOBA RODA, *El delito de detenciones ilegales*, ADPCP 1965, p. 28 ss; GUINARTE CABADA, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, 163; VIVES ANTÓN, *La estructura*, p. 11.

(20) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, p. 352: la interpretación subjetivista debe ser rechazada: «en los casos de voluntad orientada a pluralidad de eventos, en los que la referida interpretación rechaza la unidad del hecho, la voluntad en rigor continúa siendo unitaria, pues no se producen multiplicidad de decisiones, sino una sola aunque extendida a varios resultados»; JESCHECK, *Tratado*, p. 998; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 11; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 15; MAURACH, *Tratado II*, p. 422.

Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal II*, 1947, p. 301, para el cual es decisivo para distinguir el concurso real del ideal el hecho de que la conducta del sujeto vaya dirigida a la penetración de dos o más resultados, o sólo de uno.

dica (21). Esta cuestión merece ser examinada más detenidamente, pues distinguir claramente entre objeto material y bien jurídico es importante para la teoría del concurso. Efectivamente, que objeto material y bien jurídico no son conceptos equivalentes, es sabido por toda la doctrina. El objeto material del delito (22) es «aquella concreta realidad empírica a la que se refiere la acción típica». Dicha realidad puede consistir «en una persona o en una cosa corporal, pero también se afirma que puede estar representada por un objeto incorporal». El bien jurídico, por el contrario, es el «objeto de la tutela jurídica» (23). Así las cosas, importa dejar claro que en toda la regulación legal de la teoría del concurso nuestro legislador contrapone conceptos de distinta naturaleza: hecho, preponderantemente empírico; delito, esencialmente jurídico. Hecho, en este ámbito, es un sector de la realidad, algo que ha ocurrido y que es aprehensible por los mismos sentidos. El que aprehendamos esta realidad a través de los tipos penales, no es ningún obstáculo para seguir entendiendo que lo básico del hecho es constituir una realidad fáctica. Los tipos penales sirven para determinar las partes de dicha realidad que interesan al Derecho penal, a saber, solamente aquellas acciones u omisiones, así como aquellos resultados materiales allí contemplados. Lo propio de dicha situación fáctica será precisamente una determinada actividad (o inactividad) productora de un resultado (o no evitadora de un resultado) —por lo menos en los delitos dolosos de resultado.

El concepto de bien jurídico, en cambio, sólo cobra pleno significado e interés si se emparenta con el delito. Delito presupone la lesión de un bien jurídico. Un hecho, en el sentido de acción más resultado material, puede dar lugar a varios delitos porque los distintos objetos materiales pueden ser portadores de más de un bien jurídico. Así, por ejemplo, una sola persona es portadora del bien jurídico vida, y también del bien jurídico integridad física. Una persona que sea autoridad es portadora de todos los bienes jurídicos de cualquier persona humana, más aquellos específicos de ser autoridad. La lesión del bien jurídico sólo puede ser entendida en sentido jurídico. Por ello a veces se dice que se

(21) De esta opinión, SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 148 ss. Si que parece confundirlo a veces la jurisprudencia, ver STS 15 octubre 1981: «El dar al agente de la autoridad un fuerte golpe abriendo la puerta violentamente, y acto seguido cogerle fuertemente el primer dedo de la izquierda, golpearle en el pecho y romperle la guerrera, produciéndole la fractura del dedo, que tardó en curar cuarenta y seis días, da lugar, al concurso ideal de delitos, con la presencia de dos resultados que ataquen a bienes penalmente protegidos de carácter heterogéneo, como son el principio de autoridad y la integridad física humana, que se protegen a través del delito de atentado y lesiones».

(22) Ver, MIR PUIG, NEJSEIX, voz Objeto del delito, p. 764 ss.

(23) Ver MIR PUIG, DP, PG, p. 137 y not. 6 de la misma página.

trata de una lesión ideal, es decir, que tiene lugar en el mundo de las ideas jurídicas. Aquí, como puede observarse, ideal no se contrapone, como algunos piensan, a real. No de duda, en ningún momento, de la realidad *jurídica* de dicha lesión ideal del bien jurídico. Lo que se le niega es realidad *material*. Por ello no tiene razón el sector doctrinal (24) que afirma que entre el supuesto de arrojar una bomba que mata a dos hombres y el dar muerte a un agente de la autoridad existe una sólo diferencia: que en el primer caso se realiza el mismo tipo y en el segundo supuesto de dos distintos. Esta, ciertamente, es una diferencia, pero no la única. En el primer caso nos encontramos con dos objetos materiales distintos portadores del mismo bien jurídico: la vida. En el segundo caso, en cambio, nos encontramos con un sólo objetivo material, pero esta vez portador de dos bienes jurídicos. Por lo tanto, al incluir el resultado material en el concepto de hecho no se está éste confundiendo con el bien jurídico, sino, como ha podido observarse, todo lo contrario. Este con-

(24) Ver, por ejemplo, SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 148. Las frases que a continuación se citan son de este autor.

(25) Además es importante tener en cuenta el resultado material ya que sólo la referencia a esta realidad fáctica permite distinguir, primero, entre tentativa acabada y delito consumado; y segundo, entre bienes jurídicos altamente personales y otros que no lo son. Dicha última distinción no introduce elementos de confusión, sino que pone de relieve una valoración subyacente en nuestra misma Constitución.

Efectivamente, olvidarse o prescindir del objeto material no puede conducir a más que a consecuencias indeseadas. Provoca desprotección de aquello que principalmente el Derecho penal tiene que proteger. Tan cierto es esto que un sector de la doctrina alemana que defiende la exclusión del resultado del concepto de unidad de acción se ve obligado a recular cuando la única acción del sujeto lesiona realmente a más de una persona. En estos casos y en todos en los que se protegen bienes jurídicos altamente personales el resultado debe ser tenido en cuenta -en este sentido: HAFT, AT, p. 291; Eb. SCHMIDT, JZ 1951, p. 22; GEERDS, *Konkurrenz*, p. 272; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 29. Opina que el hecho de que se lesionen con una sola acción bienes jurídicos altamente personales debe tenerse en cuenta en la medición de la pena: LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 32. Pero como este mismo autor señala (Nr. 33) esto es contradictorio con las reglas de aplicación del delito continuado, puesto que se excluye su aplicación cuando de bienes jurídicos eminentemente personales se trata. Señala este autor que estos casos precisamente constituyen todo lo contrario al delito continuado. La discusión alemana distingue entre bienes jurídicos altamente personales y los que no gozan de esta característica para aplicar al primer grupo el concurso ideal y al segundo un único delito (ver sobre ello, por ejemplo: SK-SAMSON, # 52, Nr. 25), y no meramente en la determinación de la pena, pues no se trata de una intensificación de un mismo injusto penal -así con razón HAFT, AT, p. 291-, sino la realización de distintos injustos penales.

Entender que lo que importa al Derecho penal son sólo los bienes jurídicos espiritualizados y no los objetos materiales de referencia nos aleja de la realidad, de la verdadera función que debe cumplir el Derecho penal, e impide tener en cuenta que al Derecho penal le tiene que interesar proteger con más intensidad determinados bienes jurídicos, por la sencilla razón de que su lesión, no es que dificulte la participación del ciudadano en la sociedad, sino que impide cualquier participación o en el mejor de los casos será una participación mutilada. No perder el objeto de referencia, no olvidar que la vida, la integridad física... son vitales es esencial en un Derecho penal democrático.

cepto de hecho es posible precisamente porque se parte de la distinción entre estos dos pares de conceptos (25).

9. En favor de dicha inclusión existen otros argumentos. Por una parte, se tratará de un concepto de hecho más acorde con el utilizado en otros preceptos del Código penal, por ejemplo, en el artículo 8, en el artículo 14, 546 d f)... Un sector de la doctrina entiende que en estos preceptos el hecho es el típico y antijurídico no sólo de injusto sino también penal, es decir, se tiene en cuenta no sólo la conducta prohibida, sino también el resultado. Por otra parte, sorprende que sea el mismo sector doctrinal que fundamenta el injusto en el desvalor de la acción y en el del resultado, el que, luego, en la teoría del concurso se contente con lo primero. Si el resultado tiene que tener alguna importancia en la constitución del injusto —doctrina que no comparto— no se entiende porque razón desaparece de repente del tipo, en el momento en que se trata de determinar cuándo hay un hecho según la valoración del tipo. Está claro, entonces, que en mi opinión no hay argumentos definitivos para rechazar las tesis que analizamos, sino todo lo contrario.

II

10. Decidido, pues, que un hecho no es sólo las acciones u omisiones, sino también el resultado material (que no es lo mismo que bien jurídico) hay que averiguar concretamente, en primer lugar, cuándo hay un hecho, y en segundo lugar, la clase de concurso que procederá aplicar. Porque, como ha puesto repetidamente de relieve la doctrina, unidad de hecho no equivale a concurso ideal, como tampoco pluralidad de hechos es igual a concurso real (26). Para que se le de lo primero es necesario además que el sujeto realice diversos delitos, lo que no ocurrirá en el caso de que el único hecho dé lugar a un único delito. Del mismo modo, para el concurso real no es suficiente una pluralidad de hechos, sino que es necesario que cada uno de ellos dé lugar a un único delito, y que éstos no se consideren desplazados por concurso de leyes. Analicemos primero las distintas situaciones en las que cabe pensar:

1. *Supuestos de incongruencia total.* El sujeto realiza distintos hechos típicos que dan lugar a distintos resultados materiales:

1.1. *lesiona la misma clase de bien jurídico.* Por ejemplo, realiza distintos hechos de apoderamiento de cosas ajenas con ánimo de lucro:

(26) MAURACH, *Tratado II*, p. 449, 461; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 31; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 43; S/S-STREE, ante # 52 Nr. 21; WARDA, Oehler-FS, p. 244; FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, Partes Generales, 1985, p. 492; KINDHÄUSER, JuS 1985, p. 101; LK-MÖSEL, ante # 73, Nr. 39.

a) en una misma unidad espacio-temporal y con un plan u ocasión conjunta; b) en distintas unidades espacio-temporales.

1.2. lesiona distinta clase de bien jurídico. Por ejemplo, mata a Pedro y se apodera de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro de Juan, todo ello en momentos distintos.

2. *Supuestos de coincidencia total.* El sujeto realiza una acción que produce un sólo resultado material (= un sólo hecho), pero resultan afectados dos bienes jurídicos distintos. Ejemplo: un sujeto lesiona gravemente a un agente de la autoridad.

3. *Supuestos de coincidencia parcial.* Esto puede suceder por los siguientes motivos:

3.1. El sujeto realiza acciones que coinciden parcialmente y cada una de ellas da lugar a un resultado material. Aquí puede ocurrir:

3.1.1. Que las acciones se refieran al mismo bien jurídico, ejemplo: violaciones-agresiones sexuales.

3.1.2. Que las acciones afecten a distintos bienes jurídicos. Ejemplo: *zona del comportamiento común:* violencia/intimidación; *zona de comportamiento no común:* a) yacimiento b) lesiones (las no absorbidas); *resultados materiales distintos:* a) el yacimiento; b) las lesiones; *bienes jurídicos afectados distintos:* a) libertad sexual; b) integridad física.

3.2. El sujeto realiza una sólo acción que produce resultados materiales distintos, y:

3.2.1. resultan lesionados bienes jurídicos idénticos. Ejemplo: una bomba que produce diez muertes.

3.2.2. resultan lesionados bienes jurídicos distintos. Ejemplo: una bomba que mata a una persona y produce unos daños.

3.3. El sujeto realiza una acción que produce más de un resultado, pero estos coinciden parcialmente. Ejemplo: utilización ilegítima de vehículos a motor y conducción bajo los efectos del alcohol.

3.4. El sujeto realiza acciones parcialmente coincidentes que dan lugar a resultados materiales también parcialmente coincidentes. Ejemplo: utilización de vehículos a motor con violencia o intimidación y conducción bajo los efectos del alcohol.

11. Lo que importa a continuación es averiguar, primero, si todas estas situaciones plantean cuestiones de concurso; y segundo, en los casos en que la respuesta sea afirmativa, qué clase de concurso cabe apreciar y qué precepto del Código penal hay que aplicar. Comencemos con el análisis

sis de las situaciones descritas en el *número 1*. En estos casos, y de acuerdo con el concepto adoptado, existen dos hechos diferenciados. No obstante, no debe caerse en el error de entender que esto constituye automáticamente un concurso real. Es el presupuesto necesario, pero no suficientes. El orden lógico de análisis debe ser el siguiente (de lo contrario podríán infringirse principios básicos del Derecho penal, como el *non bis in idem*): en primer lugar, deberá probarse que no se trata de ningún caso de concurso leyes, más concretamente, del llamado por un sector de la doctrina alemana supuesto de concurso real aparente (27). Como afirma el T. S., que en este punto le asiste la razón, en el concurso de leyes el hecho punible es único, si bien cabe su subsunción en dos o más figuras delictivas (28). Descartada esta posibilidad, y en atención a la unidad espacio-temporal, unidad motivacional, al sujeto pasivo y a los bienes jurídicos lesionados, deberá excluirse la aplicación del llamado delito continuado (29). Sólo entonces estaremos en condiciones de acudir al concurso real y aplicar las reglas más severas de los artículos 69 y 70 del CP.

Que este es el orden correcto de análisis no se desprende tan solo de pura lógica, sino que la interpretación de los preceptos penales destinados a regular las cuestiones concursales nos llevan a la misma conclusión. En efecto, el primero de ellos es el del concurso de leyes, que, aunque no contemple de forma exhaustiva todas sus modalidades, nos indica ya por donde hay que empezar. A pesar de que el segundo sea el relativo al concurso real, se observa que, por una parte, el art. 69 bis (delito continuado), se aplicará *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior*, es decir, antes que el anterior; por otra parte, según el art. 71 *las disposiciones del artículo anterior no son aplicables*, por lo tanto también aquí, como veremos a continuación, antes de aplicar las reglas del concurso real debe probarse que el art. 71 no puede entrar en juego.

12. En los supuestos descritos en el *número 2* —coincidencia total de acción y de resultado material, y más de un bien jurídico lesionado— habrá también que descartar primero la procedencia del concurso de leyes, del llamado, aquí, concurso ideal aparente (30). Sólo después

(27) R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 54; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1033; SCHÜNE-MANN, JuS 1968, p. 119; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 14; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 104; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 102; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 393, 394, prefiere la denominación de concurso real impropio; Críticamente, por llevar a una visión incompleta: SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 431.

(28) Y añade: las cuales se excluyen recíprocamente; ver SSTS 8 marzo 1982; 17 enero 1985. Que el hecho *punible* sea único, no implica, de acuerdo con lo dicho, un solo hecho en la realidad fáctica.

(29) Supuesto, recordemos, de unidad de acción en sentido jurídico, que aunque por su tratamiento esté más cerca del concurso ideal que del real, fácticamente no dejan de existir en su base diversos hechos.

(30) MAURACH, *Tratado II*, p. 449; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1033; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 104; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 102; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 48.

estaremos en condiciones de apreciar, y aquí la doctrina es unánime, concurso ideal (31). En nuestro país, se tratará, sin duda alguna, de un supuesto contenido en el art. 71.1 CP. Para nuestra jurisprudencia esto sucederá cuando existiendo un solo hecho, éste dé lugar a varios delitos, los cuales no son de incompatible calificación. Siendo además necesario «un solo propósito doloso en el agente y un sola resolución delictiva» (32).

13. A partir de aquí se acaba la relativa unanimidad, y se abre paso a las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales. Cuál es el tratamiento que deben de recibir los supuestos descritos en el *número 3* no es una cuestión pacífica. Evidentemente la solución será —o por lo menos tendría que ser— distinta según se entienda que el resultado se integra o no en el concepto de hecho. Si se parte de la equivalencia entre *unidad de hecho* y *unidad de acción* y, por lo tanto, se prescinde del resultado, no habrá más que un supuesto relevante: el de coincidencia parcial de las acciones. Todos los demás deberán dar lugar, sin lugar a dudas, a un concurso ideal de delitos, ya que estaremos frente a casos de coincidencia total. De todos modos, las reglas del art. 71 CP sólo deberían entrar en escena después, por supuesto, de haber excluido la existencia de un único delito, y del llamado concurso ideal aparente. Sin embargo, no se halla resuelto de forma tan uniforme en la doctrina. Veamos qué se discute.

14.A) En primer lugar, no hay avenencia en el trato que debe recibir el llamado *concurso ideal homogéneo*, es decir, el supuesto en que una sola acción lesiona más de una vez una misma ley penal, de tal forma que produce diversos resultados materiales portadores del mismo bien jurídico (*caso 3.2.1.*). Un sector de la doctrina alemana (33) ha entendido que al ser el bien jurídico lesionado único la solución correcta de estos casos es entender que existe un solo hecho que da lugar a un solo delito. Así, por ejemplo, el que con una bomba mata a diversas personas cometería un delito de homicidio. La existencia de las distintas muertes debería tenerse en cuenta en el momento de la determina-

(31) GUINARTE CABADA, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 163; MAURACH, *Tratado II*, p. 449; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1011; SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 441; MIR PUIG, DP, p. 730; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 152; CÓRDOBA RODA, Comentarios II, p. 358; SK-SAMSON, # 52, Nr. 6; LK-VOGLER, # 52, Nr. 21; S/S-STREE, # 52, Nr. 8.

(32) SSTS 9 de febrero 1981: en el primer caso -concurso de leyes- las normas concurrentes luchan, en el segundo -concurso ideal- cooperan; 15 octubre 1981, 13 febrero 1981; 8 marzo 1982.

(33) MAURACH, *Tratado II*, p. 448: la acumulación de resultados pueda ser indiciaria de un incremento de la culpabilidad y puede ser tenida en cuenta en la determinación de la pena; también: SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 434: deberá constatarse en la aplicación de la ley el mayor injusto del hecho; LACKNER, ante # 52, Nr. 3, aunque acepta alguna excepción, posible pero no necesariamente: Nr. 7.

ción de la pena, ya que, en definitiva, al sujeto sólo se le puede imputar un injusto, aunque se trate de un injusto intensificado cuantitativamente. Esta es la posición que ha sostenido nuestra jurisprudencia para los delitos imprudentes (34). Otros autores (35), en cambio, si bien consideran que esta doctrina es esencialmente correcta, estiman necesario hacer una excepción. En efecto, para ellos, cuando el bien jurídico lesionado, a pesar de ser único, sea eminentemente personal, la solución correcta será la de acudir al concurso ideal de delitos. También hay quien entiende que las reglas del concurso ideal deben aplicarse en todos los casos de concurso ideal homogéneo, sea cual sea el bien jurídico que resulte afectado, siempre y cuando pertenezcan a sujetos pasivos distintos (36). Finalmente, un sector muy minoritario de la doctrina, que defiende asimismo que unidad de hecho es igual a unidad de acción, acude en los casos en que con una sola acción se lesionan bienes jurídicos homogéneos altamente personales a las reglas del concurso real. La posición que da relevancia al resultado material aprecia aquí, lógicamente, un concurso real de delitos (37). Solución que también deberá aplicarse, según estas reglas, aun cuando no se trate de bienes jurídicos altamente personales, por ejemplo, cuando con una bomba se dañan diversas cosas.

B) En segundo lugar, plantea también problemas decidir el trato que hay que dar a los supuestos de coincidencia parcial de las acciones (*casos 3.1.*). En la doctrina alemana existe cierta unanimidad en afirmar que cuando las acciones ejecutivas coinciden parcialmente lo correcto es estimar una unidad de acción en sentido amplio y, en consecuencia, aplicar las reglas del concurso ideal de delitos (38). Sin embargo, no

(34) Ver CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 377.

(35) SK-SAMSON, # 52, Nr. 25; S/S-STREE, # 52, Nr. 25; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 32, # 52, Nr. 35; FIANDACA/MUSCO, DP, PG, p. 492; LK-MÖSEL, # 73, Nr. 13.

(36) CÓRDOBA RODA, Anotaciónes, not. 14, p. 447; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1013; SK-SAMSON, # 52, Nr. 25; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 45 ed. 1991, ante # 52, Nr. 6; CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos, ADPCP 1979, p. 66 y not. 63, aunque, p. 75 matiza su posición al considerar que «hay casos excepcionales en que la infracción de una pluralidad de normas mediante una serie de actos (unidad de acción) es tan grave como la pluralidad de acciones en cuyo caso sería absurdo castigar más severamente el concurso real que el ideal», por ello propone el sistema de la pena única.

(37) MIR PUIG, ADPCP 1977, p. 269 ss; EL MISMO, DP, PG, p. 723; EL MISMO, *Adiciones II*, p. 1006; CÓRDOBA RODA, ADPCP 1965, p. 28 ss.

(38) LK-VOGLER, # 52, Nr. 22; GEERDS, *Konkurrenz*, p.277; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1012, 1014; LACKNER, # 52, Nr. 3 ss; MAURACH, *Tratado II*, p. 449, 451, que admite también como supuesto de concurso ideal el caso de acciones, en principio separadas, que se encuentren relacionadas por características objetivas (esferas conectadas); SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 442; STRATENWERTH, AT, p.; SK-SAMSON, # 52, Nr. 10 ss; S/S-

basta para ello ni la unidad de fin, ni que las conductas obedezcan a un motivo similar ni que uno de los delitos cubra al otro, ni la mera coincidencia temporal entre las acciones (39); como tampoco basta el que uno de los hechos sea presupuesto para la comisión del otro. Así, por ejemplo, la doctrina alemana mayoritaria entiende que no es un supuesto de concurso ideal la tenencia ilícita de arma para luego matar con el arma (40). Fundamental para que entren en juego las reglas del # 52 es que exista identidad —aquí parcial— desde el punto de vista objetivo entre las acciones ejecutivas (41).

La doctrina española, por el contrario, no da una respuesta tan unánime en estos casos. Parte de los autores y de la jurisprudencia —posición mayoritaria— entiende, como veremos más tarde, que la coincidencia parcial da lugar a un solo hecho pero a más de un delito. Lo correcto, será pues para ellos aplicar el art. 71 (42). No obstante, discute esta posición si debe acudir al primer apartado de dicho artículo, o más bien al segundo de los apartados. Mientras que la doctrina más tradicional interpretaba al art. 71.1, 2 CP como un supuesto de concurso ideal de acciones parcialmente coincidentes (43), la doctrina más actual prefiere meter todos los casos de unidad de acción en el art. 71.1,1 del CP y reservar el segundo apartado para determinar acciones en concurso real (44). Otra parte de los autores y de la jurisprudencia entiende que la coincidencia parcial es un claro ejemplo de pluralidad

STREE, # 52, Nr. 9 ss; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 47; DERHER/TRÖNDLE, ante # 52, Nr. 3; S/S-STREE, # 52, Nr. 9; LK-MÖSEL, # 73, Nr. 11.

Criticamente, WHALE, Die sogenannte Handlungseinheit durch Klammerwirkung. Ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, GA 1968, p. 110; PUPPE, GA 1982, p. 155.

(39) También STS 11 marzo 1986: «Hallándonos ante actos distintos, aunque producidas en apreciable sincronía, uno integrante de violación, en grado de frustración, y otros atentativos a la vida de la mujer acometida... integrantes de una situación de concurso real de delitos».

(40) Así, también nuestra jurisprudencia mayoritaria: SSTS 6 mayo 1986. Cfr., no obstante, STS 25 junio 1983.

(41) Ver por todos, S/S-STREE, # 52, Nr. 9.

(42) MIR PUIG, DP, p. 731; SANZ MORAN, *El concurso*, p. 152; STS 29 septiembre 1987.

(43) CÓRDOBA RODA, Anotaciones not. 17, p. 463; VIADA Y VILASECA, Código penal de 1870, p. 128.

(44) RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PG, p. 854; LUZÓN PEÑA, Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales, en Estudios penales, p. 417; VIVES ANTÓN, *La estructura*, p. 18; COBO/VIVES, DP, PG, p. 546, nota 38; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 217 ss. También FERRER SAMA, Comentarios, p. 292, entendía que el llamado supuesto de delitos conexos como de naturaleza real, aunque quepa tratarlo de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 71 CP: «una cosa es que esta especialidad del concurso real se equipare en penalidad al concurso ideal y otra que lo sea efectivamente»; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Anotaciones a Mezger*, II, p. 338.

de hechos, que, consecuentemente, nos sitúan en el concurso real (45), lo cual no quiere decir que las reglas aplicables sean las del art. 69 CP. Esta última posición es la que estimo más correcta. Su análisis, por afectar ya directamente al concurso medial, lo dejaremos para más adelante. Continuemos ahora con el examen de las demás cuestiones discutidas.

C) En tercer lugar, y derivado de lo anterior, plantea problemas la unidad de acción en el delito permanente, sobre todo cuando coincide parcialmente con alguna otra acción típica (por ejemplo los *casos 3.3.*). Existe acuerdo en entender que cuando la acción ejecutiva del delito permanente y la ejecutiva del otro se cubren parcialmente lo correcto es apreciar concurso ideal (46). En cambio, hay concurso real cuando con ocasión de un otro delito permanente se realiza otro delito (por ejemplo entre la violación realizada durante una conducción bajo los efectos del alcohol).

No está, en cambio, tan claro qué es lo que sucede cuando un delito permanente sirve como presupuesto para la ejecución de otro, sin que, sin embargo, ambas acciones ejecutivas se cubran. Generalmente se acepta como un supuesto de concurso ideal cuando la situación de permanencia constituye un presupuesto para la realización del otro hecho, y se ha cometido —el delito permanente— con tal finalidad (por ejemplo: allanamiento de morada para matar a su inquilino). En estos casos se considera imprescindible que ya en el inicio del delito permanente exista dolo de realizar otro delito concreto. Tampoco está claro el trato de los casos en que el autor hace fracasar la eliminación del delito permanente con otro delito, sin que este último coincida con la realización del permanente. Un sector mayoritario entiende que habrá concurso ideal cuando el otro delito evite la consumación del delito permanente (47).

En mi opinión, si el delito permanente es un verdadero caso de unidad de hecho no tienen porque regir otras reglas que las generales, sin que esto quiera decir desconocer que en dicho delito la realización del hecho se prolonga más en el tiempo, con la consecuencia de que

(45) GUINARTE CABADA, en *Estudio penales y criminológicos XIII 1990*, p. 163; COBO/VIVES, DP, PG, p. 536; SSTS 12 febrero 1981, 2 noviembre 1984, VIVES ANTÓN, *La estructura*, p. 17.

(46) Así, S/S-STREE, ante # 52, 89; MAURACH, *Tratado II*, p. 427, 450; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1015; SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 442; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 26; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 157 ss, 216; LACKNER, ante # 52, Nr. 11; DREHER/TRÖNDLE, ante # 52, Nr. 41; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 17 ss, # 52, Nr. 25 ss; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 81 ss; HRUSCHKA GA 1968, p. 193; LK-MÖSEL, ante # 73, Nr. 16; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 47; HAFT, AT, p. 290.

(47) S/S-STREE, ante # 52, Nr. 91a, se discuten también, Nr. 91b, los supuestos en que el delito permanente lleva a la realización de un delito imprudente.

será más fácil que coincida temporalmente con otras acciones, sobre todo si se entiende que la situación antijurídica se prolonga hasta que desaparece.

15. Los que entienden que el resultado forma parte del concepto de unidad de hecho —como aquí se hace— en las constelaciones hasta ahora mencionados tienen que llegar forzosamente a otra conclusión. De entrada, en el llamado concurso ideal homogéneo no existirá unidad de hecho (48). Pero tampoco será este el caso necesariamente en el llamado concurso ideal heterogéneo, o cuando las acciones coincidan parcialmente. El problema reside entonces en determinar cómo hay que solucionar los casos comprendidos en el número 3. Esto nos exigirá concretar algunos puntos de partida. Ante todo, no obstante, hay que hacer una advertencia: a partir de este momento me ocuparé exclusivamente de problemas de concurso en los delitos dolosos.

Debe ponerse inmediatamente de relieve una diferencia evidente entre las tres constelaciones de casos propuestas para el análisis: en la primera existen dos hechos diferenciados espacio-temporalmente; en la segunda, por lo contrario, existe un solo hecho, que ocurre en una única unidad espacio-temporal. Por ello, estamos de acuerdo en considerar a los primeros fuente del concurso real y a los segundos del concurso ideal. Las cosas se complican cuando no existe una total identidad, pero tampoco se puede hablar de absoluta incongruencia. Estamos frente a casos intermedios, y de ahí deriva su dificultad. Y esto aunque se excluya al resultado material del concepto de unidad de hecho. En efecto, para esta última posición también tendría que ser un caso intermedio el de coincidencia parcial de las acciones, puesto que en cuanto sea sólo parcial, querrá decir que hay una zona no común constitutiva de otra acción.

16. En la solución de estos supuestos es decisivo, en mi opinión, tener en cuenta varias cuestiones: por un lado, el concepto de bien jurídico manejado, así como cuál es el bien jurídico afectado; y, por otro lado, la parte subjetiva del tipo del concurso (49).

17. A) Para determinar el concepto de bien jurídico debemos partir de nuestra realidad como Estado social y democrático de Derecho. En efecto, como ha puesto de relieve algún sector de la doctrina, este tipo de Estado, democrático, liberal y social, comporta una determinada

(48) Así, MIR PUIG, DP, p. 723; EL MISMO, ADPCP 1977, p. 269; CÓRDOBA RODA, ADPCP 1965, p. 28 ss; GUINARTE CABADA, *Estudios penales y criminológicos*, XIII 1990, p. 206.

(49) MIR PUIG, Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos, ADPCP 1987, p. 208;

concepción del individuo, y con ello de todo el Derecho penal. Cada persona, como individualidad concreta, interesa al Derecho penal. Es decir, si bien es cierto, como hemos señalado más arriba, que existen diferencias entre objeto material y bien jurídico, no es menos cierto, que éste sólo adquiere importancia en cuanto referido a un concreto objeto. Pues si, esencialmente, con la protección de bienes jurídico-penales (50) se persigue facilitar la posibilidad de participación del individuo en la sociedad, será necesario que esta protección del bien revierta en la protección del objeto de referencia. ¡Cómo vamos a facilitar la posibilidad de participación si cuando protegemos el bien jurídico vida, no protegemos a la vez la vida de cada ciudadano concreto! Así pues, como punto de partida me parecen correctas las concepciones más materialistas del bien jurídico.

Las dificultades surgen al intentar precisar el grado de individualidad que debe tener el bien jurídico. No se trata de una cuestión baladí, y además es de suma importancia en el tema del concurso. Pues, muchas veces dependerá de la concreción que se exija el que nos encontremos frente a un único delito, un concurso real de delitos o un concurso ideal. Pongamos un ejemplo: Un sujeto *A* logra introducirse en el guardarropía del restaurante *B*, y apoderarse, con tres actos de sustracción distintos, del contenido de los tres monederos. La interpretación del bien jurídico propiedad va a ser decisiva a la hora de averiguar en presencia de cuántos hechos nos encontramos y las reglas concursales que procede aplicar. De partirse de un concepto de bien jurídico extremadamente espiritualizado debería concluirse que existe un sólo hecho que da lugar a un sólo delito, puesto que el bien jurídico lesionado es sólo uno: la propiedad. De adoptarse la solución opuesta, y llegar a identificar bien jurídico y objeto material, lo apropiado sería dirigirse a las reglas del delito continuado y si la sustracción hubiera sido con violencia o intimidación a las del concurso real. Una solución intermedia sería, por un lado, entender que el hecho es único, pero como los sujetos pasivos son distintos, y cada uno de ellos tiene derecho a la protección penal de la propiedad, lo adecuado es estimar concurso ideal de delitos. Pero entonces, según esta posición, en el caso de que los tres bolsos fueran propiedad de la misma persona habría un único hecho. Así pues, el número de bienes jurídicos lesionados dependería del número de sus titulares. Con este ejemplo puede advertirse la importancia que tiene para la teoría del concurso el concepto de bien jurídico que se utilice.

B) En mi opinión, el grado de individualización y concreción del bien jurídico dependerá de la importancia de lo que se pretenda proteger. Pues, no nos engañemos, para el individuo no tiene el mismo valor,

(50) Sobre este concepto, ver MIR PUIG, DP, p. 101.

—ni desde un punto de vista funcional— la vida, por ejemplo, que determinados ataques a su propiedad. Hay determinados bienes jurídicos que son de *vital* importancia, con la consecuencia de que si no se protege individualmente cada objeto material que le da soporte se van a ver frustradas las posibilidades de participación de muchas personas, que es, en definitiva, lo que persigue el Derecho penal con la protección de determinados bienes jurídicos.

La dificultad consistirá en señalar los bienes jurídicos que deben ser concretados hasta el punto de que la lesión de cada objeto material vaya a dar lugar también a la lesión de un bien jurídico y, por lo tanto, a la realización de un injusto penal. Para ello habría que distinguir entre bienes jurídicos penales que afectan directamente a la posibilidad de participar, por atacar al sujeto mismo de la participación; y aquellos otros que son externos al sujeto participante, pero influyen en la cantidad de la intervención. Los primeros afectarían a la dimensión cualitativa, los segundos a un aspecto más cuantitativo. De acuerdo con este criterio, la vida y la integridad física de cada persona constituiría un bien jurídico distinto. En consecuencia, si se ataca a la vida de cinco personas habrá que entender que se han lesionado cinco bienes jurídicos vida, que existen, pues, cinco delitos contra la vida. Que ello suceda en unidad o pluralidad de hechos, será otra cuestión.

18. Apuntábamos más arriba, que otro de los criterios a tener en cuenta en la resolución de los casos intermedios era la parte subjetiva del tipo del concurso. Esta nueva propuesta (51) no tendría en realidad que sorprender. En efecto, la doctrina viene exigiendo, para apreciar el delito continuado, la concurrencia de una determinada parte subjetiva. En este caso, para apreciar un sólo hecho y beneficiar al reo. También en el llamado concurso medial de delitos se exige que el sujeto actúe con una determinada preordenación. Con más razón luego, debería requerirse si de lo que se trata es de apreciar más de un injusto y con ello agravar al autor.

Por lo demás, es natural que sea de este modo: si para la existencia de un delito doloso es preciso que el autor conozca y quiera los actos ejecutivos que realiza, para la existencia de dos delitos, debería exigirse que el sujeto supiera que infringe más de una ley penal, sea esta la misma o una distinta, suceda ello en unidad o pluralidad de hechos. Por ejemplo, desde esta perspectiva, para castigar por concurso ideal de delitos al que mata a un agente de la autoridad, será preciso que el autor sepa que mata a un individuo y que ataca a la autoridad. Este elemento subjetivo del tipo del concurso no tiene que confundirse con la parte subjetiva de los tipos en concurso (52). Del

(51) Ver MIR PUIG, ADPCP 1987, p. 208.

(52) MIR PUIG, ADPCP 1987, p. 208.

mismo modo, se hablará de coincidencia parcial de las acciones ejecutivas, no sólo objetivamente, sino también desde la perspectiva subjetiva.

III

19. Estamos ya en condiciones de enfrentarnos a la resolución de los supuestos descritos en el *número 3*, los llamados por nosotros casos intermedios. Comenzaremos por recordar que en todos ellos existe, primero, *pluralidad de hechos*, ya sea porque existe más de una acción (coincidencia parcial de acciones), ya sea por que existe más de un resultado material; y segundo, *pluralidad de delitos* (lesión de más de un bien jurídico, bien sea por lesionarse el mismo bien jurídico varias veces, o distintos bienes jurídicos). Con ello queda claro que cumplen los requisitos para que, en principio, entren en juego las reglas del concurso real. La cuestión residirá en determinar qué preceptos del Código penal regulan dicha clase de concurso.

Que a él se refiere el art. 69 CP no cabe la menor duda. La pregunta que debemos hacernos es, mucho más, si el supuesto de pluralidad de hechos se halla regulado además en algún otro precepto del Código penal. La respuesta no puede más que ser afirmativa. Hay que dar la razón a la doctrina mayoritaria que entiende que el llamado concurso medial (segundo supuesto del art. 71) es en realidad un caso de concurso real tratado más benévolamente (53). Desde esta perspectiva, el art. 71 albergará dos hipótesis: el concurso ideal y el medial, éste último de naturaleza real. Ahora bien, ¿cuándo nos encontramos frente a esta relación medial? Y ¿cómo se justifica este trato más benigno? Existen en este punto distintas posiciones doctrinales que conviene tener ahora en cuenta.

20. Las interpretaciones del artículo 71 CP han sido fundamentalmente las siguientes (54):

(53) GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos XIII 1990*, p. 163-164; RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PG, p. 854; COBO/VIVES, DP, PG, p. 546, nota 38; MIR PUIG, DP, p. 731; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 217; VIVES ANTON, *La estructura*, p. 18.

(54) Ver extensamente, SANZ MORÁN, *El concurso*, pp. 217 y ss; GUINARTE CABADA, *Estudios penales y criminológicos XIII 1990*, pp. 155 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2 ed. 1966, a cargo de Gimbernat, p. 380, entiende que el primer inciso del art. 71 «no es propiamente un concurso, ni 'aparente' siquiera (...), puesto que no existe la condición mínima de pluralidad de infracciones, sino de calificaciones jurídicas»; entiende además que «La duplicidad delictiva con voluntad única será solamente sancionable cuando una de las infracciones sea meramente formal; por ejemplo, la de tenencia

A) Ambas hipótesis son de concurso ideal, la primera abarca los casos de coincidencia total y la segunda los de coincidencia parcial (55).

B) La primera hipótesis se refiere al concurso ideal, la segunda es un supuesto especial de concurso real. Coincidencia total y coincidencia parcial de los actos ejecutivos son supuestos de unidad de hecho y, por lo tanto, de concurso ideal. En el supuesto especial de concurso medial, lo importante es determinar cuándo concurre la necesaria relación de medio a fin. Para ello la doctrina ha propuesto dos criterios: a) uno abstracto, b) otro concreto. A ambos criterios me referiré enseguida.

C) La jurisprudencia es un tanto oscilante y poco precisa. Cabe, según la jurisprudencia, distinguir dos modalidades de concurso ideal: la que llama «pluriofensiva» y la «medial». La primera concurre cuando un solo hecho constituye dos o más delitos; la segunda cuando un delito sea medio necesario para cometer otro (56). Para que se dé esta última modalidad no basta al parecer del Tribunal «con que las diversas acciones realizadas se encuentren enlazadas por un tipo delictivo final, sino que es necesario que aparezcan elementos lógicos, temporales y especiales, de tal modo que uno de los delitos sea instrumento necesario para cometer el otro (57)». Otras veces entiende —así STS 29 septiembre 1987— que el concurso medial, llamado también instrumental o teleológico, es una modalidad del concurso real.

D) Otra opinión es la que está de acuerdo, en principio, con la interpretación según la cual el art. 71, primer hipótesis, sirve al concurso ideal, mientras que la segunda hipótesis se trata de un concurso real. Pero a diferencia de la posición anterior, entiende que sólo estamos, propiamente, ante una unidad de hecho cuando existe coincidencia total de las acciones ejecutivas (y, para los que incluyen el resultado material en el concepto de hecho, coincidencia total de resultado material). En consecuencia, la coincidencia parcial dará lugar a una pluralidad de hechos (58).

Esta última es la posición que estimo más correcta. Ahora bien, no todos los casos de pluralidad de hechos debido a la coincidencia parcial van a ser reconducidos a los arts. 69 y 71 segunda hipótesis del CP.

ilícita de armas, que puede coexistir perfectamente con otro delito de dolo específico, lesiones, robo o amenazas».

(55) Por ejemplo, ANTÓN ONECA, DP, p. 491 ss.

(56) SSTS 2 noviembre 1984; 21 mayor 1990.

(57) SSTS 7 febrero 1991; 22 octubre 1991.

(58) GUINARTE CABADA, Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 164; COBO/VIVES, DP, PG, p. 536.

Efectivamente, primero habrá que excluir de este tratamiento los supuestos de concurso real aparente; después habrá de examinarse si puede interpretarse dicha pluralidad de hechos como una unidad jurídica de hecho, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el art. 69 bis CP. De los dos preceptos que regulan el concurso real deberá comprobarse ante todo si se cumplen los requisitos del llamado concurso medial, por ser más beneficioso al reo. Es preciso, pues, que a continuación se decida cuándo va a ocurrir tal cosa.

21. La doctrina mayoritaria ha entendido que el concurso medial se daba cuando existía una relación *de medio a fin entre dos delitos* (59). La discusión se ha centrado, entonces, en dilucidar en que casos un delito es medio para cometer otro. Las posiciones han oscilado desde perspectivas abstracto-objetivas (60) hasta otras concreto-subjetivas (61), llegando a la actualidad en que se defiende una interpretación concreto-objetiva (62). Consecuencia de seguir la primera es la casi inaplicación de dicho precepto. Consecuencia de la segunda y tercera va a ser que sorprendentemente la preordenación al delito actuará como una causa de atenuación. Interpretación, ésta última, que aunque criticada por la doctrina, se estima la única posible. No obstante, entiendo que ninguna de estas interpretaciones es enteramente correcta. Por ello, y para evitar lo que considero soluciones poco justas y poco acertadas desde perspectivas de la política-criminal, voy a proponer una reinterpretación de este precepto.

22. El punto de partida es entender que el concurso medial no presupone una relación de medio a fin, esto es, que se cometa un delito **para** cometer otro. De este modo, los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la preordenación, en otras palabras el plan del sujeto, no podrán dar lugar al concurso medial. Si, por ejemplo, un sujeto roba una pistola para cometer luego un asesinato, no habrá concurso

(59) GUINARTE CABADA, en Estudio penales y criminológicos XIII 1990, p. 173 ss; SANZ MORÁN, *El concurso*, p.; SSTS 2 noviembre 1984: la hipótesis estudiada, surgió en la legislación española, por primera vez, en el art. 78 C.P. de 1848, y, desde entonces, se exige una relación de medialidad o de medio a fin, de tal modo, que el delito instrumento, sea medio necesario para la perpetración de las demás infracciones.

(60) GUINARTE CABADA, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 192 (pero tiene en cuenta al plan del autor); SSTS 2 noviembre 1984: para determinar el preciso enlace, al juicio hipotético conforme al cual, suprimido in mente, el primer delito, el segundo o los demás no se hubieran perpetrado.

(61) FERRER SAMA, Comentarios, p. 294: «habrá que considerar el delito medio como necesario para la comisión del delito fin cuando efectivamente haya sido preciso realizar aquél para cometer la otra infracción, *tal como el sujeto ha planeado el proceso ejecutivo en el caso concreto...*»; SSTS 25 mayo 1983: debe tenerse en cuenta la preordenación subjetiva.

(62) LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, p. 417; MIR PUIG, DP, p. 732.

medial alguno, sino puramente real. Pues, no se entiende porque al sujeto que plantea de antemano una serie de delitos va a resultar además beneficiado. Sobre todo, cuando en nuestro Código penal la preordenación es muchas veces —si da lugar a la premeditación— circunstancia agravante y no atenuante.

23. El art. 71 CP habla solamente de *medio necesario* (63). La palabra *medio* no tiene que interpretarse forzosamente como sinónimo de instrumento. *Medio* es también la *forma*. Desde esta perspectiva, se pone el acento en el acontecer objetivo, y no en la preordenación, de carácter esencialmente subjetivo. En los supuestos de coincidencia parcial puede afirmarse que uno de los delitos es en parte forma o medio para cometer el otro. Así sucederá, por ejemplo, cuando la violencia o intimidación sirva a la vez para una utilización de un vehículo a motor y una violación cometida durante el trayecto.

El Código penal, sin embargo, no se contenta con el ser *medio*, exige además que se trate de un *medio necesario*. Necesario, no supone, como ya se ha dicho, una necesidad lógica o causal. Que un delito sea una forma necesaria para cometer otro, no significa que sea imprescindible, pues, en este último supuesto, como ha dicho buena parte de la doctrina, estaríamos más bien frente a un concurso de leyes.

24. El medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primero, en la coincidencia parcial, pues, esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro. Pero, segundo, también será necesario cuando, de acuerdo con el plan del autor —valorado por supuesto ex ante y objetivamente— no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trata aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor es la ejecución de un delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar otro. Pero respecto a éste último no hay preordenación ni premeditación. Así, si *A* quiere violar a *B*, y entra en casa de este último sin su permiso cometerá además de un delito de violación, un allanamiento de morada. Obsérvese que aquí, si bien no puede hablarse de una coincidencia parcial entre los hechos, uno de ellos —la violación— se realiza cuando el otro —allanamiento de morada— todavía persiste en la situación antijurídica.

(63) En realidad, como señalaba ya QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios, p. 383, «el término de *necesario* parecer más perturbador que suficiente, bastando en puridad el uso más lato de *medio*, que por cierto en muchas legislaciones es motivo de agravación».

25. La conclusión no va a ser, sin embargo, que a todos los casos de coincidencia parcial se les va a aplicar el trato más benévolo del concurso medial. Efectivamente, no podrá ser nunca de este modo cuando los bienes jurídicos afectados sean de carácter eminentemente personal. En estos casos lo adecuado es, debido a este carácter vital del bien jurídico, acudir a las reglas del art. 69 y de este modo proteger a cada individuo como lo que es: una persona con el máximo valor. De otro modo, como ha puesto de relieve algún autor (64), se tendría que llegar a la desafortunada conclusión que la persona muerta por una bomba, que mata además a otras personas, está menos protegida que la que muere por un disparo.

Ya se ha dicho en páginas anteriores que los bienes jurídicos de carácter personalísimo, por ser precisamente insustituibles, no pueden valorarse correctamente por un procedimiento similar a «un tanto alzado». La conclusión será pues que todas las constelaciones descritas en el número 3 dan lugar al concurso medial, excepto cuando se vean afectados bienes jurídicos altamente personales, los cuales, no es sólo que faciliten la participación del ciudadano en la sociedad, sino que son el substrato de toda participación. En otras palabras, constituyen el *si* y no el *como* de la participación.

26. En definitiva, en los casos de coincidencia parcial existe pluralidad de hechos, lo que nos conduce a las reglas de los artículos 69 y 71.1,2 CP. La regla general tendrá que ser la aplicación del art. 71.1,2 por ser más benévolo. De este modo, además, se conseguirá una más clara distinción entre los supuestos de incongruencia total, y los de semiincongruencia. No obstante, cuando los bienes jurídicos afectados sean de carácter personalísimo lo correcto será acudir al art. 69 CP, tesis que puede venir forzada por la razón de que también el art. 69 bis excluye de su ámbito de aplicación esta clase de infracciones.

(64) GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos XIII* 1990, p. 206; también en sentido similar, PUPPE, GA 1982, p. 165.

La Criminología y su función: el momento actual del debate

CARLOS GONZALEZ ZORRILLA

Profesor de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Objeto y función de la Criminología en la visión tradicional.—2. Crimen, criminalidad y criminales: Una ciencia a la búsqueda de objeto.—2.1. El iluminismo: garantías y responsabilidad. 2.2. El positivismo: causas y peligrosidad. 2.3. La criminología crítica: de causas a procesos, de crimen a criminalización. 2.4. El nuevo realismo: de nuevo causas, aun procesos.—3. La prevención penal: una praxis en búsqueda de justificación. 3.1. La prisión: crisis y alternativas. 3.2. Las alternativas comunitarias: ¿Ni alternativas ni comunitarias? 3.3. Vuelta a las garantías o abolición del sistema penal.—4. Algunas reflexiones personales acerca del objeto y función de la Criminología. 4.1. La Criminología como ciencia empírica. 4.2. El inútil camino de la causalidad. 4.3. Más allá del crimen: el control como objeto de investigación. 4.4. El uso simbólico de la justicia penal. 4.5. La cárcel es un mal que no sirve para cumplir sus funciones instrumentales. 4.6. Aumentar los canales de integración social.

1. OBJETO Y FUNCION DE LA CRIMINOLOGIA EN LA VISION TRADICIONAL

Preguntase acerca de cuál sea *la función* (o *las funciones*) de la Criminología significa, obviamente, preguntarse por cuál sea *el objeto* de la misma. Hasta hace relativamente poco tiempo (unos 20 años) la respuesta esa pregunta era sencilla: la Criminología es, se decía, la ciencia empírica que trata del crimen, de los criminales y del tratamiento y prevención del comportamiento criminal (Kaiser, 1978. p. 19;

(*) El presente texto recoge de forma ampliada y corregida el texto de la Conferencia dictada en el XLVI Curso Internacional de Criminología, celebrado en Barcelona los días 28, 29, 30 y 31 de octubre de 1991.

Göppinger, 1975, p. 1; Leauté, 1972, p. 13; Mannheim, 1975, p. 5). Las diferencias entre los diversos tratadistas del tema, podrían encontrarse entonces en el énfasis puesto en uno u otro enfoque del problema (médico, legal, sociológico, etc.) o en la metodología utilizada para su estudio, pero parecía haber paz en cuanto a la materia a investigar. La *función de la Criminología* aparecía así clara: suministrar conocimientos científicos sobre el crimen y sobre los métodos más adecuados para prevenirlo y tratarlo. En los últimos tiempos, además se ha añadido, como objeto específico de la Criminología el estudio de la víctima (vid. García Pablos, 1989, pp. 76 y ss.).

Más tarde volveremos sobre las repercusiones que ha supuesto la consideración de esa nueva temática en el discurso criminológico. Ahora baste constatar que la vieja definición ha entrado en crisis. Han desaparecido la claridad y la paz en la materia; se ha roto el consenso sobre cual sea el objeto de la criminología, y con esa ruptura se ha extendido la duda, cuando no la confusión, sobre qué *es* la Criminología. Y, obviamente, si no está claro qué *es*, menos clara habrá de estar la respuesta a la pregunta sobre cuáles son sus funciones.

A continuación me propongo analizar brevemente los avatares más significativos de la discusión científico-política que ha acabado con las viejas certidumbres.

Para ello me detendré separadamente en la discusión referente al *crimen* por un lado y a su *tratamiento y prevención* por el otro, para acabar con algunas reflexiones personales sobre las tareas de la Criminología en los momentos actuales.

2. CRIMEN, CRIMINALIDAD, CRIMINALES: UNA CIENCIA A LA BUSQUEDA DE OBJETO

2.1. El iluminismo: Garantías y responsabilidad

Aunque el estatuto de «ciencia» no lo adquirió la criminología hasta más tarde, acostumbra hoy a situarse el nacimiento del pensamiento criminológico en las aportaciones del Iluminismo, sobre todo a partir de la *sistematización realizada por Beccaria*. No debo extenderme en sus análisis porque es de sobra conocido, pero vale la pena recordar sus caracteres esenciales, no sólo para situar el origen de la discusión sobre el objeto de la Criminología, sino porque, como veremos más adelante, una de las aportaciones a la discusión en los últimos tiempos, se ha basado precisamente en la recuperación de los valores e ideales de la escuela liberal clásica, lo que se ha llamado la vuelta al «neoclasicismo».

Para la escuela clásica, el crimen, el delito, es una entidad jurídica que existe sólo como categoría de comportamiento sancionado por la ley en la medida que supone una violación del «contrato social»:

«La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social» (Beccaria, 1982. pp. 29-30).

La escuela liberal clásica distingue a continuación claramente entre *fundamento* y *fin* de la pena. (Robert, Ph., 1984, pp. 503 y ss.). El *fundamento* de la pena se halla en la culpabilidad del sujeto, que ha utilizado su libertad para violar el derecho de otro. El *fin* de la pena se reduce a impedir en el futuro la violación de la ley por parte del delincuente y sobre todo, por parte de los demás ciudadanos. La medida de la pena habrá de ser pues, la proporcionalidad con el daño causado y su utilidad para lograr la intimidación de los individuos:

«Hemos visto que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos ... El fin (de las penas), pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que *guardaba la proporción, hagan una impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres* y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo». (Beccaria. pp. 38 y 46).

Dejaré para más adelante, al hablar del control del delito, los principios de política penal que se derivan de esa concepción. Ahora lo que nos interesa retener a efectos de analizar cuál es el objeto y la función de la Criminología para la escuela clásica es que la responsabilidad de establecer *qué* es el delito se deja a la ley y a la voluntad de los legisladores (y por tanto, no es objeto de investigación empírica); que la responsabilidad de establecer *quiénes* son los criminales se deja a la voluntad y libertad de los criminales mismo basándose en la libertad e igualdad de los sujetos del derecho. *Criminales y no criminales no son distintos*. La tarea del criminólogo (que se confunde con la del legislador o la del juez) será pues la de hallar la justa medida del castigo correspondiente al daño social y que suponga sólo un ligero exceso con respecto al beneficio que comporte el delito.

2.2. El positivismo: pausas y peligrosidad

Como sabemos esta acabada concepción filosófica y política se vio atacada por las corrientes del positivismo que parte de presupues-

tos y llega a conclusiones radicalmente diferentes de los de la etapa anterior.

Como ha puesto de relieve De Leo (1984, pp. 23 y ss.), la base de sentido común, moral y filosófica a la cual el positivismo tendrá a dar cuerpo está constituida por la idea de que el bien y el mal deben ser distintos, que deben existir signos reconocibles que identifiquen el malvado con respecto al bueno, al anormal con respecto al normal, al enfermo con respecto al sano. En definitiva, que los delincuentes son distintos de los no delincuentes y que adecuadamente estudiados, podemos identificar sus signos distintivos.

Esa corriente de pensamiento que arranca a principios del S. XIX y ha llegado, con formulaciones y matices diversos, hasta nuestros días, hace del *criminal* y no del delito, el objeto de estudio; el *crimen* no es sino la expresión *necesaria* de una personalidad no libre, sino determinada por factores de orden antropológico, físico, psíquico o social identificables y reconocibles; el *fundamento* de la reacción penal no se halla en la culpabilidad sino en la *peligrosidad* del sujeto y su *fin* ha de ser la neutralización de ese peligro, bien sea mediante el aislamiento, bien mediante la *cura* o *rehabilitación*. La medida del castigo (que, al menos en las versiones correccionalistas, ya no es castigo sino terapia) habrá de ser tan sólo la necesidad de control o de tratamiento mientras persista la peligrosidad del sujeto.

Sin entrar de nuevo ahora en las consecuencias que esa concepción implica en lo que concierne a las modalidades y formas de control, lo distintivo del positivismo en sus múltiples corrientes es que el crimen, por decirlo así, se *ontologiza*, se convierte en un dato objetivo, preconstituido, un ente natural que puede ser observado, aislado y estudiado de forma similar a como se estudian el resto de los fenómenos de la naturaleza.

La Criminología, de raíz positivista, es por eso una Criminología *etiológica*. La función del criminólogo consiste en suministrar conocimientos acerca de las *causas* del delito y acerca de las características de sus autores.

La contradicción de este enfoque de la cuestión criminal es que, mientras se considera al crimen como un ente objetivo, natural, se aceptan sin discusión las normas legales e institucionales que lo definen. El resultado es que se produce una «cosificación» de los resultados de esas definiciones normativas, tomándolas por *cosas* existentes al margen de aquellas. Como ha puesto de relieve Baratta (1985. p. 28) ello comporta una grave inconsecuencia: los elementos para construir una teoría de la criminalidad se extraen observando solamente una parte de los fenómenos concernientes a ella. Justamente la parte que ha sido seleccionada por los mecanismos institucionales y sociales de definición, los cuales, según la hipótesis de que parte la Criminología etiológica, deberían ser

indiferentes para la existencia de su objeto de investigación, es decir, el crimen.

En definitiva, la Criminología etiológica, incluso en sus versiones más modernas a través del enfoque multifactorial, se ve obligada a una *función* auxiliar del sistema penal, del cual extrae su objeto de estudio, sea la «criminalidad» a través de las definiciones y estadísticas policiales y judiciales, sean especialmente «los criminales» seleccionados a través de la institución de la prisión.

Como sabemos, esta visión del problema ha experimentado, sobre todo a partir de las aportaciones de Durkheim un cambio importante, en la medida que tanto el enfoque estructural-funcionalista, la teoría de la asociación diferencial, la teoría de la anomia, la teoría de las subculturas, etc., han partido de un presupuesto contrario al del primer positivismo, a saber: que el criminal no es ni anormal ni enfermo, y que lo que hace, y porqué lo hace debe ser estudiado sobre la base de los mismos factores que explican el comportamiento no criminal. No obstante, si bien es cierto que no es en el individuo delincuente o mejor dicho, en sus rasgos de anormalidad, donde hemos de buscar las causas del delito, no es menos cierto que estos enfoques siguen siendo *etiológicos* en la medida que tratan de hallar esas causas en una estructura social desigual marcada por la distancia entre metas y medios legítimos, y en los procesos de socialización de los individuos que viven en esa situación «anómica».

La función de la Criminología, según estos enfoques será estudiar las causas del actuar delictivo y proponer (en unos momentos, no lo olvidemos, en que se afirma el llamado Estado del bienestar) que sea la sociedad quien se haga cargo de las consecuencias de la desigualdad.

El criminólogo adquiere así un papel de reformador social, que como luego veremos se va a poner en cuestión con la crisis del «Welfare». Pero esa tarea de pedagogo o de suministrador de conocimientos y propuestas al sistema para prevenir y reformar las condiciones sociales en las que se desarrolla el crimen, se realiza sin cuestionar las definiciones legales e institucionales acerca de la criminalidad misma. Todavía la Criminología cuenta con un campo de investigación determinado y objetivable, aun cuando ese campo ya no sea el individuo aislado, sino el individuo situado en una determinada estructura social y cultural.

2.3. La criminología crítica: De causas a procesos, de crimen a criminalización

Esta visión, todavía consensual, que ve en la Criminología la ciencia de las causas de la criminalidad, se vio conmovida en sus cimen-

tos mismos, por lo que se denominó en los años 60, un «cambio de paradigma» que dio lugar a lo que más tarde se conoció como *criminología crítica*.

Tampoco voy a entrar a analizar en profundidad los elementos esenciales de esa teoría o mejor de ese paradigma que -analizado cuidadosamente es mucho menos coherente y unitario en sus posiciones que cuanto se ha querido ver por sus detractores-. En sustancia, el paradigma de la «reacción social» o «paradigma de la definición» afirma que la criminalidad no es una realidad ontológica, sino el resultado final de procesos sociales e institucionales de control social, mediante los cuales se definen algunos comportamientos como desviados y se etiqueta a sus autores como delincuentes. El objeto de análisis de la criminología deja de ser así «las causas» del delito, para pasar a ser el examen de esos procesos.

«Sobre la base del nuevo paradigma, la investigación criminológica tiende a desplazarse de las causas del comportamiento criminal, hacia las condiciones a partir de las cuales en una sociedad dada las etiquetas de criminalidad y el status de criminal son atribuidos a determinados comportamientos y a determinados sujetos y hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional (procesos de criminalización). (Barratta, 1985. p. 28)».

La cuestión criminal es analizada pues como el resultado de una doble selección: una primera selección opera sobre el plano de los comportamientos a criminalizar (o lo que es lo mismo, de los bienes jurídicos a proteger); la segunda opera sobre los individuos a quienes atribuir el estatuto de criminal, mediante un proceso de definición y estigmatización que, si se desarrolla con éxito, *construye socialmente* la propia personalidad del desviado o del delincuente.

«Esos dos tipos de selección responden, no a la casualidad, sino a intereses precisos de producción y reproducción del dominio. La criminalidad es un 'bien negativo' distribuido de forma desigual, pero no arbitraria. Es decir, se selecciona como criminales de forma prioritaria a los individuos pertenecientes a las clases inferiores, ya sea porque el derecho penal está construido de modo que tutela sobre todo los intereses de las clases superiores, ya sea en función de la lógica de funcionamiento y de la práctica concreta de las agencias de control social, desde la escuela, hasta la policía y los tribunales». (Pitch, 1989.p. 43).

En la base de ese modelo está pues la atribución al Estado —o al «poder» o al «sistema»— de la responsabilidad de la definición de la criminalidad y de los criminales basándose en precisos criterios de reproducción de una sociedad injusta. La función del criminólogo se mueve así en una doble tensión no siempre resuelta: si por un lado la solu-

ción definitiva no puede esperarse más que de un cambio radical de la estructura social, no es menos cierto que mientras dicha solución llega es necesario intervenir sobre el plano de las políticas penales y sociales presentes. Esa intervención deberá adoptar dos formas precisas: la operativa, elaborando propuestas tales como la despenalización, descriminalización, descarceración, etc.; la otra, ideológica, destinada a ofrecer un marco de referencia teórico que desmonte el viejo discurso oficial sobre la criminalidad y los criminales, poniendo de manifiesto las mistificaciones y los estereotipos presentes en ese discurso y en las instituciones que lo han construido.

Como ha puesto de manifiesto recientemente Melossi (1991), esa visión del problema, presenta por un lado al «Estado» como una abstracción absoluta, -sin reparar en las contradicciones y conflictos de los grupos sociales que lo componen-, y por otro al «individuo», débil y aislado, haciendo abstracción de las diversas posiciones de poder de los diversos actores sociales.

Esa visión parcial, impide abordar desde una posición de «gobierno» y no subalterna, la política de control social, que se mueve en cambio en la permanente sospecha de que todos los cambio reformistas, sirven en realidad para consolidar el papel del gran Leviatán. La alternativa pues, sólo puede estar en la transformación radical del poder y en la superación de las relaciones sociales de producción capitalistas.

«Una criminología radical exige una redefinición de su objeto de estudio, sus temas y sus objetivos. En el pasado nos hemos visto constreñidos por una definición legal del delito que nos restringe al estudio y en última instancia, al control, de los 'criminales' así definidos por la ley. Necesitamos una definición legal del delito que refleje la realidad de un régimen jurídico basado en el poder y el privilegio; admitir la definición legal del delito significa aceptar la ficción de la neutralidad de la ley (...) Una definición del delito socialista y fundada en los derechos humanos nos habilita para el examen del imperialismo, el racismo, el capitalismo, la discriminación sexual y otros sistemas de explotación que contribuyen a la miseria del hombre y privan a las personas de sus potencialidades humanas (...) Con una definición radical, fundada en los derechos humanos, la solución del 'crimen' reside en la transformación revolucionaria de la sociedad y la eliminación de los sistemas económicos y políticos de explotación.» (Platt, 1977)

Quizás ahí resida, en esa contradicción no resuelta entre «reformas» y «revolución», el nudo central de la crisis de esa visión y de la discusión actual sobre su redefinición. En la medida que la definición de los problemas sociales *reales* se relega al campo metafísico de las contradicciones del sistema capitalista, la aplicación de políticas en sentido

«reformista y humanitario» son miradas con sospecha: Es la actitud que algunos han descrito gráficamente con la frase: Las reformas, no importa cuan liberales y bienintencionadas sean (especialmente si son liberales y bienintencionadas) conducen a una mayor represión y coerción (Cohen, 1988, p. 347).

Sin llegar a una conclusión tan drástica, si es verdad que el alejamiento de la perspectiva de un cambio revolucionario en los países industrializados, el auge de las políticas conservadoras y la reducción de los sistemas ligados al estado del bienestar han producido una situación de impasse que Gouldner ha expresado con claridad:

«Con ello lo que se llega es a que los adversarios del sistema *no pueden* cambiarlo, en tanto que los defensores del sistema *no quieren* cambiarlo. Por tanto no es posible cambio racional alguno». (Gouldner, 1979. p. 41)

2.4. El nuevo realismo: De nuevo causas, aun procesos

Esta visión ha dado paso a la aparición de dos nuevos modelos de aproximación a la cuestión criminal, ambos bajo el apelativo de «realistas». El primero de estos enfoques «realistas», (vid Young, 1986, pp. 393 y ss.), el que podríamos llamar conservador, sostiene que debe abandonarse el estudio de las causas de la criminalidad y en concreto la idea de que la criminalidad esté determinada por las condiciones sociales de desprivación. Según esa interpretación, la mejora de las condiciones sociales ha producido un aumento considerable de la criminalidad, más que una disminución. De ahí que ellos descartan la idea de que pueda obtenerse una disminución de la criminalidad con un aumento de la justicia social.

Por otro lado, sostienen que si bien los pobres cometen más delitos que los ricos, también es cierto que sólo una pequeña parte de los pobres está envuelta en la criminalidad. El crimen depende pues, más de una opción moral individual, que de una situación social.

En definitiva, el objetivo de la política social será el de influenciar, en sentido negativo, esa opción moral hacia el crimen, a través de las adecuadas medidas intimidatorias. El programa concreto de acción, y por ende, la función de la criminología será hallar mecanismos que hagan la realización del delito más difícil para el delincuente, aumentando los riesgos de ser capturado y establecer un sistema de punición apropiado y eficaz para restablecer el orden en la sociedad.

De alguna manera, como se ve, el viejo programa que para los iluministas, estaba cargado de elementos de progreso frente a una concepción religiosa de la criminalidad y un poder y discrecionalidad absolutos del monarca para imponer las penas, es ahora retomado como una propuesta

que privilegia la consecución del orden a través del castigo, de la ejemplaridad de éste para prevenir el delito y de la responsabilidad individual del delincuente como fundamento de la punición.

El segundo de los enfoques, autodenominado «nuevo realismo de izquierdas» pretende situarse a medio camino entre los realistas conservadores y la criminología crítica —a la que tachan de «idealismo de izquierda»—. En síntesis, los realistas de izquierda critican, tanto a la criminología crítica como a los realistas de derechas su abandono del estudio acerca de las causas de la criminalidad. Si los primeros reenvían para ello a las contradicciones del sistema capitalista, los segundos simplemente desechan la posibilidad de hallar esas causas fuera de la pura libertad de elección del individuo delincuente. En consecuencia, según los nuevos realistas, se renuncia a analizar el fenómeno criminal como un problema social *verdadero* y se acaba por hacer el juego a las políticas conservadoras de la ley y el orden.

La «base objetiva» de este realismo es el examen de los índices de victimización y de la noción de «desigual vulnerabilidad de las víctimas». Las conclusiones de ese enfoque son:

- Una parte relevante de la criminalidad (crimen callejero, violencia sexual, delitos contra la propiedad, etc.) se concentra en las franjas más marginadas de la sociedad.
- Para este tipo de delitos, también la victimización se concentra en los sectores más marginados, por lo cual, la relación delincuente-víctima es de tipo intra-grupal (pobres contra pobres).
- La función de los medios de comunicación no es la de *crear* el miedo a la criminalidad, sino que en todo caso pueden utilizar y amplificar ese miedo: «El crimen (para los mass-medias) se convierte en una metáfora, pero es una metáfora, anclada en la realidad». (Young, 1986, p. 409)

Las causas del crimen afirman, no deben hallarse en la pobreza, en términos absolutos, sino en lo que ellos denominan «deprivación relativa», esto es, en la comparación entre «un exceso de expectativas y las oportunidades que existen para realizarlas». De ese sentimiento de sufrir una injusticia, nace el «descontento» («discontent») y de él el crimen, como respuesta egoísta (moralmente reprochable) a la deprivación relativa.

La función de la criminología, en esta nueva visión, será la de argumentar con la gente para distinguir la realidad de la fantasía, y para elaborar programas de intervención que restablezcan la cohesión y la unidad de una comunidad «desorganizada» por la persistencia del crimen callejero. Esos programas de intervención deben ser prioritariamente comunitarios, pero sin excluir el recurso al castigo y a la intervención del control formal (policía, cárcel, etc.) allí donde la comunidad no esté en condiciones de dar respuesta al fenómeno criminal.

Aparte de los peligros que esta visión comporta de recuperación de un enfoque meramente penal del fenómeno de la desviación y de la marginalidad, se ha reprochado a los nuevos realistas sus bases metodológicas. En efecto, aún suponiendo que las categorías de privación relativa (¿quién no ha experimentado al menos una vez al día un exceso de expectativas respecto a las oportunidades concretas de realizarlas?) y de «descontento» (¿a cuál de las múltiples modalidades de descontento se refiere?) lo decisivo es que ambos conceptos no nos dicen nada sobre *un problema de distinta naturaleza*, o sea, *el crimen*.

Al final par explicar el ligamen entre estos tres conceptos (privación relativa - descontento - criminalidad) se recurre a dar un salto atrás que nos lleva de nuevo a las viejas teorías de la anomia mertoniana (vid. De Leo, 1987; Pitch, 1986). Para ese viaje no se necesitaban alforjas.

Y así llegamos al final de este breve repaso. ¿No ofrece la impresión de una discusión circular que da vueltas en torno a los mismos temas sin encontrar la salida? Responsabilidad individual —responsabilidad social— y de nuevo responsabilidad individual; causas —procesos, y de nuevo causas; crimen— criminalización - y de nuevo crimen. No les extrañe que no sea fácil hablar con este panorama, de cuáles sean las funciones de la criminología.

Desgraciadamente el análisis de la segunda parte de la definición, la que se refiere a la prevención y el tratamiento de la criminalidad no nos ofrece un panorama más alentador, en cuanto a la recuperación de las viejas certezas.

3. LA PREVENCIÓN PENAL: UNA PRAXIS EN BUSQUEDA DE JUSTIFICACIÓN

Volvamos de nuevo hacia atrás en la historia de la Criminología, para tratar de descubrir los aspectos esenciales del discurso penal acerca de la prevención y del control del crimen.

Como ha puesto de relieve Philippe Robert (1984, pp. 502 y ss.), esa dualidad prevención-tratamiento, en realidad puede unificarse: La prevención (o al menos, una cierta clase de prevención) ha sido la finalidad constante de la construcción jurídico-penal.

Como antes recordaba, de los postulados en los que se basaba la escuela liberal clásica, se derivaban dos principios fundamentales de la política penal: El primero consistía en la proporcionalidad de la pena respecto al delito. El segundo respondía al criterio del menor coste: el castigo es legítimo sólo cuando es indispensable para lograr la disuasión, es decir, sólo cuando representa un ligero exceso con respecto al delito. Todo castigo que vaya más allá de esa medida de necesidad es tiranía, en cuanto excede el contrato social.

También hemos visto ya anteriormente que el positivismo criminológico dio la vuelta a esos principios. La prevención ya no adopta la forma de disuasión dirigida a todos los ciudadanos (prevención general), sino que se dirige al autor del delito a fin de evitar que pueda reincidir (prevención especial); el aislamiento, la cura o la rehabilitación son ahora el objetivo de las penas, y en tanto no se dirigen a retribuir la culpabilidad del sujeto, sino a neutralizar su peligrosidad, su único límite ha de ser la necesidad: la pena habrá de ser, tan intensa o tan duradera como requiera el «tratamiento» del delincuente. Medir la pena en relación a la gravedad del delito sería tan absurdo como determinar previamente el tiempo que ha de durar la estancia de un enfermo en el hospital.

Esas dos concepciones, que representan construcciones ideológicas acabadas, completas, y que se enfrentan desde principios del S. XIX, han mantenido ese enfrentamiento, con formas diversas, pero con un contenido esencial invariable, hasta nuestros días: Justicia versus tratamiento; certeza versus flexibilidad; infracción versus necesidades; proporcionalidad versus asistencia, etc.

No puedo en el contexto de este trabajo respasar los avatares de la discusión histórica de estos temas. Me limitaré a presentar de forma resumida los perfiles de la discusión en los últimos tiempos, perfiles que han tenido como eje central la discusión sobre el papel de la prisión como expresión material y simbólica de la pena, del castigo.

Debo hacer, no obstante, una advertencia previa. La discusión que voy a presentar sobre la prisión y sus alternativas tiene relativamente poco que ver con la situación en nuestro país. Mientras otros países discutían sobre la crisis de la prisión, en el nuestro discutíamos sobre la amnistía para los presos políticos; mientras en otros países ponían en marcha proyectos comunitarios alternativos a la cárcel, nosotros discutíamos el contenido de la Ley General Penitenciaria; y por último, cuando en muchos países se cuestionan las alternativas comunitarias y comienza a hablarse de su fracaso, nosotros aún discutimos la posibilidad de introducir la *probation* en el (una vez más anunciado) Proyecto de Nuevo Código Penal. Por ello me centraré en la discusión sobre la prisión y sus alternativas más allá de nuestras fronteras (vid. Larrauri, 1982).

3.1. La prisión: Crisis y alternativas

La idea de sustituir parcialmente el control carcelario por un control «comunitario», esto es, de pasar de un control «segregativo» a un control «integrador» forma parte de la historia misma de la institución carcelaria, pero experimentó un impulso más decidido en las dos últimas décadas, sobre todo a partir de los años 60.

Cuatro fueron las razones que de un modo inmediato sirvieron de justificación a ese impulso:

a) *La crisis de la prisión como instrumento de control*: La masificación de la población penitenciaria, con la secuela de aumento de la violencia, difusión de enfermedades y ausencia de garantías de los derechos fundamentales no representaba sino la exteriorización de un fracaso más profundo: el fracaso de la cárcel para cumplir los objetivos de prevención, retribución y reinserción que históricamente había proclamado.

Una parte de la sociedad perdió su confianza en las posibilidades rehabilitadoras de la prisión y contemplaba horrorizada el deterioro de los derechos humanos fundamentales de los internos; y esa desconfianza aumentaba en el caso de las penas cortas privativas de libertad, en las cuales los efectos destructores y desocializadores producidos por la cárcel superaban con creces los hipotéticos beneficios resocializadores.

b) *La crítica a las instituciones totales y la difusión del asistencialismo*: El enfoque de la desviación y el control proporcionado por el labelling approach, cuyo postulado esencial afirmaba que la desviación no es una realidad en sí misma, sino una etiqueta que los demás conseguían poner al desviado a través de un proceso de estigmatización, constituyó el primer eslabón del ataque teórico a los fundamentos del control penal en su versión carcelaria.

A esa crítica cabría sumar el análisis de GOFFMAN sobre las instituciones totales y las aportaciones de la antipsiquiatría, que dieron como resultado un movimiento de desinstitucionalización de los enfermos mentales, movimiento que influyó a su vez en la tendencia a trasladar una argumentación similar a las instituciones penitenciarias (Goffman, 1970; Basaglia, 1971).

Por último, y como parte del llamado «Estado del bienestar», se produjo, sobre todo en la década de los 70, una extraordinaria difusión del asistencialismo, esto es, de la idea de ofrecer atención médica o social en el propio medio, a las personas o colectivos sociales más desfavorecidos o necesitados y que incluía entre sus presupuestos una compleja base conceptual en la cual los rasgos de la pobreza y la marginación y los de la desviación y la delincuencia quedaban a menudo equiparados.

Incluso en aquellos países, como el nuestro, en que el Estado del bienestar constituía simplemente una referencia teórica, sin apenas ninguna trascendencia práctica, el asistencialismo seguía jugando un papel simbólico notable

«Incluso cuando el asistencialismo se reducía a una pura ideología, en la cual las imágenes y las orientaciones de principio no coincidían con la efectividad de la práctica, continuaba ejerciendo una influencia ... en cuanto la intervención social en general tendía a asumir la función de

control social en forma blanda sustituyendo los arcaicos modelos represivos» (Mosconi, 1986, p. 281).

c) *La crisis fiscal del Estado y la relación coste-beneficio en la cárcel:* También exigencias de carácter económico se vinieron a sumar a esa tendencia a desarrollar alternativas comunitarias a la prisión. El mantenimiento y la creación de nuevas cárceles y el coste que ello suponía para las arcas estatales en unos momentos de recesión económica vivida en Occidente desde principios de la década de los 70 empujaba a los Estados a la búsqueda de nuevos recursos de control más baratos y más «productivos» (Larrauri, 1982, p. 774).

De hecho, esa exigencia de racionalización económica no se materializó, ya que las alternativas comunitarias no disminuyeron las dimensiones de la institución penitenciaria como luego veremos, con lo cual el coste de dichas alternativas *se sumó* al coste de las prisiones, pero, una vez más, el argumento parece haber jugado un papel simbólico, al margen de su efectiva realización práctica.

d) *La búsqueda de una nueva legitimación del control penal:* Acompañando a todos esos fenómenos citados, también en el interior del mismo discurso penal se produjo una crisis paralela que afectaba a los cimientos mismos en los que se venían asentando. La crisis de la prisión significó también, de manera inevitable, una crisis de los fines del Derecho penal, tradicionalmente vinculados a la institución penitenciaria como forma nuclear de la respuesta punitiva.

A la sinrazón de una respuesta penal basada en el retribucionismo se sumó la indemostrabilidad empírica del efecto de prevención general de las normas penales y, en cambio, la vivida sospecha cuando no la certidumbre del fracaso clamoroso de la prevención especial, al menos en su vertiente rehabilitadora o resocializadora.

Por ello se asistió no sólo a discusiones doctrinales acaloradas sobre las bases de una nueva legitimación del Derecho penal (sin excluir, obviamente, la posibilidad de prescindir totalmente del instrumento penal), sino, lo que es más importante, a nuevos intentos de relegitimar el control por parte del Estado.

Todo este conjunto de planteamientos empujaron, pues, en la dirección de buscar alternativas comunitarias a las penas privativas de libertad.

3.2. Las alternativas comunitarias: ¿Ni alternativas ni comunitarias?

Pero como ya antes adelantaba, la ejecución de esas alternativas, sus resultados prácticos, y aún su filosofía de fondo, fueron rápidamente sometidas a revisión. Las críticas, o mejor dicho, las críticas de carácter *li-*

beral dirigidas a las alternativas comunitarias (las críticas *conservadoras* simplemente se referían a su coste e inutilidad para lograr descensos apreciables de los índices de reincidencia) se centraron en los siguientes puntos.

a) *Aumento del control*: Aunque todo este conjunto de medidas alternativas comunitarias, con sus diversas variantes, se planteaban como objetivo la disminución del tamaño, alcance e intensidad del sistema de control formal o, al menos, del extremo duro de este control -la cárcel-, la experiencia práctica puso de relieve que lo que en realidad se produjo es un crecimiento del tamaño e intensidad de la «red» penal, por utilizar el símil de COHEN:

- «1. En primer lugar, hay un incremento del número de desviados atrapados en el sistema; muchos de ellos son nuevos que no estaban siendo procesados anteriormente (redes más anchas).
2. En general, hay un incremento de la intensidad de la intervención con los desviados antiguos y nuevos, sujetos a unos niveles de intervención (incluida la institucionalización tradicional) inexistentes anteriormente (redes más duras).
3. Nuevos centros y servicios están completando más que reemplazando los sistemas de control originales (redes distintas).»

(Cohen, 1989. p. 74).»

En concreto, parece evidente ya que ninguna de estas alternativas logró disminuir los índices de encarcelamiento: «Al contrario, la dimensión comparada de las tendencias carcelarias fueron en sentido opuesto: más medidas alternativas, más encarcelamiento. Se denunció que la experiencia de la alternativa a la cárcel, en los hechos, no se mostró en absoluto una alternativa al ‘estado de privación de libertad’, y que las medidas alternativas no fueron aplicadas ‘en lugar’ de la cárcel, sino ‘junto’ a la cárcel». (Pavarini, 1989. p. 122)

Si, como se apuntaba, las medidas alternativas no supusieron una disminución efectiva de los encarcelados, sino un aumento de los mismos, habría que convenir en que dichas medidas cumplieron una mera función ideológica -en el sentido marxista del término ideología, esto es, como mistificación de la realidad- de cobertura de una eventual expansión del control en general y del sistema penitenciario en particular.

b) *La selección de los destinatarios*: Las investigaciones han puesto de relieve que, en general, las medidas alternativas se aplicaron a los sectores de población de clase media, que contaba con adecuados recursos familiares, económicos, laborales, etc. Muchos de los servicios o

instituciones que prestan este tipo de asistencia estaban incluso diseñados para admitir solamente sujetos dotados de dichos recursos, y de hecho, la dinámica que en ellos se siguió resultaba imposible de seguir para sujetos que no alcanzaban un determinado nivel de preparación cultural o profesional.

Ello, además de haber excluido de su ámbito de aplicación a la mayoría de la población carcelaria tradicional formada por individuos pertenecientes a los sectores sociales más deprivados y marginados, supuso un endurecimiento del control para el resto. En efecto, como dice LARRAURI (1982. p.776), «para ese sector que ya se veía normalmente excluido del sistema carcelario, el control de la comunidad vino a representar generalmente la obligatoriedad de participar en algún tipo de programa educativo -terapéutico- rehabilitador sito en la comunidad... En otras palabras, el control de la comunidad supuso un endurecimiento de las condiciones en que se concedió la probation o parole».

c) *Posibilidad de aumento de la población penitenciaria futura:* El hecho de que a las condiciones tradicionales de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena exigidas tradicionalmente, tanto en los sistemas anglosajón de probation como en el continental de sursis, se añadían condiciones específicas de participación en determinados programas terapéuticos o rehabilitadores, hacía más probable que el incumplimiento de alguna de estas condiciones impuestas llevara al sujeto a la cárcel en el futuro. La consecuencia no dejaba de ser paradójica: además de que no suponía una disminución de la población penitenciaria, la aplicación de las alternativas a la prisión podría representar un aumento de esa población en el futuro.

d) *Privatización y disminución de las garantías:* El hecho de que muchas de estas alternativas quedasen confiadas al sector privado representaba un riesgo de generar fenómenos especulativos y prácticas clientelares incontroladas o que podían dar lugar a formas de control y de restricción más rígidas incluso que las estructuras cerradas y al margen de cualquier control jurisdiccional.

Aunque otros autores pusieron de relieve su sospecha de que, en realidad, esas agencias tenían poco de privadas, en cuanto recibieron abundantes subvenciones de fondos públicos y en las mismas trabajaban profesionales seleccionados en términos similares a los que operaban en el sistema central de la justicia penal, nadie puso en duda la falta de adecuados mecanismos de control jurisdiccional de su actuación, teniendo en cuenta sobre todo las condiciones de extrema dureza del control ejercido por alguna de ellas (Pavarini, 1986).

Pero, además, la utilización de estos servicios e instituciones de control extrapenitenciario tendieron a privilegiar las estructuras más cerradas y convirtieron a los profesionales de esos servicios en apéndices del

aparato central de control, haciéndoles asumir un papel para el que no estaban destinados y que podía poner en peligro la labor de atención y ayuda que pregonaba su puesta en marcha.

3.3. Vuelta a las garantías o abolición del sistema penal

En definitiva, una vez más, todo este conjunto de críticas han puesto en duda no sólo los resultados prácticos del movimiento descarceratorio, sino incluso sus propias premisas ideológico-políticas. Ello ha dado lugar a la aparición de dos nuevas tendencias contrapuestas.

Por un lado, la crítica a la intromisión por parte del movimiento descarceratorio en todos los ámbitos de la vida social, su capilarización, la extensión del control terapéutico y la ausencia de garantías individuales que comporta, ha provocado un movimiento de reivindicación del ámbito de las garantías del ciudadano, frente al control estatal lo que se ha llamado el «modelo de justicia» y un nuevo impulso de las teorías neoclásicas en la recuperación de valores como la certeza y proporcionalidad de las penas, etc. La crisis del estado asistencial, ha producido, al mismo tiempo, un fortalecimiento de las políticas de orden público, rechazando la posibilidad de objetivos reformistas o de intervención asistencial y enfatizando nuevamente las teorías de la prevención general. (Larrauri, 1989. p. 97)

La otra orientación, de signo opuesto al anterior está representada por los abolicionistas. El movimiento abolicionista lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo del «etiquetamiento». Para el abolicionismo el crimen no es solamente un estigma distribuido de forma arbitraria y selectiva, sino que además sirve para enmascarar los conflictos realmente existentes y expropia a los propios actores del conflicto la capacidad de resolverlo.

La *víctima* adquiere en este nuevo enfoque un rol central: La actual situación de las víctimas expropiadas e ignoradas por la justicia penal, recobrarían un nuevo protagonismo con la abolición del sistema penal mismo. Ello permitiría que víctima y ofensor pudieran estar en disposición de abordar su «conflicto» personalmente, en un proceso de comunicación cara a cara, donde los «reales» problemas de ambos podrían aflorar en términos concretos y no abstractos. (Pitch, 1989. p. 54). Obviamente este modelo supone una reivindicación de la comunidad participante en la resolución de los conflictos y que recupera así la función reguladora y de control social primario que hoy le ha sido arrebatado por el Estado.

No puedo, en el contexto de este trabajo, desarrollar en profundidad, las críticas que se han hecho a este nuevo modelo epistemológico: su reivindicación de una comunidad que no existe en la realidad; su ingenuidad al suponer que el Estado pudiera abandonar el monopolio del

control penal que constituye la esencia misma de su existencia; su idealismo acerca de las posibilidades de restitución total del protagonismo del conflicto a las víctimas; el peligro de dar lugar a formas de restitución no garantista, etc.

Lo que si me importa señalar es que ese brevísimo panorama que acabo de trazar, parece sumirnos de nuevo en un círculo interminable, en el que los criminólogos, como modernas Penélope, parecen dedicarse a destejer por la noche lo que laboriosamente ha ido tejiendo durante el día, en una tarea interminable y agotadora.

Y, sin embargo, no sería justo concluir con la sensación de que todo ese esfuerzo de pensamiento, de conocimientos, de discusiones ha sido banal. Creo que algunas cuestiones aparecen hoy más claras que ayer, que algunos estereotipos han sido definitivamente destruidos, y que, si bien no podemos decir que hayamos encontrado mejores respuestas, si podemos afirmar que tenemos mejores preguntas que hacernos. A intentar formular algunas de esas conquistas e interrogantes, va destinada la última parte de este trabajo.

4. ALGUNAS REFLEXIONES PERSONALES ACERCA DEL OBJETO Y FUNCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA

Probablemente, si alguna lección podemos extraer de la evolución del pensamiento criminológico, sea la necesidad de abandonar la búsqueda de absolutos metafísicos y certezas.

«Ni las certezas políticas, ni las ciencias pueden sustituir la difícil decisión de realizar opciones morales»

(Cohen, 1988. p. 354).

Por eso me voy a permitir una vez más retomar la vieja definición sobre la Criminología para hacer una nueva lectura de su objeto y método, con el fin, no de desvelar la solución del enigma, sino de reflexionar acerca de las dudas y los interrogantes que nos asaltan.

4.1. La Criminología como ciencia empírica

Esa parecía ser la primera señal de identidad de la Criminología: su carácter de ciencia empírica (empírico-experimental decían otros).

En un país como el nuestro, tan poco acostumbrado a la investigación empírica, la necesidad de contar con un instrumento que no dé cuenta de la realidad *tal como es*, parece incuestionable. Nada que objetar pues al carácter de ciencia empírica de la criminología. Ahora bien,

en Criminología, «objetividad científica» ha sido demasiado a menudo sinónimo de determinismo. La «objetividad», y por tanto, la certeza de los datos se contraponía a la relatividad y opinabilidad de las opciones valorativas, sin reparar que, precisamente porque los datos, ni se recogen, ni se interpretan ellos solos, en el interior de los argumentos empíricos y determinísticos se hallan, más o menos escondidas, teorías e ideología. (Ponti-Merzagora, 1985, p. 23). Cuando hoy repasamos las viejas evidencias empíricas que *demostraban* de forma *incuestionable*, por ejemplo, el ligámen entre raza y crimen, nos damos cuenta cuantas veces el recurso a la ciencia ha servido para esconder prejuicios racistas. Por cierto que hoy —más tarde pondré un ejemplo—, parecemos estar asistiendo a una nueva manifestación de esa vieja historia de racismo.

En definitiva, lo que quiero decir es que, probablemente, el recurso a los datos, cada vez más sofisticados, no nos debe hacer olvidar que es falaz intentar encontrar en *la ciencia* peligrosos soportes de certeza absoluta, y que por lo tanto, es preferible reconocer la contingencia de nuestras conclusiones científicas y poner de manifiesto las opciones ideológicas que se encuentran tras ellas.

4.2. El inútil camino de la causalidad

Esa advertencia anterior, sobre la inevitabilidad de tener en cuenta las opciones políticas e ideológicas implícitas en nuestras investigaciones es, por otro lado, un rasgo común a todas las ciencias sociales, pero creo que es particularmente relevante en el caso de la investigación criminológica.

Creo que una de las conquistas que nos ha dejado el interaccionismo y la llamada criminología crítica, es que el delito no es un ente natural, aislable e identificable como tal, al margen de los procesos de definición social y legal. Parece una verdad, hoy ya unánimemente aceptada que es imposible tratar de hallar una unidad «natural», ontológica, entre fenómenos tan dispares como los atracos a mano armada, el delito fiscal, la violencia doméstica o la prevaricación judicial. Que lo único que unifica ese conjunto de fenómenos heterogéneos es su definición como delitos, sin que exista una realidad ni psicológica, ni antropológica, ni social que los comprenda a todos ellos.

Y no sólo eso: la segunda de las adquisiciones irrenunciables del interaccionismo es, creo, que el propio hecho de la definición de esas conductas como delictivas y, desde luego, la reacción institucional que esa definición pone en marcha, contribuyen a su vez a definir, a modificar, a *crear*, el *problema social* que esas conductas representan.

En definitiva, lo que quiero decir es que la investigación y el análisis del fenómeno social que llamamos «crimen», no puede hacerse, sin estudiar el complejo proceso interactivo entre las *acciones* de los indivi-

duos dotadas de *significación social* por un lado, la *norma* que define esas acciones como aprobadas o desaprobadas, normales o anormales, conformistas o desviadas por otro, y la *reacción social* que ponen en marcha. (Lemert, 1981; De Leo, 1984)

4.3 Más allá del crimen: el control como objeto de investigación

De lo anterior se deduce también que el control social se convierte así en el objeto privilegiado de la investigación criminológica. Desde luego eso no supone caer en fáciles abstracciones reduccionistas que consideran el crimen como un ente artificial, producto sin más de los procesos de definición y etiquetamiento. Ya he dicho anteriormente que el fenómeno incluye tres variables indesligables: acción social - norma - reacción social. Pero sí supone no convertirse en fáciles prisioneros de las definiciones legales y por lo tanto hacer abstracción de esas mismas definiciones a la hora de estudiar la realidad criminológica.

Creo que hoy es particularmente importante prestar atención a los procesos de criminalización de determinadas conductas (y al revés, al proceso de *no* criminalización de otras), a la aparición de nuevas categorías sociales de desviados y al resurgir de viejo conceptos como el de «peligrosidad social», que en el contexto actual, adquieren una nueva dimensión y relevancia.

Y por lo mismo, creo que la criminología no puede seguir siendo la ciencia del *control penal* «tout court», sino que el criminólogo, si quiere tener una visión de conjunto de los procesos de control social presentes en nuestra sociedad, ha de abarcar con su mirada fenómenos que hoy se encuentran en los márgenes de las definiciones del delito. Me refiero por ejemplo, a fenómenos tales como el de los extranjeros, o el de las toxicomanías, etc. Ambos, son imposibles de entender sin considerarlos en relación a los procesos que ligan la marginación, la exclusión social y la criminalización. Y, al revés, es imposible tener una visión cabal de la criminalidad y su control, sin hacer referencia a los procesos de reacción social, formal e informal, que operan en relación a esas realidades «*no delictivas*».

Y, aún más, la criminología como ciencia del control social (y no simplemente del control penal), ha de abarcar el estudio que se refiere al actuar de otras agencias del control, como las instituciones psiquiátricas, el trabajo social, etc., es decir, el conjunto de instancias implicadas en la distribución de servicios y recursos, pero que a su vez operan, creando definiciones de «normalidad» o «anormalidad», de «bien» y de «mal». (Pitch, 1989. p. 23)

En este sentido es evidente la necesidad de analizar cuidadosamente el papel de los medios de comunicación en esos procesos de definición. Sin entrar ahora en la discusión sobre si son los medios de comunica-

ción los que *crean*, definiéndola, la desviación o simplemente se limitan a reflejar las ideas de «la gente» sobre el crimen, ampliándolas, es evidente la necesidad de analizar en profundidad el papel de los medios de comunicación al respecto. Les pondré un ejemplo, extraído de una noticia del diario «El País», del 30 de agosto de 1991, titulada «600 inmigrantes detenidos este verano en Madrid»:

«Seiscientos extranjeros pasaron a disposición judicial tras las operaciones policiales realizadas este verano en Madrid, principalmente en las zonas de la plaza de España y la Gran Vía. Estas 600 personas son parte de las 3.000 que fueron cacheadas en las redadas. *Otros 500 delincuentes* cayeron en la red policial en este período. Pese a esta ofensiva, la plaza de España era ayer un hervidero de *africanos, traficantes y drogadictos*, a los que la presión de la policía no parece inquietar.

Desde el 15 de junio hasta el 25 de agosto, agentes de la comisaría de Centro han montado un dispositivo especial en la zona de Gran Vía-Red de San Luis-Clavel-Víctor Hugo-Hortaleza, calles por las que permanentemente *pululan* todo tipo de *extranjeros*.»

Queda claro, no sólo una actividad claramente marginalizante hacia los colectivos de inmigrantes (¿Por qué ellos «pululan» mientras los demás andamos o paseamos?), sino su asimilación con la droga, el crimen, etc., como forma de exclusión y segregación social.

4.4. El uso simbólico de la justicia penal

Los procesos de criminalización a los que hace un momento me refería, no siempre encierran no obstante, el enmascaramiento de posiciones de dominio o de exclusión social hacia determinados colectivos vistos como «extraños», «distintos». A veces, como en el caso del movimiento feminista o ecologista, sus demandas de criminalización de las agresiones sexuales, de persecución de la violencia doméstica o de la efectiva protección penal del medio ambiente obedecen, o mejor dicho, tienen su *base objetiva* en problemas que tienen que ver con el abuso de posiciones de poder, bien derivadas de la identidad sexual o de situaciones económicas o institucionales. (vid. Pitch, 1989. pp. 84 y ss.)

En todos estos casos las demandas de criminalización, además de perseguir el objetivo de reducir la incidencia de estas conductas a través de la amenaza de sufrir una sanción, parecen buscar otra finalidad, también implícita en la criminalización: la de afirmar, con carácter «universal» una nueva jerarquía de valores alternativos sobre la femineidad o sobre la conservación del planeta.

Paradójicamente en cambio, en la medida que esos movimientos (o al menos, algunas expresiones de esos movimientos) patentizan su rei-

vindicación pidiendo la criminalización y presentándose como víctimas de una situación injusta, están sirviendo para *relegitimar* al derecho penal en su función más «dura», y en definitiva, dando nuevos argumentos a los partidarios de la ley y el orden, no frente a la violencia doméstica o la contaminación del medio ambiente precisamente, sino frente a los inadaptados, inmorales y peligrosos de siempre.

La otra consecuencia de esa utilización simbólica del derecho penal, como ha puesto de relieve Tamar Pitch, es que, para que un problema pueda ser criminalizado debe ser definido de forma precisa y rígida. La «violencia sexual» es «esto» y no otra cosa, o sea, es, aquello que la norma dice. Pero con ello la criminalización simplifica el objetivo, radicaliza y hace más rígido el conflicto. Tiene necesidad de producir una lógica amigo-enemigo, para lo cual, necesita producir un clima de indignación moral.

Pero con ello, lo que se produce es la *individualización* de la atribución de responsabilidad: el sistema penal opera con autores individuales. La consecuencia es que desaparece el contexto social, cultural y político en el que se produce el problema. Por ejemplo, las catástrofes ecológicas serán atribuidas a un culpable determinado, con lo que tiende a difuminarse la consideración de las mismas como resultado de un determinado modelo de desarrollo económico, etc. Es decir, que mientras se legitima el problema como de interés universal, se individualizan las responsabilidades. (Pitch, 1989. pp. 94 y ss.)

Aun cuando se trate de un problema con raíces e implicaciones diversas, creo que ese mismo análisis nos da algunas claves de interpretación para las recientes movilizaciones vecinales contra la droga, ocurridas en nuestro país en las últimas semanas, y la coincidencia con la discusión del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana que, entre otros dislates, propone la persecución del consumo de drogas.

4.5. La cárcel es un mal que no sirve para cumplir sus funciones instrumentales

La siguiente reflexión, que me parece hoy ya una verdad adquirida en el trabajoso proceso de clarificación epistemológica a que me he referido con anterioridad, se puede formular de manera muy simple: la cárcel es un mal, que no previene y no resocializa (Melossi, 1991).

Como ya hemos visto con anterioridad, la discusión en estos momentos parece más bien hallarse en si dicho mal es necesario o innecesario, pero no parece que hoy nadie ponga en cuestión el daño que la cárcel significa, y muy pocos creen todavía en que puede ayudar a prevenir la comisión de delitos.

Con frecuencia, cuando se dice esto, se produce entre algunos trabajadores penitenciarios un reflejo de rechazo e incomodidad. A menudo

esos profesionales reciben esa afirmación como un reproche dirigido a su trabajo y a su función. Y sin embargo no es así. Lo cierto es que de la afirmación de que la cárcel es un mal, no se desprende la conclusión de que todas las cárceles son iguales: Hay cárceles peores que otras y por tanto, la organización, el funcionamiento y la labor de los profesionales penitenciarios no es indiferente al resultado final.

Pero detrás de la afirmación de que la cárcel es un mal se encierra la constatación de una crisis que hoy parece insuperable: lo que está en cuestión no es el funcionamiento de tal o cual sistema penitenciario, sino la propia función social del castigo, al menos en la forma histórica que el castigo ha producido en al época moderna, esto es, la reclusión, la prisión. Hoy aparecen inconciliables las tradicionales funciones de custodia y de rehabilitación o resocialización y existe la cada vez mayor evidencia de que la primera de esas funciones, -la custodia, la reclusión- anula cualquier posibilidad auténtica de realizar la segunda -la resocialización, la reintegración social-.

De esa constatación me parece que se deducen al menos tres consecuencias importantes:

La primera, es que ello obliga a todos los que nos dedicamos de una forma u otra al estudio de la cuestión penal, a definirnos sobre las diversas opciones político-criminales que la crisis de la prisión plantea. Bien entendido que ese posicionamiento no puede ser el resultado de una mera operación técnico-científica o la exclusiva consecuencia de una investigación empírica, sino que encierra, como antes decía, una opción política e ideológica que la honestidad intelectual me obliga a explicitar de la manera más clara posible.

La opción que sostengo es, que no siendo posible en mi opinión acabar hoy con la prisión como forma de la violencia institucionalizada, si es posible y deseable proceder a una drástica reducción cuantitativa y cualitativa del peso de la institución carcelaria.

Comprendo las razones del abolicionismo, y comparto con esa corriente del pensamiento criminológico su crítica a los fundamentos de la reacción penal tal como se produce en nuestros días. Pero en mi opinión, suprimir el derecho penal, tal como hoy lo conocemos y dejar la resolución de todos los conflictos que la criminalidad provoca, en manos exclusivas de la comunidad y de las víctimas, resulta una aspiración plausible, pero no me parece un programa político realizable. Suprimir, *en los actuales momentos históricos*, la reacción punitiva formalizada, podría hacer perder a sectores sociales muy amplios el sentimiento de «equidad», de «justicia» y de «rectitud». Y como ha dicho un autor:

«Si la gente pierde el sentido de que ‘las cosas funcionan’ y de que están viviendo en una sociedad ‘equitativa y justa’ puede generarse ‘rabia y escándalo’, lo que a su vez conduce a abandonar todas las preocupaciones humanitarias respecto de los delincuentes y en general, respecto de

todos los grupos desfavorecidos». (Gaylin, 1983, p. 341)

Por eso me parece que, manteniendo como horizonte la idea de lograr «no un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal», según la vieja sentencia de Radbruch, un análisis concreto de las posibilidades presentes me inclinan por la opción llamada del «derecho penal mínimo».

Por derecho penal mínimo entiendo con Ferrajoli, lo siguiente:

«Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y punitones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas». Es decir ... «la pena está justificada como *mal menor* —esto es, *sólo si es menor*, o sea, menos aflictiva y menos arbitraria— respecto a otras reacciones no jurídicas y más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos son los costos del *derecho penal* respecto a los costos de la *anarquía punitiva*». (Ferrajoli, 1986. p. 39)

De esa comparación se deduce la necesidad y la conveniencia de reducir cuantitativamente el derecho, hasta el límite de su tendencial supresión. Pero mientras subsista la posibilidad de prevenir conductas indeseables de los ciudadanos mediante intervenciones y técnicas que limiten o anulen sus derechos y libertades, deberá subsistir el derecho penal con su complejo sistema de garantías derivadas del Estado de derecho.

Por ello, la tarea del criminólogo será la de suministrar datos, experiencias y propuestas que aumenten la tolerancia social a la desviación y que disminuyan la creencia (profundamente errónea) de que todos los problemas sociales pueden ser resueltos recurriendo a la amenaza del castigo. Episodios recientes de intolerancia social ante las minorías étnicas, los drogadictos o los extranjeros, en la medida que potencian la emergencia de legislaciones y prácticas penales cada vez más duras y menos garantistas (una de esas expresiones, la llamada Ley de Seguridad Ciudadana se está discutiendo en estos días en el Parlamento español), ponen de relieve como los sistemas punitivos se dirigen hacia una transformación en sistemas de control cada vez más informales y cada vez menos garantistas. Por eso tiene razón Ferrajoli cuando apunta:

«Quizás lo que hoy es una utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo; la utopía no es el abolicionalismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto». (Ferrajoli, 1986. p. 44)

La segunda consecuencia a la que nos conduce la constatación de la crisis de la prisión, se refiere a la prisión misma. Tengo la impresión de que todavía no hemos tomado conciencia cabal de lo que significa hablar de la cárcel como un «servicio» público.

Esa expresión «servicio» traduce un cambio de significación profundo de la tarea de todos los profesionales penitenciarios y, aún diría más, de la filosofía misma de la institución penitenciaria. Supone, a mi modo de ver, cambiar la vieja concepción «rehabilitadora» o de «tratamiento» en la que el detenido no es sujeto, sino *objeto* de la acción rehabilitadora que ejercitan instancias externas a él, a una concepción interactiva. Como ha dicho Baratta, se ha de pasar del concepto de «tratamiento» al de «*reintegración social*», no «por medio de», sino «a pesar de» la cárcel.

«Esto significa reconstruir íntegramente, como derechos del detenido, los contenidos posibles de toda actividad que pueda ser ejercida. Por tanto el concepto de tratamiento debe ser redefinido como 'servicio'». (Baratta, 1991. p. 91)

De esa forma, la promoción educativa y cultural, la salud y las condiciones higiénicas, el respeto a la individualidad y a las peculiaridades culturales de los detenidos, el trabajo productivo, la apertura de la cárcel al exterior y del exterior a la cárcel, etc., son dimensiones de la actividad penitenciaria que adquieren una nueva dimensión si se leen como derechos de los *ciudadanos* que se hallan privados de libertad, muy distinta de si se leen como *recursos técnicos* para cambiar la forma de ser y de comportarse de los *delinquentes reclusos*.

Por último, la tercera consecuencia de la constatación de la crisis de la prisión, obliga a plantearse de forma también *pragmática* —«pragmatismo moral» lo llama Cohen— y el tema de las alternativas «blandas» al internamiento carcelario.

Sin ignorar las críticas a las alternativas comunitarias —que yo mismo he formulado en ocasiones— no podemos caer en el pesimismo inmovilizador de considerar que nada puede ser modificado y que cualquier mejora acaba por ser absorbida por «el sistema» con fines de aumento del control. Ese peligro existe, ciertamente, pero también hemos de ser justos y reconocer que algunas de esas alternativas, han servido para ofrecer oportunidades y ayuda a los perdedores, a los marginados, a los pertenecientes a ese sector social que antes llamábamos «pobres» y que hoy designamos con nombres técnicos enrevesados —«desviados», «inadaptados», «antinormativos», etc.— y que constituyen esa masa de desheredados que pueblan nuestras prisiones.

Debemos exigir que las alternativas comunitarias sean realmente *alternativas* y no meros añadidos al control penal tradicional; debemos

exigir que las alternativas comunitarias sean verdaderamente *comunitarias* y no meros apéndices del aparato de control penal; debemos exigir que las alternativas comunitarias sean *garantistas* y no se trate de una mera «*estafa de las etiquetas*» en la que, bajo la cobertura ideológica de que no es derecho penal, se enmascare un vaciamiento de las libertades y derechos de los ciudadanos; debemos exigir que las alternativas comunitarias no supongan una excusa para que el Estado se desentienda de los problemas de los marginados, mediante el fácil recurso de traspasar esa responsabilidad a la comunidad.

Debemos exigir todo eso, pero una vez hecho, debemos exigirnos a nosotros mismos, no contribuir al aumento de la segregación y la exclusión social, incentivando, a veces involuntariamente, el fácil recurso a la prisión como única forma de respuesta al delito.

4.6. Aumentar los canales de integración social

De todas las tareas de la criminología, ninguna me parece más necesaria y más urgente que la de agrandar los límites de la tolerancia social e inventar nuevas formas y canales de comunicación y de integración de los desviados y de los marginados.

Cuando asistimos hoy a fenómenos tales como el apaleamiento de toxicómanos, por el hecho de ser «*visibles*» socialmente, hemos de afirmar la conveniencia de establecer sistemas institucionales que hagan que problemas sociales como el de la farmacodependencia sean aún más visibles. Pero visibles para posibilitar su atención, no para crear alarma social.

Cuando asistimos hoy a fenómenos como el rechazo y la intolerancia frente a las minorías étnicas o nacionales, basándose en su identificación con el crimen, hemos de reivindicar y aplaudir experiencias de integración de esos mismos colectivos en la comunidad, con formas flexibles que combinen la asistencias con la comunicación interactiva entre culturas, grupos o individuos.

Cuando asistimos hoy a propuestas de política criminal que no sólo tienden a endurecer la intervención policial y punitiva, sino que incluso llegan a plantear la posibilidad de *militarizar* la intervención en determinados conflictos, tales como el narcotráfico o las inmigraciones masivas, se hace más urgente, trabajar para *normalizar* las actividades del control social, para extraerlas del clima de «guerra» en la que hoy parecen estar sumidas, y para poner en primer plano, políticas que, creen auténticos vínculos de socialización y no espejismos de cohesión *social* basados en el rechazo de todo lo que es distinto, ajeno o problemático.

BIBLIOGRAFIA

- BARATTA, Alessandro (1985). «Sur la criminologie critique et sa fonction dans la politique criminelle», en *Annales Internationales de Criminologie*. Núm. 23.
- (1991). «Resocialización o control social. Por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado», en *Hacia el Derecho Penal del nuevo milenio*. Cuadernos INACIPE. México.
- BASAGLIA, Franco (1971). *La magioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*. Einaudi. Torino.
- BECCARIA, Cesare (1982). *De los delitos y de las penas*. 3ª edic. Alianza Ed. Madrid.
- COHEN, Stanley (1988). *Visiones de control social*. Traducción de Elena Larrauri. P.P.U. Barcelona.
- DE LEO, Gaetano (1984). *Psicosociología della criminalità e della devianza*. Bulzoni, ed., Roma.
- (1986). «Il crimine come problema e la sua spiezazione: nuovo realismo e oltre», en *Dei delitti e delle pene*. Núm. 3.
- FERRAJOLI, Luigi (1986). «El derecho penal mínimo», en *Poder y Control*, Núm. 0.
- GARCIA PABLOS, Antonio (1989). *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa-Calpe. Madrid.
- GAYLIN, Willard (1983). «The Killing of Boonie Garland: A Question of Justice», cit. por Cohen, Stanley (1988). *Visiones de control social*. P.P.U. Barcelona.
- GOFFMAN, Erving (1970). *Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales*. Amorrortu, Ed. Buenos Aires.
- GÖPPINGER, Hans (1975). *Criminología*. Reus. Madrid.
- GOULDNER, Alvin W. (1979), «The future of the Intellectuals and the Rise of the New Class», cit. por Cohen, Stanley (1988). *Visiones de control social*. P.P.U.. Barcelona.
- KAISER, Günther (1978). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. Espasa-Calpe. Madrid.
- LARRAURI, Elena (1982). «Las paradojas del movimiento descarcerario en Estados Unidos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Fasc. III.
- (1989). «Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista», en *Poder y Control*, Núm. 3.
- LEAUTE, Jacques (1972). *Criminologie et science pénitentiaire*. Presses Universitaires. París.
- LEMERT, Edwin M. (1981). *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*. Giuffré, Milano.
- MANNHEIN, Hermann (1975). *Tratatto di Criminologia comparata*. Einandi. Torino.
- MELOSSI, Dario (1991). «Ideología e diritto penale», en *Dei delitti e delle pene*. Núm. 1.
- MOSCONI, Guiseppe (1986) «Riferimenti per una alternativa reale al carcere», en *Dei delitti e delle pene*. Núm. 2.
- PAVARINI, Massimo (1986). «Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional», en *Poder y Control*, Núm. 0.

- (1989). «La cárcel en Italia entre voluntad de descarceración y necesidades disciplinarias», en *Poder y Control*, Núm. 3.
- PITCH, Tamar (1986). «Viaggio attorno alla 'criminologia'. Discutendo con i realisti», en *Dei delitti e delle pene*. Núm. 3.
- (1989). *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*. Feltrinelli. Milano.
- PLATT, Tony (1977). «The future of the Intellectuals and the Rise of the New Class», cit. por Cohen, Stanley (1988), en *Visiones de control social*. P.P.U. Barcelona.
- PONTI, Gianluigi / MERZAGORA, Isabella (1985). «Riflessioni epistemologiche sulla criminologia», en *Rassegna di Criminologia*, V. XVI, Fasc. 1.
- ROBERT, Philippe (1984). «Gli effetti della pena per la società», en *Dei delitti e delle pene*, Núm. 3.
- YOUNG, Jock (1986). «Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale», en *Dei delitti e delle pene*. Núm. 3.

CRONICAS EXTRANJERAS

Un planteamiento estratégico y comprehensivo de cooperación internacional para la prevención, control y represión de la criminalidad internacional y transnacional, incluyendo la creación de un tribunal internacional (*)

M. CHERIF BASSIOUNI

PRESENTADO AL OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL CRIMEN Y EL TRATAMIENTO DE LOS DELINCUENTES

La Habana, Cuba, 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

ADVERTENCIA

EL PRESENTE DOCUMENTO NO ES UNA TRADUCCION OFICIAL Y HA SIDO PREPARADO POR LA SECRETARIA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS PARA USO DEL COMITE JURIDICO INTERAMERICANO

Washington, D. C. 25 de septiembre de 1990

(*) Los planteamientos, la presentación del material y las opiniones expresadas en este documento son las del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales (ISISC) y no reflejan necesariamente las prácticas y opiniones de las Naciones Unidas en cualquiera de estos puntos.

Preparado por el Comité de Expertos sobre Política Penal Internacional para la Prevención y Control de la Criminalidad Internacional y Transnacional y para la Creación de un Tribunal Penal Internacional. Organizado por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, bajo los auspicios del Ministerio de Justicia italiano, en cooperación con la Rama de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Justicia Penal. 24-28 de junio de 1990. Basado en el informe preparado por M. Cherif Bassiouni, Presidente del ISISC; Presidente de la AIDP, IAPL; Catedrático de Derecho de De Paul University, College of Law.

SUMARIO: I. Consideraciones generales sobre la tipificación y la codificación de crímenes internacionales y sobre el desarrollo de una Política criminal internacional en el ámbito de la Administración de Justicia relativa a las infracciones internacionales y transnacionales.—II. Consideraciones técnico-jurídicas sobre la definición y codificación de las infracciones internacionales y transnacionales.—III. Principios y fundamentos jurídicos de la responsabilidad penal internacional.—IV. Principios y políticas para aumentar la efectividad de la aplicación a través del Derecho interno (Sistema de Aplicación Indirecta).—V. Integración de las modalidades de cooperación internacional para la prevención, el control y la represión de la criminalidad internacional y transnacional.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TIPIFICACION Y LA CODIFICACION DE CRIMENES INTERNACIONALES Y SOBRE EL DESARROLLO DE UNA POLITICA CRIMINAL INTERNACIONAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA RELATIVA A LAS INFRACCIONES INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES

1. Puede decirse que el Derecho Penal Internacional moderno comenzó en 1815, en el Congreso de Viena y sus esfuerzos por abolir la esclavitud. Desde entonces se han elaborado 317 instrumentos internacionales sobre Derecho Penal Internacional sustantivo, que comprenden los siguientes crímenes internacionales: Agresión, Crímenes de guerra, Uso ilícito de armas, Crímenes contra la Humanidad, Genocidio, Apartheid, Esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, Experimentación ilícita sobre seres humanos, Tortura, Piratería y crímenes contra la marina mercante, Piratería aérea y sabotaje de aeronaves, Secuestro de diplomáticos y de otras personas internacionalmente protegidas, Captura de rehenes civiles, Envío postal de explosivos y de objetos peligrosos, Cultivo y tráfico ilícito de drogas, Destrucción y robo de tesoros nacionales y arqueológicos, Daños contra el ambiente, Corrupción de funcionarios públicos internacionales y extranjeros, Tráfico internacional de materiales obscenos, Interferencia en cables submarinos, Falsedades y falsificación y Robo de materiales y armas nucleares (1).

(1) Véase M.C. BASSIOUNI, *International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985* (2 vols. 1986). Véase además otros títulos en la materia, A. HEGLER, *Prinzipien des internationalen Strafrechts* (1906); F. MELLI, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts* (1910); M. TRAVERS, *Le Droit Pénal International et sa Mise en Oeuvre en Temps de Paix et en Temps de Guerre* (5 vols. 1920-1922); H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'Etude du Droit Pénal International* (1922); H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les Principes Modernes du Droit International* (1928); N. LEVI, *Diritto Penale Internazionale. Völkerstrafrecht* (1952); V. PELLA, *La Codification du Droit Pénal International* (1952); S. GLASER, *Introduction à l'Etude du Droit International Penal* (1954); A. QUINTANO-RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Pe-*

2. Estas infracciones se tipifican para proteger los siguientes intereses y valores internacionalmente reconocidos por la comunidad mundial (2).

- (i) Protección de la paz.
- (ii) Protección humanitaria en conflictos armados
- (iii) Control de armamentos de destrucción masiva y de armas susceptibles de provocar un sufrimiento humano inútil.
- (iv) Protección de los Derechos Humanos más básicos y fundamentales.
- (v) Prevención de la violencia terrorista.
- (vi) Protección de intereses sociales.
- (vii) Protección del patrimonio cultural.
- (viii) Protección del ambiente.
- (ix) Protección de los medios de comunicación internacionales.
- (x) Protección de los intereses económicos internacionales.

3. Aunque estos crímenes internacionales sean normalmente cometidos por individuos, algunos de ellos resultan directamente de la acción estatal o pueden ser producto de una política estatal favorecedora. Ahora bien, si universalmente se reconoce la responsabilidad individual de las personas físicas que cometan esos hechos, existe todavía un escaso consenso en la doctrina penal internacional contemporánea en torno a la admisión de la responsabilidad penal del Estado, y esto a pesar de que el

nal Internacional e Internacional Penal, 2 vols., 1955-1957); S. GLASER, *Les Infractions Internationales* (1957); *International Criminal Law* (G.O.W. Mueller & E. M. Wise eds., 1965); O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966); S. PLAWSKI, *Etude des Principes Fondamentaux du Droit International Pénal* (1972); M. C. BASSIOUNI & V. P. NANDA, *A Treatise on Internatinal Criminal Law* (2 vols. 1973); *La Belgique et le Droit International Pénal* (B. DeSchutter ed., 1975); S. GLASER, *Le Droit Penal Internatinal* (2 vols. 1979); H. EBEID, *Algarima Al-Dawalia (The International Crime)* (1979); D. OEHLER, *Internationales Strafrecht* (2 ed. 1983); I. KARPETZ, *Delitos de Carácter Internacional* (1983); RANDIN «International Crimes», 32. *Iowa L. Rev.* 33 (1946); DINSTEN, «International Criminal Law», 5 *Israel* 55 (1975); WRIGHT, «The Scope of Internatinal Criminal Law: A. Conceptual Framework», 15 *Val J. Int'l L.* 562 (1975); GREEN, «An International Criminal Code Now?», 3 *Dalhousie L. J.* 560 (1976); MUELLER, «International Criminal Law: Civitas maxima», 15 *Case W. Res. Int'l L.* 1 (1983); FRIEDLANDER, «The Foundations of International Criminal Law: A Present Day Inquiry», 15 *Case W. Res. J. Int'l L.* (1983); WISE, «International Crimes and Domestic Criminal Law», 38 *De Paul L. Rev.* 923 (1989).

(2) Véase M. C. BASSIOUNI, *A Draft International Criminal Code and a Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, pp. 21-52 (1987) [De aquí en adelante referido como *Proyecto de Código*]. Hay traducción de este Proyecto de Código en español (trad. J. L. de la Cuesta Arzamendi) publicado por la editorial Tecnos, Madrid, 1982, con el título *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*.

Derecho Internacional consuetudinario ha reconocido la responsabilidad internacional del Estado a efectos indemnizatorios (3).

4. Los crímenes internacionales objeto del Derecho Internacional convencional y consuetudinario contienen invariablemente uno o los dos elementos siguientes (4):

- (i) un elemento internacional que evidencia que la conducta punible afecta a la paz y la seguridad mundial, o ataca significativamente a los valores fundamentales de la Humanidad; y
- (ii) un elemento transnacional, pues la violación afecta y compromete a más de un Estado, o a los habitantes de más de un Estado, o se ha cometido por medios que involucran a más de un Estado

Mientras que algunos delitos son verdadera y cabalmente internacionales por su alcance, efectos o consecuencias, otros son esencialmente transnacionales y sólo de manera parcial o incidental pueden ser considerados internacionales en el sentido indicado (5). Es, por ello, necesario distinguir entre ambos supuestos.

5. No obstante la diversidad existente en cuanto a su naturaleza, alcance y efectos, no existen criterios uniformes y generalmente reconocidos para operar una neta distinción entre estas infracciones, que son generalmente denominadas, sin más, crímenes internacionales. Algunos tratadistas han propuesto distinguir entre crímenes internacionales *stricto sensu* y *lato sensu*. Pero tales denominaciones no permiten llegar fácilmente a una definición precisa de qué debe entenderse por delito internacional, definición por otra parte indispensable para la codificación de los mismos y que debe servir de guía en la política de desarrollo de futuras incriminaciones penales internacionales (6).

6. Los esfuerzos desarrollados desde 1947 por parte de las Naciones Unidas para elaborar un Código de Delitos Contra la Paz y la Se-

(3) Sobre los principios de la Responsabilidad del Estado, véanse los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional entre 1976 y 1989, publicados anualmente en el «*Yearbook of International Law Commission*» (ILC). En cuanto a la última posición de la ILC, véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su sesión cuadragésimo-primera, 2 de mayo a 21 de julio de 1989 (GAOR XLIV), Supp. n.º 10 (A/44/10). Véase, además, I. BROWNIE, *State responsibility* (1983).

(4) M. C. BASSIOUNI, «Characteristics of International Criminal Law Conventions», en *1 International Criminal Law: Crimes*, p. 1 (M. C. BASSIOUNI ed. 1986).

(5) *Id.*

(6) *Proyecto de Código, supra* nota 2, en pp. 1-20.

guridad de la Humanidad (7) han fracasado por la falta de percepción clara acerca de lo que constituye un crimen internacional y, consiguientemente, de qué conductas convendría incluir en el Código propuesto. Como resultado de lo anterior, en los actuales trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se han incluido nuevas categorías delictivas que no son objeto de convenciones internacionales. Simultáneamente, se han excluido otras que sí se contemplan en numerosas convenciones, por considerar que no afectan a la «Paz y Seguridad de la Humanidad» (8).

7. Al mismo tiempo, la Comisión de Derecho Internacional, con ocasión de la elaboración del Proyecto de Principios sobre Responsabilidad de los estados, ha aceptado, sin llegar a definirla, la distinción entre crímenes y delitos internacionales (9), evidenciando aún más, de esa manera, la necesidad de definiciones más precisas en la materia que satisfagan las exigencias del «principio de legalidad».

8. Los requisitos materiales y personales de las infracciones internacionales deben ser objeto de clara identificación. Deben además establecerse las categorías típicas precisas para distinguir entre los supuestos más graves y los de menor entidad. El esfuerzo debe igualmente concentrarse en la selección de denominaciones para las distintas categorías delictivas, tales como: crímenes, delitos, ofensas, violaciones u otras, como las «infracciones graves» y las «infracciones» contempladas por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (10) y en los

(7) *Proyecto de Códigos de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, adoptado en París el 18 de julio de 1954, 9 U. N. GAOR Supp. (n.º 9), 11, U. N. Doc. 2693 (1954). Véase JOHNSON, «The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind», 4 *Int. & Comp. L. Q.* 445 (1955). Este proyecto ha estado en la agenda del Sexto Comité de la O.N.U. desde 1979. Véase además WILLIAMS, «The Draft Code of Offences Against Peace and Security of Mankind», in 1 *International Criminal Law: Crimes*, p. 109 (M. C. Bassiouni ed., 1986); Proceedings, Eightieth Annual Meeting of the American Society of International Law, «Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind» (con comentarios de BASSIOUNI, p. 120, pp. 123-124; McCAFFREY, pp. 120-123; WILLIAMS, pp. 124-127; FRANKWOSKA, pp. 128-130; y FRIENDLANDER, pp. 130-132).

(8) Véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (1989), *supra* nota 3, pp. 127-187.

(9) Véase Proyecto de Artículos de Responsabilidad de los Estados, art. 19, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (1989), *supra* nota 3. Véase además F. MALEKIAN, *International Criminal Responsibility of States* (1985).

(10) Convenio de Ginebra para la Mejora de la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña. Ginebra, 12 de agosto de 1949, 75 *U.N.T.S.*, 31, *T.I.A.S.* núm. 3362; Convenio de Ginebra para la Mejora de la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, Ginebra, 12 de agosto de 1949, 75 *U.N.T.S.* 135, *T.I.A.S.* núm. 3364; Convenio de Ginebra relativo a la protección de Civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, 75, *U.N.T.S.* 287, *T.I.A.S.* número 3365.

Protocolos I y II de 1977 (11). Dichas categorías deben ser reflejo de una política internacional diseñada para prevenir, controlar y reprimir las infracciones al Derecho Penal Internacional.

9. A la luz de la disponibilidad y límites de las sanciones internacionales, debe formularse una Política criminal internacional que tenga en cuenta la capacidad y efectividad de los sistemas de aplicación existentes, tanto a nivel internacional como nacional, fundados en la cooperación voluntaria de los Estados de perseguir y extraditar a los acusados y asistir a los Estados dispuestos a perseguir a los infractores de las normas penales internacionales.

10. Es necesario desarrollar con un nuevo enfoque la Política criminal internacional, en orden a hacer más efectivo el sistema global de justicia penal internacional. Esto debería incluir, entre otras:

- (i) la identificación del interés social internacional o transnacional a proteger;
- (ii) la identificación del daño internacional o transnacional que se pretende evitar;
- (iii) una evaluación de la gravedad intrínseca o de la naturaleza delictiva de los atentados contra la comunidad mundial, sus valores fundamentales y sus intereses básicos, incluyendo, aunque no limitativamente, la preservación de la paz y la seguridad de la Humanidad así como la protección de los derechos humanos fundamentales;
- (iv) evaluación de la peligrosidad inherente a las conductas prohibidas y sus autores, manifestadas en la conducta típica y en el modo en que se ha producido; y
- (v) el reconocimiento del nivel de prevención general que se persigue generar a través de la criminalización internacional de la conducta delictiva, todo ello a la luz del grado de seguridad de un eventual enjuiciamiento y sanción.

11. El Derecho Penal Internacional debe además conservar el valioso principio de legalidad, que incluye las máximas elementales *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege* (12), así como también la exigencia de que los crímenes internacionales sean definidos y tipificados

(11) Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, Berna 12 de diciembre de 1977, U. N. Doc. A/32/144 Anexo I; Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 Berna, 12 de diciembre de 1977, U. N. Doc. A/32/144 Anexo II.

(12) ANCEL, «La Règle nulla poena sine lege dans les Legislations Modernes», en *Annales de l'Institut de Droit Comparé* 245 (1936); VASSALLI, *Nullum Crimen Sine Lege* (1939) reimpreso de 91 *Giurisprudenza Italiana*; NUVOLONE, «Le Principe de Legalité et les Principes de la Defense Sociale», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 231 (1956). Para un examen de estos principios véase Glaser, «Le Principe de la

con claridad y sin ambigüedades y contengan penas precisas o basadas en principios y parámetros suficientemente determinables.

12. El enjuiciamiento de los crímenes internacionales, sea por un órgano judicial internacional o por uno nacional, ha de ser conforme con las normas internacionales sobre derechos humanos (13) con vistas a asegurar justicia, igualdad y equidad en Derecho para todos los acusados.

13. La aplicación efectiva del Derecho Penal Internacional depende de:

- (i) el desarrollo de las legislaciones internas que tipifiquen delitos internacionales;
- (ii) el desarrollo de legislaciones nacionales y multilaterales, así como de instrumentos bilaterales para la cooperación interestatal en orden a prevenir, perseguir y castigar tales crímenes, y
- (iii) la creación de diversas instancias de investigación, persecución, enjuiciamiento y castigo de los infractores del Derecho Penal Internacional, entre las que debería encontrarse la creación de un Tribunal Penal Internacional.

14. Debería elaborarse por las Naciones Unidas un Código Penal Internacional, que habría de comprender (14):

- (i) Una parte general que contenga principios de responsabilidad.
- (ii) Una parte esencial que contenga las infracciones.
- (iii) Una parte procesal con las modalidades de cooperación internacional.

Legalité en Matière Pénale, notamment en Droit Codifié et en Droit Coutumier», 46 *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 889 (1966). Para tener un acceso al tema desde el punto de vista doméstico, véase R. MERLE & A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, p. 108 y ss. (1967). Sobre el derecho histórico del juez, en el sistema de justicia penal francés, de interpretar principios de derecho, y que en pág. 113 reconoce el declive durante el siglo XX de la interpretación positivista rígida del «principio de legalidad», J. DE LA MONRANDIARE, *De la Regle «Nulla poena sine Lege»* (1910); SOLER, «La Formulation Actuelle du Principe Nullum crimen», *Revue de Science Criminelle*, p. 11 et seq. (1952); VASSALLI, *Nullum Crimen Sine Lege*, en *Novissimo Digesto Italiano*, p. 3 (1984); y VASSALLI, «*Analogia nel Diritto Penale*» en *Novissimo Digesto Italiano*, p. 3 (1987).

(13) Véase, entre otros, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, G. A. Res/220 o A (TTI); Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 10 de diciembre de 1984, A/Res/39/146; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, 3 de julio de 1957, ECOSOC Res/663 C (TTIV); 13 de mayo de 1977, ECOSOC Res/2076 (LXII).

(14) Véase *Proyecto de Código*, supra nota 2.

II. CONSIDERACIONES TECNICO-JURIDICAS SOBRE LA DEFINICION Y CODIFICACION DE LAS INFRACCIONES INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES

La aplicación del Derecho Penal Internacional progresaría mucho si se definieran y codificaran las infracciones internacionales, con base en los criterios descritos, que se recomienda sean tenidos en cuenta por las Naciones Unidas, por los Gobiernos y por la comunidad científica (15).

1. Una infracción internacional es aquella conducta, internacionalmente proscrita, que los Estados tienen el deber internacional de criminalizar, perseguir o extraditar y, en su caso, de castigar al transgresor. Corresponde también a los Estados la responsabilidad de cooperar con otros Estados y órganos internacionales para la implementación efectiva y de buena fe de tales deberes, en orden a alcanzar los objetivos de prevención, control y persecución de las conductas ilícitas.

2. Las infracciones internacionales deberían clasificarse atendiendo a su gravedad internacional.

a) El término «*Crímenes Internacionales*» debería reservarse sólo para las infracciones más graves, que normalmente son el producto de la acción del Estado o de la política estatal y que afectan a la paz y seguridad de la Humanidad o que atentan de manera significativa a los valores internacionales más básicos. Son crímenes internacionales:

1. La agresión.
2. Los crímenes de guerra.
3. El empleo ilícito de armas.
4. Los crímenes contra la Humanidad.
5. El genocidio, y
6. El apartheid.

b) *Delitos Internacionales* son aquellas conductas ilícitas que vulneran valores humanos fundamentales, más no afectan a la paz y seguridad de la Humanidad, y que no son el producto de la acción del Estado o de la política estatal. Son:

1. La esclavitud y prácticas relacionadas con ella.
2. La tortura.
3. La experimentación ilícita sobre seres humanos.
4. La piratería.
5. La piratería aérea.
6. La amenaza y uso de fuerza contra personas internacionalmente protegidas.
7. La captura de rehenes civiles.

(15) Id., pp. 21-66.

8. Los delitos relativos a las drogas.
9. La destrucción y/o robos de tesoros nacionales.
10. La destrucción del ambiente.
11. El uso ilegítimo de correos con fines violentos.
12. El robo de armas y materiales nucleares.

c) *Infracciones internacionales* son aquellas conductas ilícitas que no pueden incluirse en la categoría de «Crímenes internacionales» ni en la de «Delitos internacionales». Son:

1. El tráfico internacional de materiales obscenos.
2. La interferencia en cables submarinos.
3. Las falsedades en general y la falsificación de moneda.
4. La corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Las Naciones Unidas deberían emprender la tarea de codificación de los crímenes internacionales tanto convencionales como consuetudinarios con vistas a reforzar su represión por las vías jurídicas nacionales y, eventualmente, por un Tribunal penal internacional. Dicha codificación serviría además como modelo para las legislaciones nacionales y para la incorporación de dichas normas a sus respectivos ordenamientos internos. Esta labor no ha sido todavía emprendida debido a la percepción de la Comisión de Derecho Internacional de que el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y de la Seguridad debe limitarse a las conductas que atentan contra la paz y la seguridad, de aquí que no se contemplen todos los crímenes internacionales (16).

III. PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL

Reconociendo que el Derecho Penal Internacional tanto convencional como consuetudinario establece la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales, sin tomar en cuenta si la legislación interna también lo hace (17), , asimismo que la responsabilidad de los Estados existe en el Derecho Internacional consuetudinario, pero conside-

(16) Véase *supra* nota 7.

(17) Carta del Tribunal Militar Internacional (anexa al Acuerdo de Londres para la Persecución y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra del Eje Europeo), Londres, 8 de agosto de 1945, 82 *U.N.T.S* 279, *E.A.S.* núm. 472; Carta del Tribunal Militar Internacional para el lejano Este), Tokio, 19 de enero de 1946 (Orden General núm 1), reformada el 26 de abril de 1946, *T.I.A.S.* núm. 1589. Véase además Kelsen, «Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals», 31 *Calif. L. Rev.* 530 (1943).

rando la necesidad de una regulación más específica de ambos tipos de responsabilidad, se reafirma que:

1. Los individuos son los sujetos de la responsabilidad penal internacional.

2. Nadie puede beneficiarse de la eximente de «obediencia debida a órdenes superiores» para la ejecución de crímenes, delitos o infracciones internacionales a menos que en todos y cada uno de sus actos, dicha persona se haya visto sometida a una amenaza inminente, proporcional o superior al daño causado.

3. Los Jefes de Estado y diplomáticos no gozarán de inmunidad en cuanto a la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de una infracción internacional.

4. Deberían establecerse sistemas de responsabilidad estatal cada vez que sus agentes se vean envueltos en la comisión de infracciones internacionales, o actúen en representación o en provecho del Estado en la comisión de tales hechos. Dicha responsabilidad, de mantenerse los actuales criterios del Derecho Internacional consuetudinario, debería incluir —atendiendo a las necesidades y viabilidad económica del Estado— la restitución, indemnización y reparación de las víctimas de los delitos y del Estado afectado.

5. La persecución y castigo nacional y, eventualmente internacional de los infractores del Derecho Penal Internacional debería respetar los principios elementales de Justicia y equidad, tal y como han sido proclamados por instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, y que incluyen entre otros: el derecho a un juicio justo ante un tribunal imparcial; la posibilidad de ser oído y de defenderse; la confrontación de testigos; la presentación de testigos; el derecho a tener un defensor de propia elección, que incluye la autorrepresentación y el nombramiento de un defensor de oficio en caso de indigencia; el derecho a comparecer ante un órgano judicial, justo e imparcial, diferente de aquél que ordenó el procesamiento; la aplicación del principio *ne bis in idem*; y la imposición de penas y tratos que no sean degradantes (18).

IV. PRINCIPIOS Y POLITICAS PARA AUMENTAR LA EFECTIVIDAD DE LA APLICACION A TRAVES DEL DERECHO INTERNO (SISTEMA DE APLICACION INDIRECTA)

En orden a hacer más efectivo el sistema internacional de prevención, control y represión de las infracciones internacionales, deben tenerse en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Aplicación de la regla *aut dedere aut iudicare*.

2. Reconocimiento del deber del Estado de perseguir efectivamente y de buena fe o de conceder la extradición de manera efectiva y de buena fe.

(18) Véase *supra* Nota 13.

3. Incorporación de los crímenes, delitos e infracciones internacionales a las legislaciones nacionales de todos los países.

4. Establecimiento de criterios de prioridad en los principios de jurisdicción: territorialidad, nacionalidad, personalidad pasiva y universalidad.

5. Otorgamiento a las víctimas individuales del derecho a instar la persecución y de participar en el proceso como parte civil.

6. Desarrollo de medios que permitan detectar los abusos de poder cometidos por parte de aquellos funcionarios públicos susceptibles de realizar infracciones internacionales o que podrían impedir su enjuiciamiento efectivo y de buena fe.

7. Incorporación a las legislaciones internas de los Estados de mecanismos integrados de cooperación interestatal en la persecución de las infracciones internacionales, con inclusión, entre otros, de: extradición, el auxilio jurídico recíproco para la obtención de pruebas tangibles y de testimonios, el reconocimiento de sentencias penales extranjeras, transferencia de procedimientos y traslado de presos.

8. Aplicación por parte de los Estados de estos sistemas de cooperación en el caso de infracciones internacionales, con independencia de si existen o no tratados bilaterales o multilaterales.

9. Incorporación uniforme de estos mecanismos a todas las convenciones de Derecho Penal Internacional.

10. Desarrollo por parte de las Naciones Unidas de un código integrado de sistemas internacionales de cooperación interestatal, en la línea de lo que actualmente se estudia por el Consejo de Europa y tal y como ha sido desarrollado como modelo por la Liga de los Estados Arabes. Este Código integrado podría ser aprovechado por un eventual Tribunal Penal Internacional y podría también servir de modelo para su incorporación a las legislaciones nacionales (como se propone en el punto V).

V. INTEGRACION DE LAS MODALIDADES DE COOPERACION INTERNACIONAL PARA LA PREVENCION, EL CONTROL Y LA REPRESION DE LA CRIMINALIDAD INTERNACIONAL Y TRANSNACIONAL

1. Los mecanismos internacionales de cooperación para la lucha contra todas las formas de criminalidad internacional y transnacional son en esencia los mismos (19). A nivel formal, la extradición, la asistencia legal para asegurar pruebas tangibles y testigos, el recono-

(19) Véase, E. MÜLLER-RAPPARD & M. C. BASSIOUNI, *European Inter-State Cooperation in Criminal Matters, La Cooperation in Criminal Matters, La Coopération Inter-Étatique Européenne en Matière Pénale* (3 vols. 1987), en adelante será referida como *European Inter-State Cooperation*. Para cooperación internacional en materias penales, véase Müller-Rappard, Schutte, Epp, Poncet, Zagaris, et al, en M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law* (vol. 2, 1986).

cimiento de sentencias penales extranjeras, la transferencia de procedimientos y de prisioneros, así como, en algunos instrumentos recientes (20), la cooperación para la aplicación de la ley y la persecución y enjuiciamiento. La mayor parte de las convenciones de Derecho Penal Internacional contienen disposiciones sobre extradición y auxilio judicial mutuo. La mayoría de los países del mundo reconocen y utilizan una o varias de las modalidades de cooperación descritas.

2. A nivel multilateral se ha desarrollado un importante número de convenios regionales y subregionales (21): entre Latino América y los Estados Unidos (22), entre los Estados Arabes (23), entre los países del Be-

(20) Id. Además, Grützner, *International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters*, en M.C. Bassiouni & V.P. Nanda (eds.), *A treatise on International Criminal Law*, 189 (1973). Para un examen de Tratados recientes de Asistencia Legal Recíproca entre los Estados Unidos y otros países, véase Nadelman, «Negotiations in Criminal Law Assistance Treaties», p. 33, *Am. J. Comp. L.* 467 (1985) y Zagaris y Simonetti, «Judicial Assistance under U.S. Bilateral Treaties», en *Legal Responses to International Terrorism*, M. C. Bassiouni (ed.) (1989), p. 219. Para el último de estos tratados unilaterales ver Acuerdo entre los Estados Unidos mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Cooperación en la lucha contra el tráfico de drogas y drogodependencia, firmado en ciudad de México el 23 de febrero de 1989. Véase además, *Mutual Legal Assistance Cooperation Treaty with México*, Senate 100th. Cong. 1st Sess, Treaty Doc. 100-13 (16 de febrero de 1988); para un estudio del propuesto MLAT U.S. México, véase Zagaris, «U.S. and México Sign Mutual Legal Assistance Treaty», 2 *Int'l Enforcement Law Rptr.* 44 (febrero 1989). Para una perspectiva socialista, véase Kaprac, «An Outline of the Recent Development of the Yugoslav Law of Internacional Judicial Assistance and Socialist System of Judicial Assistance and Mutual Cooperation in Criminal Matters» 34 *Netherlands International Law Review* 324 (1987); Gardocki, «The Socialist System of Judicial Assistance and Mutual Cooperation in Penal Matters» en 2 M.C. Bassiouni, *International Criminal Law* 133 (1987); Shupilow, «Legal Assistance in Criminal Cases on Some Important Questions of Extradition [in the USSR]», 15 *Case Western Reserve Journal of Int'l L.* 127 (1983).

(21) Véase M.C. Bassiouni, *International Extradition in United States Law and Practice* (vol. I, 1987), p. 25 y I. Shearer, *Extradition in International Law* (1971). Véase además V.E.H. Booth, *British Extradition Law and Procedure* (1980); B.P. Borgoñón, *Aspectos Procesales de la Extradición en Derecho Español* (1984); H. A. Boukhriss, *La Coopération Pénale Internationale par Voie d'Extradition au Maroc* (1986); M. T. Lupacchini, *L'Estradizione dall'Estero per l'Italia* (1989); O. Lagodny, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland* (1987); M. A. Vieira, «L'Evolution Récente de L'Extradition dans le Continent Americain», 185, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 155 (1989); T. Vogler, *Auslieferungsrecht und Grundgesetz* (1970); y *Legal Aspects of Extradition Among European States* (Council of Europe, European Committee on Crime Prevention, 1970).

(22) Véase OAS Treaty Series, Np. 36.

(23) 14 de septiembre de 1952, *League of Arab States Collection of Treaties and Agreements*, 95 (1978), reimpresso en 8 *Revue Egyptienne de Droit International*, 328 (1952). Véase además, A.Y. Khadr, «Extradition Law and Practice in Egypt and Other Arab States» (Tesis Doctoral inédita, School of Oriental and African Studies, University of London, 1977).

nelux (24), entre los países escandinavos (25), un acuerdo que abarca a algunos países africanos y Francia (26), y entre los países miembros de la Commonwealth (27). Sin embargo, el hecho de su negociación separada y complicadas cuestiones históricas y políticas han provocado como resultado una situación en la que ninguno de estos acuerdos multinacionales y regionales o subregionales se ocupa de integrar las diversas modalidades de cooperación interestatal en materia penal de una forma codificada completa (28). Un enfoque de esta suerte permitiría un mejor uso alternativo de las modalidades de cooperación más adecuadas y reduciría los fallos y lagunas derivadas de los accidentes de la evolución histórica.

3. A pesar de lo anterior, la conveniencia de esta codificación integrada ha sido reconocida por muchos estados que han desarrollado códigos similares en sus propias legislaciones internas. Este es el caso de Austria (29), la República Federal Alemana (30) y Suiza (31). A su vez, en otros países se encuentran en estudio formas de integración: así, por

(24) Véase, *Tractatblad* N.º 97 (1962). Véase además, B. de Schutter, «International Criminal Law in Evolution: Mutual Assistance in Criminal Matters Between the Benelux Countries», 14 *Netherlands J. Int'l L.*, 382 (1967).

(25) Véase e.g. *Ley Sueca* de 5 de junio de 1959, n.º 254. Véase además Sheares, *supra cit.* p. 332.

(26) Las partes son Camerún, República Centro Africana, Chad, Congo (Brazzaville), Dahomey, Gabón, Costa de Marfil, República de Malasia, Mauritania, Niger, Senegal y Alto Volta, véase D.P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law* 58 (1967).

(27) Para el sistema relacionado con «The Rendition of Fugitive Offences within the Commonwealth», 1966, *Cmd. 2008 at 1*, véase V.E. Hartley Booth, *British Extradition Law and Procedure* (Vol. 1, 1980).

(28) Véase *supra* nota 19, Müller-Rappard & M.C. Bassiouni (Vol. III apéndice pp. 1-30 en inglés y pp. 1-32 en francés) apoyando la estrategia, véase Rec. N.º R/87/1 del Comité de Ministros de Justicia de los Estados Miembros sobre Cooperación interestatal en materia penal entre los Estados Miembros (adoptada por el Comité de Ministros de Justicia, Consejo de Europa, 19/1/87).

(29) *Ley Austriaca de Asistencia recíproca en asuntos penales*, Bundesgesetz vom 4. Dezember 1979 über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen (Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz - ARHG), BGBl, Nr. 529/1979. Véase además K. SCHEWAIGHOFER, *AUSLIEFERUNG UND INTERNATIONALES STRAFRECHT* (1988); R. LINKE, H. EPP, G. DOKOUPIL, G. FELSTEIN, *Internationales Strafrecht* (1981).

(30) R. F. Alemana (*Ley sobre asistencia mutua internacional en derecho Penal*) «Gesetz über die Internationale Rechtshilfe im Strafrecht» del 31 de diciembre de 1982, entró en vigor el 7 de enero de 1983, Bundesgesetzblatt 1982, Teil I, n.º 2071. Esta ley reemplazó la ley de Extradición Alemana de 1929 y contempla medidas alternativas comprensivas de la extradición y otras formas de asistencia recíproca en materias penales, incluyendo la ejecución de sentencias extranjeras. Véase además O. LAGODNY, *Die Rechtstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland* (1987); t. VOGLER, *Auslieferungsrecht und Gundgesetz* (1970); VOGLER, «The Expanding Scope of International Judicial Assistance and Cooperation in Legal Matters», *Die Friedens-Warte*, p. 287, T. p. 66, C. pp. 3-4 (1986).

(31) Véase la Ley Federal Suiza sobre Asistencia mutua internacional en materia penal de 20 de marzo de 1981.

ejemplo, en la Unión Soviética, Hungría y Checoslovaquia, que están actualmente revisando sus códigos penales y procesales.

4. A nivel regional, el Consejo de Ministros Arabes de Justicia desarrolló en 1988 un código-tipo, que aún no ha sido ratificado (32). El Consejo de Europa ha estado estudiando desde el año 1987 dicha estrategia integrada, con base en un proyecto preparado por un Comité *ad hoc* de expertos, que se reunió dos veces en el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales de Siracusa (33). Pero dejando al margen los tres países antes mencionados, por lo general, los parlamentos nacionales no han aceptado aún la efectividad e importancia del enfoque integrado. Por consiguiente, las modalidades de cooperación internacional se llevan todavía a cabo sobre bases no uniformes.

5. La relativa lentitud con que el enfoque integrado ha sido aceptado en el seno de las organizaciones internacionales y regionales deriva en gran parte de la familiaridad y comodidad con que los representantes de los gobiernos contemplan al enfoque bilateral y al proceso gradual de fortalecimiento de las modalidades de cooperación (34). Los esfuerzos realizados por unos pocos estudiosos y expertos gubernamentales en orden a incentivar la estrategia multinacional integrada fueron acogidos con reticencias en las conferencias y negociaciones internacionales, debido a la percepción, por parte de algunos representantes de los gobiernos, de que dicha estrategia o enfoque podría no ser políticamente aceptable. Sin embargo, esta reacción no tiene en cuenta las posibilidades efectivas del Derecho Penal Internacional. En parte por razones de cautela diplomática, la comunidad mundial no ha avanzado más allá de los mecanismos existentes, que ni siquiera son suficientemente efectivos contra la criminalidad transnacional ordinaria, por no hablar de las nuevas manifestaciones internacionales del crimen organizado, el tráfico de drogas y el terrorismo.

6. Estos fenómenos criminales internacionales y transnacionales no encuentran freno alguno en las consideraciones políticas y diplomáticas que limitan la cooperación penal internacional de los Estados. Tampoco se ven afectados por los impedimentos creados por las instancias administrativas y burocráticas de los órganos nacionales de

(32) Véase *Council of araba Ministers of Justice: A Collection of the Council's Documents*, n.º 2, enero de 1988, pp. 96-148.

(33) Comité de Ministros de Justicia a los Estados Miembros del Consejo de Europa, Recomendación n.º R/87/1, Comité de Ministros de Justicia, 19 de junio de 1987, reimpresso en E. MÜLLER-RAPPARD y M. C. BASSIOUNI, *SUPRA* nota 19, vol. 3, apéndice, pp. 1-30 en inglés, y pp. 1-32 en francés.

(34) Véase el Tratado Complementario de Extradición de 1986 entre los EEUU y el Reino Unido, y SOFAER «The Political Offense Exception and Terrorism», 15 *Denver J. of Int'l L. and Policy* 125 (1986). Para una posición contraria, véase M. C. BASSIOUNI, «The Political Offense Exception Revisited: Extradition Between the U. S. and the U. K. - A Choice Between Friendly Cooperation among Allies and Sound Law and Policy», 15 *Denver J. of Int'l L. and Policy* 255 (1987).

aplicación de la ley y persecución penal, que tanto menoscaban su efectividad. La respuesta internacional a estos fenómenos, que no reconocen fronteras nacionales, es fragmentaria, dividida y frecuentemente no hace sino debilitar todos los intentos concretos de cooperación internacional. Esto deja escasas oportunidades al desarrollo de nuevas modalidades de cooperación en otros campos, como por ejemplo:

- (i) Compartir información y servicios de aplicación de la ley;
- (ii) Intensificar el trabajo de equipo y la cooperación para la aplicación de la ley;
- (iii) Rastrear el flujo de las transacciones financieras internacionales; y
- (iv) Desarrollar «espacios judiciales» regionales.

Esta última idea, el desarrollo de «espacios judiciales regionales» fue evocada por Francia en el seno del Consejo de Europa, al final de la década de los 70, pero fue descartada en este ámbito regional (35). Eso sí, durante 1989 ha resurgido como una posibilidad entre algunos países de la región, a saber, los países del Benelux y la República Federal Alemana. En la región andina una Comisión parlamentaria está estudiando la misma opción y trabaja en la elaboración de un código integrado de cooperación interregional, que incluiría las modalidades tradicionales antes descritas.

7. La adopción de una estrategia o enfoque integrado, sea regional o multilateral, parece altamente deseable y las Naciones Unidas podrían contribuir significativamente a ello a través de la elaboración de un código-tipo, que además incluiría nuevos criterios para la solución de los problemas de jurisdicción y competencia. Tal esfuerzo, en una dimensión más modesta, ha sido llevado ya a cabo por la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Viena, traducándose en la Convención internacional sobre tráfico ilícito de drogas, adoptada en 1988, que incluye disposiciones multilaterales sobre extradición, auxilio judicial

(35) Véase F. MOSCONI, «L'Accordo di Dublino del 4/12/1979, Le Comunità Europee e la Repressione del Terrorismo», *La Legislazione Penale* (n.º 3, 1986) p. 543 que se refiere al Espacio judicial europeo. Véase además Consiglio Superiore della Magistratura, *Estradizione e Spazio Giuridico Europeo* (1979); VAN DEN WIJNGAERT «L'Espace Judiciaire Européen Face à l'Euro-Terrorisme et la Sauvegarde des Droits Fondamentaux», 3 *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* 289 (1980). Véase además M. MARHETTI, *Istituzioni Europee e Lotta al Terrorismo* (1986); Consejo de Europa, *Cooperación Internacional en la persecución y castigo de actos de terrorismo: Recomendación núm. R(82) 1*, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 15 de enero de 1982 y *Explanatory memorandum* (Strasbourg 1983). Van den Wijngaert, «L'Espace Judiciaire Européen. Vers une Fissure au Sein du Conseil de L'Europe?», 61 *Rev. Droit Pénal et de Crim.*, 511 (1981).

mutuo y sobre control e incautación de las ganancias procedentes del tráfico ilícito de drogas (36).

8. En conclusión, debe afirmarse que los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales no han sido todavía capaces de abordar un importante número de cuestiones, cuya resolución podría aumentar notablemente su efectividad respectiva, a saber:

a) en el *ámbito internacional*, la falta de integración de todas las modalidades de cooperación interestatal en un código general e integrado, que también puede incluir nuevas modalidades de cooperación y al mismo tiempo otorgar respaldo y apoyo a las normas y principios internacionalmente protegidos sobre derechos humanos. Además, la falta misma de consideración de nuevos mecanismos de aplicación directa, como la creación de una jurisdicción penal internacional, constituye una grave laguna del sistema internacional.

b) en el *ámbito doméstico interno*, las instancias burocráticas dentro de la administración de justicia penal, que importunan y a veces paralizan el sistema, no son objeto de cuestionamiento o discusión. Es más la situación se ha visto agravada por la incorporación a las tareas de prevención y control de esas dos formas de criminalidad de nuevas instancias burocráticas, tales como las agencias administrativas y bancarias y las instancias responsables de las relaciones internacionales.

(36) Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, narcóticos y sustancias psicotrópicas, adoptada el 19 de diciembre de 1988 (E/Conf. 82/15). Para conocer la historia de la Convención, véase «United Nations Economic and Social Counsel», final Act of the United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psuhotropic Substances, Vienna, Austria, 25 de noviembre-20 de diciembre, 1988; véase además U.N. Division of Narcotic Drugs, *Extradition for Drug-Related Offences: A Study of existing extradition practices and suggested guidelines of ruse in concluding extradition treaties* (ST/Nar/E noviembre 1985).

Causalidad (1)

INGEBORG PUPPE

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Bonn

SUMARIO: I. Los «abrigos negros».—II. El anciano.—III. Una «bata blanca».—IV. Informe final.

Si ello dependiera sólo de nuestro comandante, ya haría tiempo que habríamos abandonado la órbita de este planeta azul, llamémosle *Terra*. Él considera que la biosfera de este planeta, extremadamente variada y complicada, carece de interés por el mero hecho de que, en su opinión, acabará desmoronándose de todos modos y en tiempo no lejano. Podría tener razón en lo segundo; en lo primero, ciertamente no. Nosotros, los del equipo científico, con una enérgica referencia a las directivas de la oficina de investigación espacial, conseguimos de él una y otra vez unos cuantos cientos de vueltas más alrededor de este cuerpo celeste. Al fin y al cabo, nuestra misión es investigar toda forma de vida que descubramos en nuestro viaje y una vida inteligente es hartamente rara en el conjunto del universo.

Pero todavía no me he presentado. Quizás ustedes me clasificarían como una especie de filósofo o quizá también como un etnólogo. Tan pronto como damos con una forma de vida inteligente, es mi misión investigar la visión del mundo de estos seres vivos, sus religiones, sus mitos, su filosofía y también sus conceptos de la vida ordinaria. Lo último es a menudo lo más difícil. La razón de ello radica en una extraña propiedad de las inteligencias naturales. Estas no se dan a sí mismas cuenta completa acerca de sus operaciones, no siempre saben con precisión que

(1) Artículo publicado en la Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 107 (1990), pp. 141-153, con el título de «Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken». Traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

hacen y frecuentemente saben cómo es algo antes de saber por qué es así. A una máquina inteligente no le ocurre nunca algo parecido; puede en todo momento dar cuenta acerca de qué procesos ejecuta. Pero quizás este operar inconsciente, y consiguientemente incontrolado, no es tanto una deficiencia de la inteligencia natural como, más bien, su ventaja decisiva y, desde luego, su verdadero secreto. En efecto, es obvio que un conocimiento no puede estar ahí desde el comienzo, ya listo y completo, sino que tiene que poder desarrollarse a partir de algunos principios.

Personalmente no he experimentado nunca que una máquina inteligente haya inventado o descubierto algo realmente nuevo. Créanme, permitiría sin vacilar que me degradaran por dos veces si a cambio pudiera descubrir el secreto de la intuición: sería nada menos que la respuesta a la pregunta acerca de si hay algo así como un espíritu objetivo o un *lumen naturale*. Pero, sea como fuere, de todos modos a nosotros esta intuición nos amarga la vida. Si una inteligencia no se da a sí misma cuenta completa acerca de sus operaciones, sus informaciones al respecto no merecen confianza. Pueden ser incompletas, pueden incluso ser falsas. Deseo explicárselo a ustedes de la mano de un ejemplo que he vivido personalmente en *Terra*.

Los terráqueos, deben saberlo ustedes, sienten una necesidad irresistible de atribuir todo lo que les sucede, bueno o malo, a alguien, a quien poder alabar o maldecir, premiar o castigar por ello. Antes se imaginaban con este fin seres superiores, los llamados dioses o demonios. Posteriormente han procedido de modo algo más sistemático y han intentado reconducir un fenómeno a fenómenos previos, las denominadas causas, en virtud de regularidades que suponen, las denominadas leyes causales. A esto lo llaman «explicar un fenómeno» y cuando se enfrentan a un fenómeno que no pueden explicar así, no se sienten bien. La mayor parte de su ciencia y también la mayor parte de su ordenamiento jurídico se basa en la pregunta ¿quién (o qué) ha sido? Así pues, entenderán ustedes que me interese mucho por cómo los terráqueos ponen en relación a un fenómeno con otro, al cual denominan su causa.

I. LOS «ABRIGOS NEGROS»

Para conseguir esto, me busco un edificio en el que se esclarece la cuestión de ¿quién ha sido? El edificio tiene un aspecto bastante vetusto, amplias escalinatas, largos pasillos y puertas ornamentadas demasiado altas. Entre los terráqueos que por allí corretean algunos me llaman la atención por su curiosa vestimenta, un incómodo y largo abrigo negro con mangas anchas. Sus maneras, en parte agitadas, en parte aburridas, se hallan ciertamente en curiosa contraposición con esta digna indumentaria. Me dirijo a uno de estos *abrigos negros*, que se está aburriendo ante una de las grandes puertas, y le pregunto: «Disculpe, por favor, ¿que

entiende usted por causa?» «Una acción es causal cuando no puede ser eliminada mentalmente (2) sin que desaparezca el resultado» (3) responde él en el acto. Por mi parte, me muestro escéptico. Cuando un ser vivo contesta a mis preguntas con tal fluidez, en la mayoría de los casos es que está amaestrado. «¿Cómo sabe usted si el resultado habría desaparecido en el caso de que la acción no hubiera tenido lugar?» continúo preguntando. «Para eso tenemos las leyes de la Naturaleza y nuestros enunciados generales de experiencia». «Muy bien, en ese caso la acción debe ser una condición necesaria del resultado, pero no la única; en consecuencia, el autor no tiene en su mano si el resultado se produce realmente o no». «Correcto», señala él, «pero eso no es lo decisivo. Lo decisivo es que el autor habría evitado el resultado si él no hubiera actuado».

«Entonces ustedes imputan a un autor el resultado porque él habría podido evitarlo; eso es en sí muy razonable» indico yo, pero inmediatamente se me ocurre una objeción. «En tal caso, ustedes nunca pueden hacer responsable a alguien por el hecho de haber matado a otro». El *abrigo negro* me mira con cierta estupefacción.

«Desde luego», me explicó, «por lo que yo sé, son ustedes seres vivos pluricelulares, esto es, mortales. Para que uno de ustedes muera, no es en absoluto necesario que otro le haga algo, sino que de uno u otro modo morirá tarde o temprano por sí solo».

Mi contertullio se pone algo impaciente. «¡Usted no puede verlo con tanta abstracción! No se trata del resultado en general, sino del resultado en su configuración absolutamente concreta. Hay una diferencia importante entre que a uno lo maten a puñaladas hoy o que muera mañana de un infarto».

«No entiendo del todo. ¿Qué significa la frase ‘que a uno lo maten a puñaladas’?» inquiero entonces.

«Muy sencillo. Significa que una puñalada ha sido causal para su muerte».

«Pero si lo que yo quiero que usted me haga saber es precisamente qué es causalidad».

«La puñalada es causal, cuando no puede ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado».

(2) En alemán el verbo *hinwegdenken* o *wegdenken* significa básicamente «hacer abstracción» de algo. Como traducción al español de este verbo en el contexto en que se mueve el artículo parece haberse impuesto la expresión, por lo demás análoga, de «suprimir mentalmente» o «eliminar mentalmente» [cfr. por ejemplo, la traducción de Mir Puig en Jescheck, Tratado de Derecho Penal PG, I, Barcelona 1981, p. 380]. Esta es la que utilizo. (N. del T.)

(3) Así todavía el punto de partida de la doctrina dominante para la determinación de la causalidad en adhesión a Glaser, Abh. aus dem österreichischen Strafrecht, 1858, cfr. Sch-Sch-Lenckner, 23ª ed. Observaciones previas a los §§ 13 y ss, n° marg. 73; Wessels, At, 17ª ed., § 613; Ebert, Jura 79, 561; Schlüchter, JuS 76, 312; BGHSt 1, 332; 7, 112, 114.

Bien, vuelta a empezar (4), pienso yo. Le doy las gracias, tal como se acostumbra en *Terra*, y me busco otro *abrigo negro*. Pero también de éste obtengo la siguiente respuesta a mi pregunta: «Una acción es causal para un resultado, cuando aquélla no puede ser eliminada mentalmente sin que el resultado desaparezca». Para avanzar esta vez algo más deprisa, le pongo un caso; a los *abrigos negros* hay que ponerles siempre un caso, de lo contrario no entienden nada.

«Imagínese que alguien tiene una enfermedad de la cual, juzgando según leyes naturales, morirá en poco tiempo. Sin embargo, un heredero impaciente le suministra una dosis de un medicamento mortal para un ser humano. Ahora bien, si me pregunto qué habría sucedido sin esta acción, llego a la conclusión de que el enfermo habría muerto de todos modos. ¿Acaso no fue el heredero causal para su muerte?».

«Naturalmente que lo fue» replica el *abrigo negro* en el acto. «La muerte a consecuencia de la enfermedad es una causa sustitutiva. Usted no puede añadir mentalmente causas sustitutivas» (5).

«¿Y cómo puedo saber qué es una causa sustitutiva? Todavía no sé siquiera qué es una causa ¿qué es lo que puedo añadir mentalmente cuando tengo que contestar la pregunta de qué habría sucedido sin la acción del autor y qué no?». «¡Usted no puede añadir mentalmente

(4) Que la aplicación del «topos» del resultado en su configuración concreta puede convertir la determinación de la causalidad en una argumentación circular, dado que nada impide a quien lo aplica incluir en la descripción del resultado las propias supuestas causas, es algo que ya puso de relieve Engisch en su famoso trabajo *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 15-16, mediante el conocido caso del verdugo. Sin embargo, él extrajo de ello únicamente la conclusión de que los estadios temporales previos del resultado no podían pertenecer a su configuración concreta. Pues bien, incluso este sencillo reconocimiento comienza a imponerse tan sólo ahora, y con lentitud, en la literatura alemana. Una razón de este retraso de más de cincuenta años podría radicar en el hecho de que el propio Engisch no extrajera de aquel reconocimiento la conclusión de que el «topos» de la configuración concreta en sí es carente de contenido y, por ello, manipulable a discreción. Más bien, en la misma obra, p. 11 y ss, lo que hizo fue contribuir a la irrupción de la doctrina del carácter decisivo de una configuración absolutamente concreta del resultado, frente a la llamada contemplación abstracta del resultado, de Träger. Cfr. la exposición histórica de Samson, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, p. 26 y ss. En realidad, ya la propia premisa de que hay configuración del resultado o hechos previamente dados de modo concreto, a partir de los cuales puede abstraerse o no, es insostenible en términos de filosofía del lenguaje; detalladamente al respecto, Puppe, *ZStW* 92 (1980), 863 (870 y ss); la misma, *ZStW* 99 (1987), 595 (596-597).

(5) Esta es la propuesta correctora de Spindel, hoy aceptada de modo general: Una acción es tenida por causal cuando sin ella —y considerando tan sólo las circunstancias restantes, producidas también en la realidad— el concreto resultado no se habría producido. Cfr. *Die Kausalitätsformel der Bedingungsstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948, p. 38. Que tampoco este procedimiento de obtención de la causalidad es correcto aún, lo muestra su fracaso en la llamada causalidad cumulativa. Sin embargo, lo que ante todo queda sin aclarar es qué clase de relación de condición se exige aquí.

absolutamente nada, tiene que ceñirse a lo que ha pasado en realidad!» (6).

«Muy bien, pero entonces no le puedo contestar a la pregunta de qué habría sucedido si algo hubiera sido de modo diferente a como es en la realidad». En ese momento se abre una de las grandes puertas y el *abri-go negro* se despide de forma rápida y desabrida.

Vuelvo a la nave espacial y redacto mi informe: los terráqueos creen que tienen un concepto de causa. Parten de que es causa de un resultado toda condición necesaria del mismo según leyes generales. Sin embargo, no se toman en serio esta exigencia. Según las circunstancias, consideran a un acontecimiento causa de un resultado, aunque aquél no fuera condición necesaria de la producción de éste. Si se quiere saber qué es lo que exigen realmente para establecer una relación de condición entre causa y efecto, todo lo que se llega a oír de ellos es una argumentación circular o una contradicción. Por tanto, los terráqueos no tienen en realidad concepto alguno de causalidad.

Apenas he presentado este informe, se me llama por la megafonía de a bordo para que me presente al comandante. Esto es una mala señal, pero aun así no estaba preparado para lo que sucedió.

II. EL ANCIANO

«Te hago objeto de una desaprobación oficial por tu falta de aplicación» es el saludo del anciano a la vez que me tira el informe a los pies. «El departamento de viajes espaciales no te paga para que les enmiendes la plana a los terráqueos, de modo que ya te puedes preparar para una *amonestación por o. i.* si no pones esto en condiciones». Por mi parte, me llevo un buen susto: una *amonestación por o. i.* es una censura por orgullo intelectual desmesurado, prácticamente lo peor que le puede suceder a un agente filosófico en el servicio exterior. Tres de estas reprensiones y te quedas sin licencia de investigación, por ineptitud caracterológica. Y yo ya tengo una.

«Sí, en efecto, una *amonestación por o. i.*» me echa en cara el anciano ante mi perplejidad. «En tu último informe tú mismo has escrito que una gran parte de la ciencia, toda la civilización y la mayor parte del or-

(6) Que la fórmula de la condición necesaria fracasa en los supuestos de concurrencia de causas sustitutivas y tanto más en los de causalidad doble, es algo reconocido hoy de modo general; cfr. por todos Rudolphi, SK, n° marg. 40 previo al § 1. Pero el alcance de este reconocimiento se sobrevalora tanto como el del círculo descubierto por Engisch. La exclusión de causas sustitutivas y concurrentes, se efectúe como se efectúe, no es ninguna corrección marginal de la fórmula de la condición necesaria, sino la prueba de que esta fórmula describe la pretendida relación de condición de un modo lógicamente falso; la prueba de que, por tanto, en realidad una causa no tiene que ser una condición necesaria del resultado; cfr. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4ª ed., p. 253.

denamiento jurídico de los terráneos se asientan sobre su concepto de causalidad. Y ahora afirmas que no tienen en absoluto concepto alguno de causalidad. Si tuvieras tú razón con tus jactanciosas tesis, tendrían que venirse abajo sus casas y sus puentes —es más, ni siquiera se habrían levantado—. Y los terráneos se imputarían o dejarían de imputarse recíprocamente cualquier cosa, en función de lo que dispusiera el azar. Sin embargo, su civilización es muy apreciable y su ordenamiento jurídico funciona también hasta cierto punto. ¿Es que no se puede hacer la vista gorda a este o aquel vicio lógico? ¡Haz el favor de esforzarte un poco!».

«Ay, Ay, Señor» voy diciendo todavía, mientras al irme cierro la compuerta quizá con demasiada fuerza.

Así que el anciano quiere dirigirme una *amonestación por o. i.* porque no estoy dispuesto a pasar por alto vicios lógicos. Por lo visto, no se aprende lógica elemental en la escuela espacial. ¡Si en un texto se encierra una contradicción, todo el texto en su conjunto carece de sentido! (7). El segundo *abrigo negro* me ha dicho que tengo que preguntar qué habría sucedido (obsérvese el condicional), si el autor no hubiera actuado. Así que tengo que realizar afirmaciones según leyes naturales sobre un suceso que en realidad no ha tenido lugar. Pero al hacerlo no debo añadir mentalmente nada que no haya sucedido en la realidad. Esto es una manifiesta contradicción. Ningún ser vivo inteligente en todo el universo puede cumplir tal indicación y, dicho sea de paso, tampoco uno que carezca de inteligencia. Es algo absurdo en el más estricto sentido del término.

Por su parte, el primer terráqueo me ha indicado que si pretendo establecer la causalidad de una acción para un determinado resultado, tengo que contemplar dicho resultado en su configuración absolutamente concreta ¡y a la configuración concreta pertenece precisamente que la acción en cuestión es causal para el resultado! Según esto, sigo sin saber cuándo una acción es causal para un resultado. En tanto no se me proporcionen otras reglas, ¡puedo declarar a cualquier fenómeno causa de un resultado afirmando que pertenece a tal resultado en su configuración concreta! (8).

(7) Sea P un hecho determinado y X un hecho cualquiera. En tal caso, de la contradicción entre P y no P se deriva X en los siguientes términos:

$$\begin{array}{l} P \wedge \neg P \\ P \rightarrow P \vee X \\ \neg P \\ \dots\dots \\ X \end{array}$$

(8) Son instructivas al respecto, por ejemplo, las consideraciones de Carnap, *Meaning and Necessity*, 2ª ed., 1955, trad. alemana de Wilhelm Bader, «Bedeutung und Notwendigkeit», 1967, p. 36-37, sobre la cuestión de qué es un hecho. Por de pronto, un enunciado que describe un hecho ha de ser verdadero y contingente (no ya verdadero por

Lo que el primer *abrigo negro* me ha dicho no es, pues, en realidad falso; ¡sólo que a mí eso no me hace más listo!

Pero ¿cómo es que los terráqueos disponen de una civilización que funciona y de un ordenamiento jurídico? Eso no lo he explicado; ahí tenía razón el anciano. Los terráqueos deben regirse por algunas reglas racionales al determinar la causalidad, que yo no he extraído todavía. Lo que ellos dicen, en cualquier caso lo que dicen los *abrigos negros*, es evidentemente falso o bien absurdo; ahora bien, lo que hacen, obviamente no. Así pues, debo observar lo que hacen y hallar yo mismo las reglas que aplican al hacerlo. Luego las redactaré y a eso le llamaré: concepto de causalidad de los terráqueos (9). Más no me puede pedir el anciano.

Necesito a un terráqueo cuya función sea determinar causas en un caso concreto. Le observaré cuando determine las causas. Sin embargo, debo reparar en que no tenga un caso demasiado fácil. En efecto, cuando uno tiene un caso demasiado fácil no necesita aplicar de modo cuidadoso sus propios métodos. Puede incluso ocurrir que se acepte una fundamentación falsa, al ser el resultado evidentemente correcto. ¿Se acuerdan ustedes todavía de la intuición?

razones lógicas). Finalmente, debe «ser en un cierto sentido específico o completo». El enunciado «este trozo de papel es azul» no es completo en este sentido, esto es, no describe de modo completo el hecho al cual se refiere. Pues el papel no puede ser azul sin más, sino que más bien ha de adoptar necesariamente un determinado tono de azul. Una vez que hemos dado dicho tono, el hecho está especificado en cuanto al color del papel, pero no en cuanto al resto de sus propiedades. “¿Debemos exigir una completa especificación en lo que respecta a todas las propiedades de la cosas o de las cosas implicadas y también en relación con todas las relaciones entre las cosas dadas, o quizá incluso en lo que respecta a todas las relaciones entre las cosas dadas y todas las demás? Parece algo arbitrario detenerse en alguno de estos puntos» (p. 36). Ahora bien, si uno no se detiene en algún punto, “entonces no hay más que un hecho, la totalidad del mundo real en el pasado, presente y futuro” (p. 37). Ante esta consecuencia se arredra Carnap y en lo sucesivo renuncia al concepto de hecho (como tecnicismo semántico explicitado de modo suficientemente claro). Sin embargo, quizá debería mejor haber renunciado al concepto de la especificación completa; cfr. al respecto Patzig, «Satz und Tatsache», p. 31-32, en *Tatsachen, Normen, Sätze*, 1980, p. 8 y ss. El hecho de que cualquier dato incluido en la descripción de un resultado o en una explicación causal sea susceptible de ser de algún modo determinado todavía más, esto es, que se dé —o deba darse— en la realidad una propiedad más determinada (el papel debe en todo momento reflejar un azul muy determinado de una determinada mezcla de longitud de ondas y potencia de luz) no es razón suficiente para acoger tal determinación de propiedades en la descripción del resultado o en la explicación causal (o en el contexto de que se trate), de manera que haya que explicar también sus causas.

(9) Esto recuerda a la famosa frase de Wittgenstein «El significado de un término es su uso en el lenguaje», *Philosophische Untersuchungen* —43—, pero no debe entenderse en ningún caso en el sentido de un compromiso con una teoría puramente pragmática de los signos. Nuestro agente filosófico extraterrestre no practica con sus interlocutores juegos lingüísticos wittgensteinianos, sino análisis conceptuales en el sentido de una semántica realista y en esa medida le debe más al autor del *Tractatus lógico-philosophicus*.

III. UNA «BATA BLANCA»

Al preguntar por un terráqueo así, me recomiendan al médico forense Dr. Quincy (10). Su uniforme, una simple bata blanca medianamente larga, no causa una impresión tan digna como la indumentaria de los *abrigos negros*; sin embargo, me da la impresión de que los *batas blancas* gozan entre los terráqueos de más respeto y confianza que los *abrigos negros*. Se les cree siempre, a no ser que discutan entre sí. El Dr. Quincy me recibe muy amablemente y se muestra gustosamente dispuesto a permitir que contemple cómo trabaja —le he dicho que era de la televisión—.

«Precisamente tengo ahí un caso muy interesante» comienza su explicación. «Se trata de un paciente que, poco después de una operación de *bypass*, ha muerto evidentemente de un fallo cardíaco. Supongo que el *bypass* no se suturó correctamente y se rompió. Cuando esto sucede, el pericardio, una piel que envuelve el corazón sin estar unida del todo al mismo, se llena de sangre y aprieta, por así decirlo, al corazón, de modo que éste no puede ya latir».

«Entiendo. Como médico, usted conoce determinados procesos que, según leyes generales de la naturaleza, han de conducir a la muerte de un paciente. Acaba de proporcionar una condición suficiente según leyes de la naturaleza para la muerte del paciente, y en ella se registra un fallo técnico del médico que le trataba (11). Así pues, ahora hará usted responsable a este médico por la muerte del paciente».

«Se advierte que usted no es criminalista, y que tampoco ha leído si quiera muchas novelas policíacas» señala el Dr Quincy con cierta condescendencia. «Una explicación, por concluyente que pueda ser, no tiene que ser por ello verdadera ni con mucho. Yo no mando a nadie a la cárcel sobre la base de meras especulaciones, desde luego, en absoluto a un colega».

«¿Qué va a hacer usted ahora, pues?» le pregunto.

«Muy sencillo, voy a comprobar si eso es cierto, es decir, si realmente el *bypass* estaba realmente mal suturado y en efecto se rompió. ¿Le apetece presenciar una autopsia?»

«Mejor no» le contesto con el ánimo algo encogido «le esperaré aquí».

(10) El Dr. Quincy es el protagonista de una serie policíaca americana que ha emitido la ARD en su primer programa.

(11) Con ello se caracteriza el punto hasta el cual avanzó Engisch en su análisis del concepto de causa. Su denominada fórmula de la condición ajustada a leyes reza así en su forma más abreviada y clara: un comportamiento es causa de un resultado cuando dicho comportamiento está vinculado con el resultado a través de una serie de modificaciones con arreglo a leyes; cfr. nota 2 p. 29, más detalles al respecto, p. 21 y ss. Aquí continúa quedando abierta la estructura lógica de la vinculación que debe crearse entre acción (causa individual) y resultado con ayuda de las leyes de la Naturaleza.

Mientras espero, tengo la ocasión de reflexionar. Así pues, evidentemente no se trata de una condición necesaria, sino de una condición suficiente. Una condición suficiente permite ciertamente una inferencia del resultado a partir de la condición, pero no viceversa de la condición a partir del resultado. Si los terráqueos exigieran realmente como causa una condición necesaria, podrían inferir la causa a partir del resultado. Así pues, no tendrían más que conocer el resultado para saber a quien tienen que hacer responsable por el mismo. Si, en cambio, se conforman con condiciones suficientes, sólo pueden, viceversa, inferir el resultado a partir de la condición. Sin embargo, la producción del resultado es el punto de partida de todas las consideraciones. Por tanto, no les queda más que ir en busca de condiciones suficientes del mismo, y es hasta cierto punto cuestión de suerte el que las encuentren (12).

(12) Esta es una razón del hecho de que la fórmula de la condición necesaria, pese a sus reconocidas deficiencias, siga dominando la praxis del pensamiento jurídico y también, en gran parte, la teoría. Esta simula que existe un procedimiento sencillo y completamente fiable de determinar si un determinado hecho es o no causa de un resultado. Como se ha mostrado, tal procedimiento fiable no existe.

Otra ventaja ficticia, con la cual se defiende hasta nuestros días esta comprobación de la causalidad mediante el procedimiento de «eliminar mentalmente», consistiría en que éste es adecuado para la determinación de causas incluso cuando no se dispone de leyes causales generales o éstas sólo se pueden presumir, como ocurre en los acontecimientos irrepetibles y en la denominada causalidad psíquica; así Lampe, GS, Armin Kaufmann, p. 189-190, nota 3. Lo meramente ficticio de tal ventaja radica en que nadie da cuenta acerca de cómo, por el procedimiento de eliminar mentalmente (por ejemplo, una conducta de inducción), se llega al enunciado de que el resultado desaparece o no. Esta es una proposición condicional irreal. Tales proposiciones tienen sólo el sentido de remitir a una regularidad general (ley causal) que se presume; crf. al respecto, por ejemplo, Stegmüller, Erklärung, Bedeutung, Kausalität, 2ª ed., 1983, p. 319 y ss.

Cuando Walder, loc. cit., p. 139, ve la ventaja de la comprobación hipotética del resultado en el hecho de que con su ayuda puede conceptuarse el impedir cursos salvadores como causa de daño, esto tiene como base exclusiva el que él rechaza el empleo de negaciones en las explicaciones causales; cfr. p. 123. En la comprobación hipotética de la causalidad aparece, en lugar de la negación de la condición salvadora, su posición. Ciertamente, para Walder, a diferencia de la mayoría de los representantes alemanes de esta concepción —por ejemplo, Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, p. 12 nota 4, 18; Jakobs, AT 7/25— esta no es una cuestión ontológica, sino una cuestión de la correcta descripción del concepto de causa en la vida ordinaria que, ciertamente, sólo comprende modificaciones; cfr. Walder, loc. cit., p. 112, 139. Esto puede que sea cierto para el concepto ordinario de causa, pero desde luego no para el concepto de causa de la teoría de la ciencia; cfr. Stegmüller, loc. cit., p. 591 y ss; Carnap, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, 3ª ed., 1976, p. 190. Cuando buscamos o establecemos el concepto jurídico de causa, no estamos pues vinculados a un único concepto de causa previamente dado, sino que debemos orientarnos a la función que dicho concepto ha de desempeñar en la misión del Derecho, consistente en atribuir resultados: Debe describir correctamente la relación efectiva entre acción y resultado, que constituye el primer presupuesto de la imputación. Queda claro que eslabón inicial y eslabones sucesivos de esta relación no sólo lo pueden ser modificaciones, sino también actos de impedir modificaciones y omisiones de modificar, esto es, negaciones de modificaciones.

En ese momento vuelve el Dr. Quincy. «Ve usted, no estaba en lo cierto».

«¿Estaba pues en condiciones el *bypass*?» inquiero yo.

«En absoluto, había sido muy mal suturado y el paciente habría muerto a consecuencia de ello a lo sumo en el plazo de una semana. Pero lo cierto es que todavía no se había roto. Otro vaso coronario había estallado y había llenado el pericardio de sangre. Esta fue la causa de la muerte del paciente; el fallo técnico sería, en todo caso, una causa sustitutiva».

En ese momento se me hace la luz: Así es como los terráneos excluyen las causas sustitutivas. Causa es una condición suficiente del resultado conforme a leyes naturales. Ahora bien, no todos los hechos que ponen al resultado en relación conforme a leyes con aquella causa se han producido efectivamente. Se reconoce una causa sustitutiva por el hecho de que la explicación del resultado que la misma proporciona no es verdadera o, mejor, no es completamente verdadera (13). Por tanto, el segundo (*abrigo negro* tenía razón, cuando me dió la indicación de no añadir mentalmente nada que no haya sucedido en la realidad. Sólo que en tal caso no tendría que exigirme dar una respuesta a la cuestión de si el resultado se habría producido asimismo, en el caso de que la acción cuya causalidad debe comprobarse no hubiera tenido lugar.

Pero continuó sin estar completamente satisfecho. «Por lo que he entendido, Dr. Quincy, no se trata de condiciones necesarias, sino de condiciones suficientes. Pero si usted dice que es causa de un resultado toda condición real y suficiente según leyes de la naturaleza para su producción, nunca puede caracterizar la acción de un hombre como causa de un resultado. Una acción así nunca es suficiente por sí sola para explicar el resultado».

Así pues, es el concepto amplio de causa de la teoría de la ciencia, y no el concepto más estrecho de la vida ordinaria, la base apropiada para la imputación. Sobre los errores de la argumentación contra los denominados hechos negativos (de la nada, nada surge), Puppe, ZStW 92 (1980), p. 863, 895.

(13) Para reconocer y excluir las causas sustitutivas no basta con comprobar la veracidad de una condición ajustada a leyes, a la que pertenece la supuesta causa. También las causas sustitutivas son componentes verdaderas de condiciones suficientes, lo que se advierte ya en el hecho de que las mismas, en relación con otras condiciones verdaderas, fundamentan una prógnosis segura del resultado. Más bien es preciso reconstruir aquellas cadenas causales que ponen en relación temporal y espacialmente a la causa presuntiva con el resultado a través de las denominadas leyes de efectos próximos, y comprobar entonces si esta cadena de estadios intermedios ajustados a leyes es verdadera, esto es, se ha realizado por completo. Cfr. Puppe, ZStW 92 (1980), p. 863, 888 y ss; sobre las cadenas causales y las leyes que rigen para las mismas, Walder (nota 12), p. 127 y ss. La exclusión de causas sustitutivas, que serían absolutamente adecuadas como base de una prógnosis relativa al resultado, muestra que el procedimiento de explicación causal descrito no es de pronóstico, como Schultz, FS Lackner, 1987, p. 39, 41-42, lo entiende, sino que es, desde el principio, de diagnóstico retrospectivo.

«Eso tampoco es necesario en absoluto», contesta el Dr. Quincy. «Basta con que la acción aparezca como un componente de esta condición suficiente. En ese caso la llamamos causa o, si usted quiere, con-causa del resultado».

«Pero con ello sigue sin haberse aclarado cuál es la relación que debe existir realmente entre acción y resultado» prosigo, de manera que a mí alguien tiene que darme una explicación, Dr. Quincy. «Si usted me proporciona una condición suficiente para un resultado cualquiera, yo por mi parte puedo añadir cualquier hecho a esa condición suficiente y sigo teniendo una condición suficiente. ¿Cómo puede usted asegurar que no cabe inscribir un hecho X cualquiera, por ejemplo un comportamiento humano, en toda explicación causal, a fin de hacer responsable al afectado por el resultado que se produzca?»

«Pero si eso es lo más sencillo del mundo», señala el Dr. Quincy con cierta impaciencia. «Imagínese que mi ayudante hubiera practicado la autopsia y hubiera escrito en su informe que el paciente murió de un fallo cardíaco, porque se le rompió un vaso coronario y que además tenía un *bypass* mal suturado. En tal caso, yo le diría que eliminara la referencia al *bypass* mal suturado, dado que no es necesaria para la explicación de la muerte del paciente». De nuevo vuelve a hacerme la luz: Así pues, la cosa tiene que ver con eliminar mentalmente. Los terráneos no exigen ni una condición necesaria ni una condición suficiente. Causa es para ellos, más bien, todo componente necesario de una condición suficiente del resultado según leyes de la Naturaleza (14).

(14) Mejor: todo componente necesario de una condición mínima suficiente; más detalladamente sobre ello, Puppe, ZStW 92 (1980), p. 863, 875 y ss. La determinación de la relación lógica entre causa individual y resultado se corresponde con la explicación del concepto de causa individual por Mackie en *The Cement of the Universe*, 1974, p. 62, como la denominada «condición INUS», que entre tanto se ha impuesto en la teoría de la ciencia (La expresión «condición INUS» es una abreviatura del inglés que designa la «Insufficient but Non-redundant part of an Unnecessary but Sufficient condition» —N. del T.—); cfr. al respecto Stegmüller, (nota 12), p. 591 y ss. La condición mínima, de la que es componente necesario la causa individual, ciertamente no puede ser descrita de modo completo in praxi; más bien ocurre que sólo se alude de modo expreso a una parte de la misma, presuponiéndose tácitamente la restante, en la mayoría de los casos mucho más amplia. Mackie llama a estas partes no mencionadas el *campo causal*.

Qué hechos pertenecen al campo causal y cuáles a la condición explícita es algo que se deja al especial interés explicativo individual o al arbitrio. Cuando se extrae una causa individual de este campo causal, mencionándola expresamente, no se produce una duplicación de la misma, como cree Jakobs, al objetar contra la inclusión de negaciones de condiciones perturbadoras:

«Más bien, la ausencia de impedimentos está ya comprendida en el enunciado de que un resultado ha sido causado de modo suficiente por un suceso; la ausencia *no es, por tanto, una condición más junto* al acontecimiento» (subrayado en el original) AT, 7/25.

Si un hecho es componente necesario de tal condición suficiente, es algo que ellos pueden comprobar borrando este hecho del ámbito de la condición o, como ellos se expresan, eliminándolo mentalmente, para comprobar entonces si el resto de la condición sigue siendo suficiente para la producción del resultado. No se trata pues de eliminar mentalmente del mundo determinados hechos y constatar entonces qué habría sucedido sin ellos. Se trata simplemente de eliminar mentalmente de una explicación causal ya establecida un determinado acontecimiento, para comprobar si la explicación sin el mismo sigue siendo concluyente (15).

¿Por qué no me han dicho esto desde el principio los *abrigos negros*? Me habrían ahorrado una buena cantidad de disgustos. ¡Entonces es que no lo saben! Las explicaciones causales con las que normalmente han de enfrentarse son tan evidentes y triviales, que no se toman el esfuerzo de hacerse plenamente conscientes de ellas y expresarlo. Qué decir de un proceso como el siguiente: A dispara a B, sujeto sano, y B cae muerto. Sin embargo, dado que los *abrigos negros* están obligados a aportar una fundamentación para todo lo que dicen, aunque sea tan trivial, dan como fundamento aquel último paso de la explicación causal, que consiste en poner de relieve que la acción tomada como causa es realmente necesaria *para la explicación del resultado* (*¡no para el resultado!*). Así las cosas, toman esta parte por el todo y creen por tanto que deben exigir simplemente una condición necesaria del resultado.

(15) Tras exponer que sólo las leyes causales empíricas nos enseñan si el resultado habría dejado de producirse una vez eliminada la acción, escribe Walder: «Con todo, la fórmula de la conditio sine qua non es útil. Permite probar hasta un cierto grado si *la causalidad hallada en el caso concreto sobre la base de una ley causal o de una experiencia general, o supuesta*, ha entrado en juego efectivamente» (nota 12), p. 138 (el subrayado no es original). De modo análogo escribe E.A. Wolff (nota 12), p. 13: «La causalidad de una acción se determina cuando el resultado *«no puede explicarse a partir del acontecer previo sin la acción»* (el subrayado no es original). Pero ambos autores no se limitan a eliminar la acción de una explicación causal del resultado ya obtenida, sino que persisten en la cuestión hipotética de si el resultado habría desaparecido en caso de eliminar mentalmente la acción, esto es, eliminan la acción, no de la explicación del resultado ya establecida, sino del mundo; cfr. Walder, loc. cit., p. 139; Wolff, loc. cit., p. 31.

En el caso de que se hallara una condición que, sin más, fuera necesaria según leyes causales u otros enunciados generales para la producción del resultado, esto sería sólo el caso especial en que esta condición fuera componente necesario de toda condición mínima suficiente del resultado que resultara concebible. Por eso es posible sin dificultades, al establecer una explicación causal, emplear enunciados generales de la forma de «sólo si..., entonces...», como Schultz (nota 13), p. 44, menciona. Aquí pertenecen también enunciados empíricos como: «Si alguien conoce un hecho debe haberlo adquirido de algún modo» (los hombres, a diferencia de muchos animales, no disponen de un «saber» innato).

Este error les va a crear con toda seguridad una gran cantidad de problemas ficticios (16).

IV. INFORME FINAL

De vuelta a bordo, redacto un nuevo informe: «Cuando los terráqueos pretenden reconducir un fenómeno (efecto) a otros fenómenos como causas del mismo, parten de que hay reglas generales, las denominadas leyes naturales, según las cuales a una determinada constelación de fenómenos le debe seguir otra determinada. La cuestión de si están convencidos de que esto vale para todo tipo de procesos, es decir, por tanto, que cualquier proceso está determinado previamente de modo completo por estas leyes naturales, puede quedar abierta en el presente contexto. Baste aquí con el hecho de que suponen esto para una gran parte de los procesos de su vida ordinaria y de su técnica que tienen importancia práctica para ellos. Estas leyes naturales tienen por lo general la forma lógica de una condición suficiente, esto es, indican que si se da una serie de presupuestos, sigue con necesidad un determinado efecto. Cuando los terráqueos pretenden reconducir un efecto a sus causas, se lanzan a la búsqueda de los fenómenos que se han dado con anterioridad a la producción del efecto y de las leyes naturales que tienen necesariamente tal efecto como consecuencia. Si encuentran tal complejo de fenómenos, que éstos también han tenido lugar en la realidad, y se ha producido su consecuencia conforme a leyes, afirman que han explicado causalmente la consecuencia. Causa individual es para ellos un componente de tal explicación causal, y en concreto un componente necesario. Esto significa que sin tal componente no se habrían dado de modo completo los presupuestos de aquella ley natural con cuya ayuda debe explicarse la consecuencia. Según las circunstancias, entre los terráqueos puede tener repercusiones decisivas la inclusión en una explicación causal de un he-

(16) Además de la causalidad doble y de la exclusión de las causas sustitutivas, debe mencionarse aquí ante todo el problema de la causalidad de la infracción del deber de cuidado. En este punto, el procedimiento de eliminar mentalmente obliga a introducir, en lugar del comportamiento contrario a deber, otro comportamiento cualquiera conforme a deber y a preguntar entonces qué habría sucedido. Sin embargo, no está determinado cuál de las varias modalidades de comportamiento permitidas debe introducirse, de lo cual puede depender por completo el resultado del procedimiento. El conductor ebrio, que no podía evitar mediante el uso de los frenos la colisión con el motorista que se le atravesó, la habría impedido con seguridad si se hubiera ido andando a casa, pero quizá no si hubiera conducido sobrio; cfr. BGH St 24, 31. Si se procede correctamente, no surge tal ambigüedad. Se intenta explicar la producción del resultado a partir de premisas verdaderas, sin recurrir a aquellas propiedades del comportamiento de las que resulta su carácter contrario a deber; más detalladamente al respecto, Puppe, ZStW 92 (1980), p. 595, 599, con referencias.

cho que no es necesario en la misma. Por eso comprueban la necesidad de un componente individual de una explicación causal del siguiente modo: una vez que han establecido esta explicación, borran de ella este componente o, como ellos dicen, lo eliminan mentalmente. Si el resultado sigue pudiendo derivarse de los hechos restantes, este componente se habrá revelado como no necesario y, por tanto, como no causal. Será una causa sólo cuando la explicación se venga abajo, esto es, cuando el resultado ya no pueda ser derivado una vez que se haya borrado el referido hecho».

Del sistema de conminación de la multa en el Código penal brasileño

LUIS REGIS PRADO (*)

Durante algún tiempo la pena pecuniaria se ha tachado de antisocial (desigual), pues apenas se ajusta a la gravedad del delito, sin consideración de la natural diferencia de situación económica existente entre los acusados. En este sentido el Código penal francés de 1810 establecía la multa de acuerdo con la gravedad de la infracción, pero era indiferente la *posición social del delincuente*, y conducía, de esta forma, directamente a *desigualdades en la aplicación del castigo* (1). En efecto, para que la multa sea eficaz debe ser establecida de forma tal que no se torne insoportable para el pobre e indiferente para el rico.

La idea de proporcionalidad de la pena de multa en función de los recursos efectivos del condenado no es nueva, habiendo sido enunciada ya en otras épocas. Gaetano Filangieri sugirió que *la pena pecuniaria fuese determinada en función de una cuota del patrimonio del reo, a fin de que se convirtiera igual para todos los hombres en estado diverso de fortuna* (2).

De manera similar, Jeremy Bentham destacaba que la medida más exacta de la pena *era obligar al reo a pagar en proporción a sus ingresos o a su capital. Si Pedro y Pablo pierden cada uno una décima parte de sus bienes, sus privaciones serán en especie diferentes, pero en*

(*) Doctor en Derecho por la universidad Católica Pontificia de São Paulo; Profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Estatal de Maringá; Postgraduado en Derecho penal por la Universidad de Florencia (Italia).

Traducción del portugués por Miguel Angel Boldova Pasamar, Profesor Ayudante de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza.

(1) Cfr., CHAUVEAU & HÉLIE, *Théorie du Code penal*, p. 104; J. ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, p. 42.

(2) Cfr., FRANCESCO CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. 2, p. 144.

total serán las mismas. La suposición que la Ley admite es que es preciso aceptar que la utilidad que se pueda obtener por un determinado capital sea igual; es cierto que esta suposición es muy vaga, muy poco exacta, pero es la que más se aproxima a la verdad, es la más segura. En esta hipótesis dos personas van a perder lo mismo si perdieran la misma cantidad, no la misma nominal, sino la misma en proporción a sus bienes. Entre dos reos, uno que es propietario de cien libras y otro de mil, para ser castigados con igualdad es preciso exigir al uno diez libras y al otro cien (3).

Franz von Liszt, por su parte, en una sugerencia presentada en el Congreso de Christiania de 1891, resaltó que la pena de multa debía consistir en un porcentaje sobre la renta del condenado, *tal como el que se suministra por los elementos del impuesto sobre la renta, por el salario medio o de otra manera, y hacer fijar en cada caso por el Juez la multa en fracciones o múltiplos de una unidad que deberá ser determinada en la Ley en partes alícuotas de renta (4).*

Sin embargo, fue sobre todo en el último siglo en el que pasó a ser objeto de constante reafirmación y defensa intransigible.

Importante para la futura explicación de la cuestión fue la contribución según la cual sería preciso proporcionar la multa, no al patrimonio ni a la renta, sino a las facultades de pago, a los recursos económicos reales, en la medida en que sea posible constatarlos (5).

La ineludible preocupación con tan grave problema se manifestó en innumerables sistemas propuestos para realizar la indispensable igualdad en la individualización de la pena de multa. Entre ellos sobresale en importancia el sistema, de origen brasileño, conocido como días-multa, y que, posteriormente, vuelve a integrar con repaje nuevo el Código penal brasileño (6).

El sistema de días-multa es, originariamente, una construcción brasileña y no escandinava. Urge resaltar la verdad histórica y atribuir la paternidad del sistema o quien lo formuló por primera vez, aunque de forma rudimentaria. Así el Código criminal del Imperio del Brasil de 1830 dispone en el artículo 55: *La pena de multa obligará al reo al pago de una cuantía pecuniaria que será siempre regulada por lo que los condenados pudieran conseguir en un día por*

(3) Cfr., *Teoría das Penas Legais*, p. 205.

(4) Cfr., CHAUVEAU & HÉLIE, *op. cit.*, p. 105; M. ALI HASSAN, *L'Amende Pénale*, p. 118; J. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 43.

(5) Cfr., M. ALI HASSAN, *op. cit.*, pp. 122 y ss.; PIERRE BOUZAT & JEAN PINATEL, *Traité de Droit Pénal*, T. 1, p. 582; CARRANCA y TRUJILLO, *Derecho penal mexicano*, p. 238; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, T. 2, p. 439; ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, T. 3, p. 86; BASILEU GARCÍA, *Instituições de direito Penal*, T. 2, p. 447.

(6) Cfr., LUIZ PRADO, *Pena de Multa*, São Paulo, 1980, pp. 32-57.

sus bienes, empleo o industria, cuando la Ley específicamente no lo designe de otro modo (7).

Además del referido Código, antecedentes mediatos del sistema pueden nuevamente encontrarse en los Códigos penales portugueses de 1852 (art. 41) y de 1866 (art. 67), en el Código penal mejicano de 1871 (art. 115), en el Código penal brasileño de 1890 (art. 58), y, también, en las ideas de algunos penalistas como Gaetano Filangieri, Jeremy Bentham y Frank von Liszt.

Modernamente, la teoría de los días-multa nace a principios de siglo, gracias a las sugerencias presentadas en 1910 por el eminente penalista sueco Johan C. W. Thyren. El 3 de enero de 1916 sus propuestas eran consagradas legislativamente por primera vez en el Anteproyecto de Código penal sueco, que en su artículo 20 rezaba: *Cuando alguien sea condenado a una pena de multa, el Tribunal atendido a la fortuna del condenado, a la renta, cargas domésticas y demás circunstancias que influyen en la posibilidad de hacer efectivo el pago, fijará una cierta cantidad que se considerará como constitutiva de la exacción que el multado puede sufrir por día; la pena de multa condenará así a una de estas exacciones como mínimo y a doscientas como máximo, cuando en la Ley no se determine otra cosa.*

Los primeros países en adoptar el sistema fueron, por este orden: Finlandia (21 de marzo de 1921), Suecia (Ley de 24 de septiembre de 1931) y Dinamarca (Ley de 15 de marzo de 1939).

Perú lo introdujo en 1924 (Código penal, art. 20), Cuba en 1936 (Código de defensa social, art. 56), Costa Rica en 1971 (Código penal, art. 53) y Bolivia en 1972 (Código penal, art. 29). Aparece nuevamente en los recientes Códigos penales alemanes (art. 40), austríaco (art. 19) y, finalmente, brasileño (art. 49), reformado por la Ley número 7.209, de 11 de julio de 1984, en vigor desde enero de 1985 (8).

(7) Lamentablemente, en lo que toca al origen inmediato del sistema —verdaderamente brasileño— la doctrina especializada extranjera ha hecho bien patente el error histórico (cfr., por todos M. ALI HASSAN, *op. cit.*, pp. 125 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, *Pena de multa*, Madrid, M. Cabillos, 1977, p. 139). A propósito de esto, se equivocó Luis Antonio de Gama y Silva, en la exposición de motivos del llamado Código penal de 1969 (Decreto-ley 1.004/69), que no llegó a entrar en vigor, por considerar tal sistema como «escandinavo», cuando sería más correcto llamarlo «brasileño». A este respecto, afirma Roberto Lyra: *El sistema día-multa se considera brasileño. Además de Ranh y Wachtel, le atribuye esta filiación Saldaña, quien lo presentó con la designación de día-multa penal.* (A pena pecuniaria, en «Revista Forense», vol. 102, p. 22). En Argentina, Raúl Zaffaroni, siguiendo nuestro trabajo, también reconoce que el día-multa es una construcción de origen brasileño (Cfr., *Tratado de Derecho penal*, v. Regi.) ¿ ?

(8) El sistema era ya admitido en algunos códigos, leyes y proyectos: Código penal mejicano de 1929 (art. 84), Código penal tipo para Latinoamérica de 1971 (art. 45), Proyecto argentino de 1960 (art. 59), Proyecto austríaco de 1971 (art. 19), entre otros. En España, aunque se prevé tanto en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, cuanto en el proyecto de 1980, en el cual aquélla se basa, parece no ha-

El sistema consiste en determinar la pena de multa, no por una suma de dinero (cantidad fija), como el sistema tradicional, sino por un número de unidades artificiales (días-multa) según la gravedad de la infracción. Cada día-multa equivaldrá a un cierto valor pecuniario (importancia en dinero), variable de acuerdo con la situación económica del condenado (9).

Así, el procedimiento para fijar la multa obedece a dos fases absolutamente distintas. Primeramente, el Juez establece un número determinado de días-multa según la culpabilidad del autor y consideraciones de orden preventivo. Seguidamente, de conformidad con su condición económica, arbitra el día-multa en una cantidad concreta de dinero. Multiplicando el número de días-multa por la cantidad que representa la tasa diaria, se obtiene la sanción pecuniaria que el condenado debe pagar. De este modo, el número de días-multa expresa el contenido de lo injusto y de la culpabilidad de la acción, en tanto que la estipulación del montante (valor) de cada día-multa sirve exclusivamente para ajustar la pena a la respectiva capacidad económica del sentenciado (10).

Tan sólo cuando estas dos fases se mantengan rigurosamente separadas puede el sistema alcanzar completo éxito. De tal modo, a través de esta división del proceso de medición, es como mejor se puede encontrar una solución a las muchas veces lamentada acción antisocial de la pena de multa (11). En este sentido, el sistema tiene por objeto ajustar la importancia de la multa a las posibilidades de pago del condena-

berse captado la esencia del sistema, haciendo una unión disforme, sin respaldo empírico (v. gr., Derecho positivo en vigor), con el llamado «*Laufzeitgedanke*», propuesto por Baumann y adoptado en el Proyecto alternativo alemán de 1966, y, por ello, fueron objeto de severas y fundadas críticas (cfr., MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, «Documentación Jurídica», Madrid, Ministerio de Justicia, 1977, pp. 139 y 162). En Brasil, Códigos penales de 1830 (art. 55) y 1890 (art. 58), Proyecto Sá Pereira de 1927 (art. 53), Anteproyecto Nelson Hungría de 1963, Código penal de 1969 (art. 44), Ley número 4.737/1965 (artículo 286) y Ley número 6.368/1976 (art. 38), Código electoral y Ley de tóxicos, respectivamente.

(9) Cfr. IVAR STRAHL, *Les Grandes lignes*, en «*Revue de Science Criminelle*», n.º 4, 1964, pp. 527 y ss.; ALI HASSAN, *op. cit.*, pp. 126 y ss.; HEINZ ZIPF, *Die Rechtsfolgen der Tat, Einführung in das neue Strafrecht*, pp. 66 y ss.; FOREGGER & SERINI, *Strafgesetzbuch*, pp. 48 y ss.; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, T. 1, p. 520-1; ANTONIO BREISTAIN, *La multa penal y administrativa*, en «*Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*», n.º 28, 1975, pp. 387 y ss.; ANÍBAL BRUNO, *op. cit.*, p. 76.

(10) Cfr. IVAR STRAHL, *Les Jours Amendes*, en «*Revue*», 1, 1951, p. 59; M. ALI HASSAN, *op. cit.*, p. 128; HEINZ ZIPF, *Die Geldstrafe und ihr Verhältnis zur Freiheitsstrafe, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, p. 169; LEUKAUF & STEINIGER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, p. 169; JESCHECK, *Reforma del Derecho penal en Alemania*, p. 69.

(11) HEINZ ZIPF, *Die Rechtsfolgen der Tat, Einführung in Das neue Strafrecht*, p. 67.

do, de manera que sean tratados con igualdad el pobre y el rico. Por tanto, la individualización de la pena de multa se basa tanto en la culpabilidad del agente, cuanto en sus condiciones económicas.

La Ley penal debe fijar el número de días-multa que se impone como pena a cada delito, de acuerdo con la naturaleza (gravedad) de ésta. La mayor parte de los Códigos penales establecen en la Parte General un mínimo y un máximo de días-multa; por ejemplo: Código penal de Bolivia, artículo 29 (1 a 500 días-multa); Código penal de Costa Rica, artículo 53 (1 a 360 días-multa); Código penal de la República Federal Alemana, artículo 40, parágrafo 1 (5 a 300 días-multa); Código penal de Austria, artículo 19, parágrafo 1, y artículo 37 (2 a 360 días-multa), y Código penal brasileño, artículo 49 (10 a 360 días-multa).

El valor legal estipulado para cada día-multa sufre variaciones; en la República Federal Alemana oscila de 2 a 10.000 marcos (artículo 40, parágrafo 2); en Suecia, de 2 a 500 coronas (Capítulo XXV, artículo 2); en Dinamarca existe un mínimo (2 coronas), pero no hay un máximo legal; en Finlandia y Costa Rica no hay mínimo ni máximo; en Bolivia el importe de un día-multa no puede *sobrepasar el monto de la entrada diaria* del condenado, no habiendo un mínimo (Código penal, art. 29); en Austria de 20 a 3.000 schillings (art. 19, parágrafo 2). El Código penal tipo para Latinoamérica dispone que *si el condenado viviere exclusivamente del producto de su trabajo, el día-multa no podrá ser inferior a la mitad de su entrada diaria ni exceder el tanto de ella* (art. 45). El Proyecto argentino de 1960 limita el día-multa a la mitad de los ingresos diarios (art. 59, parágrafo 2). Nuestro Código penal de 1969 establece que el día-multa *no puede ser inferior al valor de una trigésima parte del salario mínimo, ni superior a un tercio de él* (art. 44, parágrafo. 1). Este texto fue merecidamente criticado: *La única explicación para limitar el máximo sólo puede ser el propósito de proteger a los ricos* (12). A pesar de esto el legislador reformista de 1984 establece que el valor del día-multa no puede ser (...) *inferior a una trigésima parte del mayor salario mínimo mensual vigente en el momento del hecho, ni superior a 5 (cinco) veces ese salario* (art. 49, parágrafo 1, Código penal). Indudablemente el mejor criterio es el que tiene como valor de referencia para la fijación del día-multa, principalmente, los ingresos del acusado. Y en caso de prever un límite máximo, que sea bien elevado (v. gr., art. 40, parágrafo 2, del Código penal alemán).

La doctrina escandinava sustenta que la multa no debe ser proporcional al patrimonio ni a la renta, sino a la capacidad de pago y a los recursos económicos reales, en la medida en que sea posible compro-

(12) HELENO FRAGOSO & LIDIA SEQUEIRA, *A Cominação das penas*, en «Revista de Direito Penal», 17/18, 1975, p. 31.

barlos. El día-multa debía, en general, corresponder a una cantidad que el delincuente, tomando en consideración sus necesidades personales, sus obligaciones y otros factores económicos, pueda economizar de sus ingresos diarios, sin superar lo esencial para pagar las multas. En otras palabras, para el día-multa es importante que sea *razonable* exigir que un delincuente pague por día de acuerdo con su solvencia. Recientemente en Suecia, Ivar Strahl afirma que la tesis de que el día-multa sea calculado a partir de lo que el delincuente pueda economizar por día no es, sin embargo, esencial para el sistema, pues en este punto la legislación danesa y finlandesa se apartan de la sueca. Lo esencial es que el día-multa sea tal que, multiplicando por el número de días-multa, se obtenga una suma suficiente para el caso en examen.

Para fijar el montante de cada día-multa es necesario que el Tribunal sea debidamente informado sobre la situación del acusado. En general, estas informaciones se prestan por la policía, tras una breve investigación. En la práctica, el cálculo se opera, generalmente, según principios bastante esquemáticos, aunque la adaptación de la multa a la capacidad de pago del condenado se presenta bastante satisfactoria (13).

Aun en ese caso, conviene acentuar que la idea de base del sistema de los días-multa consiste, como su nombre indica, en llevar el Juez a preguntarse cuál es el montante diario que un condenado puede economizar o con cuál puede vivir, teniendo en cuenta sus necesidades personales, sus obligaciones y otros factores económicos, sin que deba por ello caer en la miseria o en el descuido de sus deberes familiares. En consecuencia, la cantidad que el condenado puede economizar por día corresponde al valor pecuniario de un día-multa (14).

Según la orientación de Basileu Garcia, cada día-multa debería ser arbitrado *conforme a las condiciones económicas del reo o a los ingresos diarios del trabajo, hecha la apreciación por el juzgador dentro de ciertos límites*. Manifiesta el citado autor su preferencia por el *sistema sueco-finlandés en el que se aprecian las deducciones procedentes de las obligaciones a que está sujeto el reo. Se ajusta más exactamente, de este modo, a su solvencia* (15).

Por su parte, Jorge F. Caballero opina que se debe considerar, no ya la renta y otro elemento pecuniario equivalente o semejante, sino todos aquellos factores de una u otra índole que incidan en la situación eco-

(13) Cfr., IVAR STRAHL, *op. cit.*, p. 61-3; M. ALI HASSAN, *op. cit.*, pp. 126 y ss.; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 520-1; ídem., «El criminalista», vol. 8, p. 277; y, también con detalle, MANZANARES SAMANIEGO, *Pena de multa, op. cit.*, pp. 139 y ss.

(14) M. ALI HASSAN, *op. cit.*, p. 128.

(15) BASILEU GARCIA, *Reforma da Pena de Multa*, en «Revista dos Tribunais», vol. 306, p. 25.

nómica del condenado, de tal modo que se parta de sus posibilidades reales de pago, esto es, de su efectiva capacidad para superar la multa y sufrirla como tal (16).

En resumen, el día-multa debe ser calculado de manera que, tras la deducción de la renta líquida diaria, le reste al condenado lo mínimo indispensable para soportar los gastos de su mantenimiento y el de su familia. De ahí se deriva la fórmula: *extraer el exceso de renta del condenado para que éste reciba lo mínimo para su existencia*. El Juez o el Tribunal determinará en cada caso la cuantía del día-multa de conformidad con el punto de vista del margen penal, utilizando todos los factores permitidos de medición (17).

Seguidamente vamos a ver cómo se encuentra regulada la materia, específicamente la forma de cálculo del día-multa, en algunas de las principales legislaciones contemporáneas.

El Código penal alemán de 1975 en vigor dispone en el artículo 40, parágrafo 2 que *la cuantía de un día-multa será fijada por el Tribunal atendiendo a la situación personal y económica del autor*. Conforme a esta formulación legal, *el día-multa es la cantidad de dinero que, como término medio, puede ser diariamente descontada del autor, de acuerdo con sus ingresos, su patrimonio, su estilo de vida real, teniendo en cuenta sus obligaciones de manutención y gastos normales, así como su situación personal*. La cuantía del día-multa se arbitra según la capacidad económica del acusado. Para su fijación, *el Juez tendrá en cuenta los ingresos netos que percibe el autor o que podría percibir en el supuesto del aprovechamiento de su capacidad laboral* (18).

El nuevo Código penal austríaco, que entró en vigor el 1 de enero de 1975, preceptúa en el artículo 19, parágrafo 2 que *el día-multa se calcula según la situación personal y la capacidad económica del delincuente al tiempo del juicio de primera instancia*.

Conforme al artículo 29, párrafo 2 del Código penal boliviano de 1972, *el importe de un día-multa, será determinado prudencialmente por el Juez, tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada diaria del mismo*.

En el artículo 53 del Código penal costarricense se observa la siguiente regulación: *el importe del día-multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmen-*

(16) Cfr., Jornadas de Derecho penal, p. 208.

(17) Cfr., *Die Geldstrafe und ihr Verhältnis zur Freiheitsstrafe Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, p. 170; ídem, *Die Rechtsfolgen der Tat, Einführung in das neue Strafrecht*, p. 68.

(18) JESCHECK, *Orígenes, métodos y resultados...*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», T. 29, 1976, p. 14.

te su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Juez considere apropiados. Si el condenado vive exclusivamente de su trabajo, el día-multa no podrá exceder del monto de su salario diario.

El Código penal portugués regula la materia en el artículo 46.2 en los términos siguientes: *Cada día de multa corresponde a una cuantía entre 20,000 y 1.000.000 \$ que el Tribunal fijará en función de la situación económica y financiera del condenado y de sus obligaciones personales.*

Según el artículo 2 del Capítulo XXV del Código penal sueco, promulgado en 1962 y en vigor desde el 1 de enero de 1965, *la multa diaria será fijada en una cantidad de dinero por el montante de 2 coronas como mínimo y de 500 coronas como máximo, conforme a lo que se juzgue equitativo, teniendo en consideración la renta, el patrimonio, las obligaciones de manutención y la situación económica general del acusado.*

En el Derecho brasileño el Código penal en vigor (Ley 7.209/84) establece *ipsis verbis* que el valor del día-multa será fijado por el Juez no pudiendo ser inferior a una trigésima parte del mayor salario mínimo mensual vigente al tiempo del hecho, ni superior a 5 (cinco) veces ese salario (art. 49, parágrafo 1). En el artículo 60 del mismo Código se indican los criterios que deben servir de base, dentro de los límites legales, para la determinación de la medida concreta de la multa (específicamente, el valor del día-multa). Artículo 60: *En la fijación de la pena de multa, el Juez debe atender principalmente a la situación económica del reo. Parágrafo 1. La multa puede ser aumentada hasta el triple si el Juez considera que, en virtud de la situación económica del reo, es ineficaz a pesar de aplicarla al máximo (...).*

La principal ventaja del sistema de los días-multa reside en la posibilidad de que apenas un dato (el número de días-multa) sirve para graduar la gravedad de la pena, para fijar la cuantía en dinero de la multa y la duración —en caso de impago— de la responsabilidad personal subsidiaria (pena privativa de libertad, prestación —en libertad— de unidades de trabajo, etc.), para calcular automáticamente la parte de multa que pueda considerarse pagada si el delincuente permaneció en prisión preventiva algún tiempo, y para la manifestación pública de la gravedad del delito y de la pena correspondiente.

Esta última particularidad es imposible en el sistema clásico, pues la medida de la pena no está desvinculada de consideraciones sobre la situación económica del autor. De suerte que la multa así fijada no se reviste de medio idóneo para establecer la culpabilidad del delincuente. Por el sistema de días-multa, por el contrario, el Juez, independientemente de la situación económica del acusado, fija el número de días-

multa, que representan públicamente el grado de desvalor de la infracción penal (19).

Según la orientación, la pena de multa se torna como la pena privativa de libertad, objetivamente comparables en términos de grandeza penal (Strafgrösse) (20).

Además debe destacarse que, por otro lado, el sistema en cuestión se presenta nítidamente superior a los demás en cuanto a la cuestión del impago de la multa.

En razón de arbitrarse la cuantía de la multa según la renta diaria del delincuente, se limita sobremanera los casos de insolvencia. De esta forma, en caso de conversión en otra pena, este sistema determina expresamente (número de días-multa) el período de responsabilidad personal subsidiaria (21).

Todavía, debe destacarse que el referido criterio no está sujeto al grave problema causado por la depreciación de la moneda a causa de la inflación. Como bien sostiene Aníbal Bruno, *este proceso tiene la ventaja de establecer para la medición de la multa una unidad independiente de cotización ocasional de la moneda corriente, evitando así que el importe en dinero, fijado para la multa por la Ley, venga a perder su valor intimidatorio y aflictivo ante el fenómeno, frecuente hoy en varios países, de la depreciación de la moneda* (22).

Abundando en el tema, Heinz Zipf destaca que la Ley penal alemana, al recoger el sistema, hizo patente una exigencia durante largo tiempo reclamada. La integración del día-multa fue unánimemente apoyada, desde el Proyecto de 1962, por la inmensa mayoría de la doctrina (23).

En el plano internacional —en contra de las previsiones más pesimistas— va, poco a poco, ganando terreno.

Sin duda, se puede afirmar que científicamente el sistema en cuestión es el más perfecto de los que han sido hasta ahora imagina-

(19) ANTONIO BERISTAIN, *op. cit.*, pp. 391 y ss.; IVAR STRAHL, *op. cit.*, p. 60; M. ALI HASSAN, *op. cit.*, pp. 133 y ss. HEINZ ZIPF, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; LEUFAUF & STEININGER, *op. cit.*, pp. 168 y ss.; FOREGGER & SERINI, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

(20) HEINZ ZIPF, *Die Geldstrafe und ihr Verhältnis zur Freiheitsstrafe Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, p. 169.

(21) Varían los Códigos en cuanto a la proporción, con motivo de la conversión entre el día-multa y la pena privativa de libertad. El Código penal alemán (art. 43) prevé un día de pena privativa de libertad por un día-multa. Nuestro Código penal (art. 51, párrafo 1), adopta la misma proporción. Disposiciones similares contienen los Códigos penales boliviano (art. 32), costarricense (art. 56) y el Código penal tipo para Latinoamérica, que establece un día de pena privativa de libertad por dos días-multa (art. 19, párr. 3). Tal vez sería preferible, antes de convertirla en pena privativa de libertad, servirse de una pena restrictiva de derechos [v. gr. prestación de servicios a la comunidad (art. 43.I del Código penal) o limitaciones para el fin de semana (art. 43.III, del Código penal)].

(22) Cfr. ANÍBAL BRUNO, *op. cit.*, p. 76.

(23) *Die Rechtsfolgen der Tat, Einführung in das neue Strafrecht*, p. 67.

dos, puesto que tiene elementos de medición más precisos, completos y fácilmente utilizables. En este contexto, la pena de multa se ajusta mejor a la culpabilidad y a las condiciones económicas del agente (24).

La principal y más común de las críticas que parte de algunos notables penalistas está relacionada con la verificación de las posibilidades y de las obligaciones económicas del condenado (25). M. Ali Hassan asegura, con el respaldo de Arvelo y otros, que el sistema de los días-multa no es aplicable en razón de las dificultades prácticas que se presentan en la verificación de la capacidad de pago del delincuente (26). Con todo, se hace necesario advertir que este tipo de problemas afecta indistintamente a cualquier sistema que pretenda asegurar a la pena de multa un carácter igualitario y equitativo, de modo tal que no sea insignificante para el rico ni intolerable para el pobre, sino que se adapte a las condiciones económicas de cada uno (27).

En lo tocante a este asunto, se mantiene de la opinión de que las dificultades sólo pueden alejarse por medio de una eficaz actuación del juzgador, en el sentido de comprobar y valorar las condiciones económicas del autor. Para esto, en países como el nuestro, en el que al proceso penal se antepone, por regla general, una investigación policial (...), *se podría atribuir a la policía, asesorada por asistentes habilitados para realizar indagaciones de carácter social, el encargo de traer al umbral de la fase judicial las comprobaciones imprescindibles. El acusado las ratificará o no. Determinadas verificaciones podrían ser ordenadas por el Juez. Tal vez sería conveniente crear en las grandes ciudades una Delegación o negociado encargado de esa investigación, entre otras, para la plena efectividad de la pena de multa. Uno de los elementos con que efectuarían los cálculos serían los informes de las Delegaciones de Hacienda sobre las eventuales cargas fiscales del reo* (28).

(24) Cfr. CARRANCA y TRUJILLO, *op. cit.*, p. 238; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *A Reforma do Direito Penal Português*, p. 32; FRANCESCA MOLINARI, *La pena Pecuniaria e la sua Problematica in una Prospettiva di Riforma*, en «Problemi Generali di Diritto Penale», p. 196; ANÍBAL BRUNO, *op. cit.*, p. 76.

(25) En cuanto a las objeciones de dificultad, responde nítidamente Virgilio de Sá Pereira: *Hay quien acusa de complicado el proceso de la multa en el Proyecto brasileño; éste es, por el contrario, de una gran simplicidad, porque realmente no exige del Juez sino dos operaciones elementales de aritmética —dividir y multiplicar— cosas que aprende, no en la Universidad, sino en la escuela primaria (Jusificação do projeto, p. 98)*. Vid., LUIS REGIS PRADO, *op. cit.*, pp. 35-6.

(26) *Op. cit.*, p. 132. También PIERRE BOUZAR & JEAN PINATEL, *op. cit.*, pp. 532-3.

(27) HEINZ ZIPF, *Die Geldstrafe und ihr Verhältnis zur Freiheitsstrafe Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, p. 170; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 520-1; ANTONIO BREISTAIN, *op. cit.*, p. 392.

(28) BASILEU GARCIA, *op. cit.*, p. 27; LUIS REGIS PRADO, *op. cit.*, pp. 69-87 (con amplia referencia bibliográfica, pp. 89-97).

Por último, es preciso destacar que la pena de multa —reformulada en el sistema de día-multa— podrá atender, de forma más adecuada, los objetivos de la pena, sin el contrapeso de los nefastos resultados que normalmente acompañan al encarcelamiento.

Este sistema otorga una nueva dimensión a la pena pecuniaria, convirtiéndola, como la pena privativa de libertad, apta para demostrar, de forma inequívoca, el desvalor de la acción.

Con la adopción por el Código penal brasileño del régimen de días-multa y de la multa sustitutiva (art. 60, pár. 2) (29), queda restablecido, finalmente, el verdadero significado y eficacia de la multa como sanción criminal. Resta, ahora, extenderla a toda la legislación penal especial.

En la actualidad, la postura legislativa en el sentido de ampliar el campo de aplicación a la pena de multa corresponde a una tendencia bien definida en la moderna Política Criminal, que le otorga incuestionable primacía como especie de sanción punitiva adecuada a la pequeña criminalidad y preferible, incluso, en algunos casos para el tratamiento de la criminalidad media.

(29) Multa sustitutiva; la pena privativa de libertad, cuando no sea superior a seis meses, puede ser sustituida por la pena de multa (art. 60, pár. 2 del Código penal), si se observan las condiciones del artículo 44, II y III, esto es, que el reo no sea reincidente, y que la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, así como los motivos y las circunstancias indiquen que esa sustitución sea suficiente. El Proyecto español de 1980 (art. 100) y la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (art. 83) hablan de la sustitución de la pena privativa de libertad de hasta dos años. Tal opción, además de ser demasiado amplia, constituye una temeridad en cuanto a la criminalidad media (cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, op. cit., p. 236; LUIS REGIS PRADO, *Pena de multa*, op.cit., pp. 75 y ss.).

Disposiciones (*)

Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril

PREAMBULO

La Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de Delitos e Infracciones Administrativas en materia de Contrabando establece los supuestos penales en relación con el tráfico internacional de géneros de lícito comercio, estancados o prohibidos. A estos efectos, el artículo 1.º, 3, 1.ª), determina que serán reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en la Ley, cuando el objeto del mismo sean armas o explosivos.

Sin embargo, el extraordinario avance experimentado por los instrumentos susceptibles de uso bélico ha determinado que el concepto clásico de armas haya quedado desfasado y que, por el contrario, adquieran una importancia trascendental los elementos, tecnologías o partes integrantes de los mismos que, aun no teniendo en si misma una finalidad destructora, aumentan la capacidad ofensiva o defensiva de un Estado y muchos de los cuales se emplean habitualmente para finalidades civiles. Estos elementos o tecnologías, juntamente con el armamento, son los que la legislación y la práctica internacional denomina materiales de defensa y materiales de doble uso.

La falta de una normativa penal sobre las infracciones cometidas en esta materia, regulada exclusivamente en la actualidad por disposiciones de rango reglamentario, debe ser corregida de inmediato, entre otras razones por ser necesaria su tipificación mediante Ley y por aplicación de compromisos internacionales contraídos por España.

Constituye elemento central de la nueva regulación la determinación concreta de lo que debe entenderse por material de defensa y de

(*) Por la Redacción de la Revista.

doble uso por su complejidad técnica que sucede en los sistemas jurídicos de nuestro entorno o normas de rango reglamentario. Esto, no obstante, el texto incluye una definición de los repetidos materiales para facilitar el control jurisdiccional sobre este ámbito normativo.

Por último, la nueva ley regula el sistema de autorizaciones de exportación y sus causas de denegación, así como el supuesto excepcional de retención de materiales en tránsito cuando se den los supuestos que la ley determina.

Artículo 1.º

Se introducen en la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de Delitos e Infracciones Administrativas en materia de Contrabando, los siguientes preceptos:

«Artículo 1.1.

9.º Exportar material de defensa o material de doble uso sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta en relación con la naturaleza o el destino último de los mismos o de cualquier otro modo ilícito.

Artículo 3.º

4.º A los efectos de la presente Ley y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.º, 3, 1.ª se considerará:

Material de defensa: el armamento y todos los productos y tecnologías concebidos específicamente o modificados para uso militar como instrumento de fuerza, información o protección de conflictos armados, así como los destinados a la producción, ensayo o utilización de aquéllos que se encuentren incluidos en la relación que, a estos efectos, apruebe el Gobierno por Real Decreto.

Material de doble uso: Los productos y tecnologías de habitual utilización civil que puedan ser aplicados a algunos de los usos enumerados en el párrafo anterior y que se encuentran incluidos en la relación que, a estos efectos, apruebe el Gobierno por Real Decreto».

Artículo 2.º

1. Las autorizaciones para la exportación de material de defensa o de doble uso se sujetarán a los requisitos, condiciones y procedimientos

que establezca el Gobierno por Real Decreto, pudiendo ser otorgadas con carácter general.

2. Para la concesión, denegación o revocación de estas autorizaciones se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La existencia de indicios racionales de que el material de defensa o de doble uso pueda ser empleado en acciones que perturben la paz, la estabilidad o la seguridad a nivel mundial o regional, o que su exportación pueda vulnerar los compromisos internacionales contraídos por España.

b) Los intereses generales de la defensa nacional y de la política exterior del Estado.

Artículo 3.º

La Administración podrá proceder a la inmediata retención del material de defensa o de doble uso en tránsito a través del territorio, o del espacio marítimo o aéreo sujetos a la soberanía española, cuando se den los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 2.º de la presente Ley, sin perjuicio de los controles establecidos por disposiciones especiales.

DISPOSICION ADICIONAL

Los artículos segundo y tercero de la presente Ley tendrán el rango de ley ordinaria.

DISPOSICION TRANSITORIA

En tanto se dicten las normas reglamentarias previstas en la presente Ley continuarán en vigor el Real Decreto 480/1988, de 25 de marzo y demás disposiciones dictadas en su desarrollo.

DISPOSICION FINAL

Esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

ALGUNOS ASPECTOS DEL DESISTIMIENTO EN LA CONSPIRACION (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)

ELENA FARRE TRAPAT

Profesora Titular. Universidad de Barcelona

I

Los hechos que han motivado este comentario son los siguientes: Los procesados Emiliano, N. T., Eusebio, M. M. y Antonio, A. M. planearon apoderarse del dinero que pudieran de una entidad bancaria de ahorros. Con este fin Emiliano, N. T. y Eusebio, M. M. se apoderaron de un vehículo con el que se trasladaron a aquel lugar, mientras que Antonio, A. M. llegó al mismo punto por otros medios de transporte. De acuerdo con lo previamente planeado Antonio, A. M. debía de haber acompañado a Emiliano, N. T., provisto de una navaja, para atracar la sucursal mientras Eusebio se quedaba al volante del coche. Sin embargo, Antonio «en vez de encaminarse a la sucursal, tomó otra dirección y se alejó del lugar de autos», en el que quedaron Emiliano y Eusebio, este último al volante del coche.

La conducta examinada por la sentencia del Tribunal Supremo es la de Antonio, A. M. La sentencia de la Audiencia había calificado el comportamiento de Antonio de *complicidad en el delito de robo con intimidación*, que Emiliano y Eusebio terminaron llevando a cabo. Esti-

mó que concurrían además las circunstancias: atenuante analógica de enajenación y agravante de reincidencia. Por todo ello fue condenado a una pena de seis meses y un día de prisión menor y fue *absuelto*, en cambio, *del delito de utilización ilegítima de vehículo de motor*.

El T.S. admitió el recurso interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia y le *absolvió* también *de la complicidad en el delito de robo con intimidación y uso de armas* al considerar que lo que realmente concurría era una conspiración impune por el desistimiento de Antonio, A. M.

II

Este comentario se centra en el análisis de la calificación jurídico-penal del comportamiento de Antonio, a. M. y más concretamente en el análisis del mismo en cuanto merecedor de la impunidad por desistimiento. Se pretende debatir la solución aportada por el Tribunal Supremo de considerar impune por desistimiento dicha conducta en relación a los dos delitos mencionados: el de utilización ilegítima de vehículo de motor y el de robo con intimidación. Para lo cual es preciso analizar cuáles son los requisitos necesarios para la impunidad del desistimiento en el supuesto de intervención de varios sujetos en actos preparatorios y más concretamente en la conspiración para delinquir.

El primer aspecto que hay que considerar es, por lo tanto, el de si los hechos acaecidos deben situarse en la fase de preparación o si, en cambio, alguno de los coautores se ha adentrado ya en la fase de ejecución del delito (1). Esta cuestión no tendría trascendencia práctica para Antonio, A. M. si aceptásemos que su comportamiento de alejarse del lugar de los hechos constituye un desistimiento eficaz para alcanzar la impunidad (2). En cambio, sí que la tiene si negamos la eficacia del de-

(1) La tentativa da principio en la coautoría cuando alguno de los coautores comienza a realizar el tipo en el marco del común acuerdo. Creo que esta solución, que es la dominante en la doctrina alemana (cfr. H. OTTO, *Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (I. Teil)*, JA, 1980, p. 646 y H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 1981, V. II, p. 945. Solamente se opone a ella SCHILLING, *Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, pp. 104 ss., quien considera que la tentativa comienza para cada autor cuando realiza su propia contribución al hecho), es la más consecuente con los principios que rigen en la coautoría. Es decir, si consideramos que, en virtud del principio de imputación recíproca, todas las contribuciones al hecho que tienen lugar dentro del marco del común acuerdo se imputan a cada uno de los coautores, también la acción de ejecución de alguno de los coautores en el marco del común acuerdo deberá considerarse la acción de ejecución de todos ellos (cfr. ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 10 ed., par. 25, n.º 139).

(2) Si carece de trascendencia práctica en el caso de que concurra un desistimiento eficaz es debido al hecho de que la jurisprudencia, que, como veremos, admite el desistimiento de la conspiración, también, con mucho acierto, viene considerando impune la

sistimiento y mantenemos la punición por los actos realizados, ya que, como veremos posteriormente, sólo en el caso de haber comenzado la ejecución del delito de robo con intimidación podrá sostenerse su responsabilidad por coautoría en el mismo.

Considero adecuada la solución del T.S. de situar la conducta que examinamos en el ámbito de los actos preparatorios. Llego a esta conclusión sirviéndome de la *teoría de la inmediatez temporal*, en virtud de la cual la tentativa comienza, no con la realización del acto típico sino con la realización del acto inmediatamente anterior al acto típico (3). Lo que en nuestro supuesto equivaldría, en mi opinión, a sostener que la tentativa del delito de robo con intimidación da principio en el momento en que alguno de los intervinientes comienza a entrar en la sucursal bancaria para realizar acto seguido el acto típico de intimidar. Por consiguiente, y aunque en verdad el supuesto de hecho no nos indica la situación exacta de cada uno de los intervinientes en el momento en que Antonio abandona la realización del plan de ejecución y, en cambio, se desprende de aquél la proximidad de sus conductas con la de entrar en la sucursal bancaria, no podemos entender, puesto que no consta que este momento se haya producido, que hayan llegado a entrar en la sucursal (4). Cabe concluir, por tanto, que la conducta realizada por Antonio, A. M. de alejarse del lugar del robo tiene lugar durante la fase de preparación de aquel delito. Por consiguiente, la posible responsabilidad de Antonio, A. M. se limita a las aportaciones realizadas durante el ámbito de la preparación.

conspiración previa a la tentativa en el supuesto de desistimiento de esta última. (También en este sentido CUELLO CONTERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1978, pp. 210 ss., con citas jurisprudenciales). Esta consecuencia se desprende de varias consideraciones. Por una parte, el desistimiento de la tentativa perdería parte de su sentido político-criminal si el autor que ha desistido voluntariamente de ella, no tuviera que responder por la tentativa, pero sí por la conspiración (Cfr. ROXIN *Leipziger Kommentar*, 10 ed., párrafo 30, n.º 79). Por otra parte, si el desistimiento posibilita la impunidad de todas las acciones dirigidas a la realización del tipo en la fase de tentativa, también debe ser así en la fase de preparación en relación con la conspiración.

(3) Cfr. E. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 137 ss. y *Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso*, ADPCP, 1986, pp. 635 ss.

(4) La misma solución se acoge en la STS de 24 de octubre de 1989. En ella se plantea una situación muy similar, pues los tres procesados llegaron a la sucursal de la Caja de Ahorros de Guillarey, con intención de asaltarla, en un coche y con una moto, pero, al ver que los empleados llamaban por teléfono, y suponer que lo hacían a la Policía, desistieron de su propósito marchando en el coche. El TS negó también en aquel caso un comienzo de ejecución del delito de robo, pues «la parquedad del relato fáctico ... no incluye acción alguna perteneciente a los verbos rectores de la figura criminal aplicada: ... No consta si quiera si llegaron a entrar en el local, ni si al menos lo intentaron, al igual que nada aparece sobre el uso o exhibición coactiva de las armas que llevaban ... No cabe hablar, pues, ni de un comienzo de apoderamiento ni de un principio de aquellas violencia o intimidación que completan el subtipo agravado de robo».

La sentencia que comento, concluye que el sujeto «si bien intervino en la fase preparativa de conspiración... no realizó después acto alguno de comisión, ni siquiera en la línea periférica del auxilio efectivo». Por lo tanto debería responder por conspiración sino fuera porque, a criterio del T.S., concurre también un desistimiento eficaz para conseguir la impunidad de la misma. Como es sabido el artículo 3 del Código Penal se refiere expresamente tan sólo a la eficacia del desistimiento del autor de la ejecución, pero no se refiere ni al desistimiento durante la ejecución del delito de alguno de los intervinientes en el mismo, si son varios, ni tampoco al desistimiento de los actos preparatorios punibles, es decir, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. Sin embargo, ello no ha supuesto un obstáculo para que tanto la doctrina como la jurisprudencia admitan el desistimiento de la conspiración para delinquir. En este sentido el ponente de la sentencia Sr. D. J. L. Manzanares, resume con claridad, *la posición jurisprudencial*: «el silencio del C.P. sobre la posibilidad de desistimiento en la conspiración no implica necesariamente su rechazo, antes al contrario... aquella forma de resolución manifestada es una *verdadera tentativa de participación*... en que el desistimiento de los conspiradores les coloca en *idéntica situación a la prevista en el párrafo 3.º del artículo 3.º del Código penal*, si no desea tratarles peor que a los... responsables de un delito ya en vía de ejecución, de manera que, siendo el desistimiento voluntario... cabría afirmar, *mutatis mutandi* con la tentativa, que la conspiración más que quedar impune, desaparece como tal, por cuanto la ausencia de desistimiento jugaría como elemento negativo de una y otra» (5). También la *doctrina penal* española se ha manifestado a favor de su eficacia; bien indicando que «los conspiradores que desisten se colocan en situación idéntica a la prevista en el apartado tercero del art. 3» (6), bien indicando la necesidad de acudir a la analogía, *in bonam partem* respecto al desistimiento de la tentativa (7).

Desde luego no puede haber ninguna duda sobre la necesidad de admitir el desistimiento también en los actos preparatorios punibles del artículo 4 del C.P. Podemos llegar a esta conclusión partiendo de dos premisas: la primera es el hecho de que el art. 3 del C.P. admite el desistimiento para la tentativa y la frustración y la segunda, que los actos del

(5) En los mismos términos se expresa en la STS de 24 de octubre de 1989. También admiten la equipación esencial del desistimiento en la tentativa y en la conspiración las sentencias de 5 de julio de 1948, 19 de abril de 1965, 19 de mayo de 1978 (R. 1975) y de 4 de noviembre de 1987 (R. 8444). En sentido contrario la STS de 5 de junio de 1948.

(6) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, 1972, pp. 168 ss.

(7) MIR PUIG, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de H. H. JESCHECK, 1981, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., 1990, pp. 383 y ss. y MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 1989, p. 187. También admiten el desistimiento J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, pp. 561 ss. y J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1978, pp. 210 ss.

art. 4 constituyen también fases de realización del delito previas a aquellas, en las que intervienen varios sujetos, pero que el legislador penal no ha considerado más graves (compárese las penas de los artículos 51 y 52,1 con la del art. 52,3, todos del C.P.).

Sin embargo, la unanimidad que existe en torno a la necesidad de admitir el desistimiento también en la conspiración no se extiende a los requisitos necesarios para considerarlo suficiente para alcanzar la impunidad. En este sentido vemos que la STS de 21 de octubre de 1987 ha estimado suficiente un abandono por parte del conspirador de la continuación del plan. No más exigente se mostraba Ferrer Sama cuando admitía que: «Como nada se ha hecho en la ejecución del delito, sino tan sólo pensar en cometerlo, resolverse a cometerlo, lógico es que baste el pensamiento contrario, el pensamiento de no cometerlo» (8). Por el contrario, desde otras perspectivas se ha rechazado todo aquel desistimiento que no comporte una cierta actividad, exigiendo que «sea explícito y comunicado a los otros» (9); o bien que constituya «una conducta tendente a neutralizar los efectos de la actividad desarrollada previamente» (10); a «hacer todo lo posible por impedir las consecuencias de su comportamiento» (11); o bien «que el sujeto haga todo lo que le resulte posible para impedir el hecho» (12).

Ante esta confusa situación no deja de resultar sorprendente que el legislador no sólo no se haya preocupado de regular el desistimiento de los actos preparatorios del art. 4, sino que además tampoco se ocupe de ello en los Anteproyectos de 1983 y de 1992. Si miramos hacia el pasado encontramos un intento de resolver legalmente esta cuestión en la reforma del C.P. de 1850, que insertó un último párrafo en el art. 4 que establecía lo siguiente: «exime de toda pena el desistimiento de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haberse comenzado el procedimiento». Sin embargo, este precepto se suprimió en el C.P. de 1870, debido a las duras críticas de que fue objeto al considerarse más bien un premio a la delación, incompatible con la economía del Código en el que se encontraba (13). Tras este paréntesis esta cuestión no ha sido objeto de regulación posterior. Si miramos hacia el futuro vemos que tampoco los Anteproyectos que existen de Có-

(8) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, 1946, p. 85.

(9) STS de 19 de abril de 1965. También J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 209.

(10) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 167.

(11) ASÍ MUÑOZ CONDE, *Teoría*, p. 187.

(12) MIR PUIG, *Adiciones*, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal*, p. 384. También J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 562.

(13) Ver referencias en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, p. 166 así como la STS de 4 de noviembre de 1987.

digo Penal se ocupan de esta cuestión; ya que, si bien el art. 18 del Anteproyecto de 1992 se dirige a evitar parte del vacío legal existente en este ámbito regulando el desistimiento en el supuesto de intervención de varios sujetos en el hecho, se refiere sólo al ámbito de la ejecución, sin abordar el problema del desistimiento en la fase preparatoria.

III

A pesar de su unánime aceptación doctrinal y jurisprudencial en pocas ocasiones se ha indicado con claridad cuál es la *solución dogmática*, que permite ampliar la eficacia del desistimiento, regulado en el art. 3 del C.P., a los actos preparatorios en los que intervienen varios sujetos, y concretamente a la conspiración. En mi opinión, dicha eficacia sólo puede sostenerse aplicando el art. 3 del C.P. analógicamente a favor de reo a estos supuestos (14). A partir de la analogía con el art. 3 podremos deducir los requisitos necesarios para que el desistimiento del conspirador alcance la impunidad. Antes de llevar a cabo dicha aplicación analógica es preciso, sin embargo, examinar más detenidamente la situación que concurre en el desistimiento de la conspiración, pues es, en varios aspectos, distinta a la que concurre en el desistimiento de la tentativa y de la frustración.

Desde luego, no cabe sostener la «identidad» del desistimiento en la conspiración con el de la tentativa (15), ni la aplicación directa a los mismos del art. 3 del C.P., argumentando que la conspiración no es más que una «*tentativa de participación*» (16). Claramente porque el art. 3 se refiere expresamente a la ejecución del delito (consumado), lo cual excluye las fases preparatorias como la conspiración para delinquir. Tampoco resolvería nada en el ámbito del desistimiento el interpretar el término «delito» del art. 3, no como «delito principal consumado», sino

(14) Así lo indican también MIR PUIG, Adiciones, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal*, pp. 383 ss. y MUÑOZ CONDE, *Teoría*, p. 187.

(15) En cambio la jurisprudencia del T. S. admite, como hemos visto, una «identidad» clara entre el desistimiento de los conspiradores y el desistimiento del autor en la fase ejecutiva de tentativa; (además de la sentencia que comento, la STS de 24 de octubre de 1989). En otras decisiones señala, con más precisión, la «equiparación sustancial entre el desistimiento en la tentativa y en la conspiración» (STS de 21 de octubre de 1987); o bien su «similitud con la tentativa» (STS de 4 de noviembre de 1987).

En las sentencias consultadas no se especifica si debe aplicarse directamente el art. 3 C.P. a estos supuestos, o bien sí se requiere una aplicación analógica *in bonam partem* del art. 3 C.P.

(16) Así RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 168 y la sentencia de 21 de octubre de 1987. También J. M. GÓMEZ BENÍTEZ se refiere a lo forzado de considerar estos supuestos como de «tentativa», con el fin de posibilitar la aplicación del desistimiento del art. 3 C.P. (*Teoría*, p. 561).

como «delito» de conspiración, proposición o provocación (17). Esta interpretación, además de conducir a consecuencias muy inadecuadas, como, por ejemplo, el tener que admitir la tentativa de conspiración y la conspiración frustrada (18), tampoco resolvería el problema del desistimiento del conspirador que abandona la continuación del plan cuando la conspiración ya se ha consumado: de nuevo no sería directamente aplicable el art. 3 C.P. a un delito consumado.

La única solución dogmática posible para ampliar la eficacia del desistimiento a la conspiración es, como he señalado, la aplicación analógica del desistimiento, regulado en el art. 3 a estos supuestos. Previamente deben hacerse, sin embargo, algunas consideraciones:

1. La conspiración se consume con el acuerdo de voluntades, es decir, en el momento en que los conspiradores llegan a tener conocimiento de la resolución de los otros (19). A partir de este momento concurre un delito formalmente consumado. La aplicación del desistimiento del art. 3 al de la conspiración supondría ampliar la eficacia del desistimiento a un delito formalmente consumado. Por tanto, advirtiendo sólo este aspecto de la conspiración no sería posible aplicar analógicamente el art. 3. Sin embargo, la conspiración es, a la vez que un delito consumado una fase previa de otro delito, del que el conspirador puede desistir. Es este aspecto de la conspiración el que permite una aplicación analógica del art. 3 del C.P. Como podemos observar, ciertamente no es correcto referirse al «desistimiento de la conspiración», ya que de la conspiración, que sólo se castiga en su forma consumada, no se puede desistir. Por otra parte, el desistimiento es una institución prevista en el Derecho Penal para las fases de ejecución. *Más correctamente tendríamos que referirnos al «desistimiento» del conspirador —análogo al del art. 3 del C.P.— del comienzo de la ejecución del delito.*

Al advertir esta doble estructura de la conspiración se abre la posibilidad de ampliar la eficacia del desistimiento del art. 3 a otras formas de preparación punible; es decir, a los actos preparatorios especialmente tipificados como delitos autónomos en el C.P. español. Al igual que indicábamos en relación con la conspiración, la aplicación analógica no sería posible en relación a su estructura: «delitos formalmente consumados», pero, si lo es,

(17) Frente a la posición más extendida que considera estos supuestos simplemente como causas de extensión de la pena, MIR PUIG considera que constituyen verdaderos «delitos» distintos del delito consumado al que se dirigen. Sin embargo, no son verdaderos delitos autónomos, sino «delitos dependientes» «no autónomos», subordinados a los delitos principales. Puesto que modificativas a la responsabilidad, pero como que nos llamamos frente a «delitos no autónomos» no cabe en ellos la participación ni la punición de formas de imperfecta realización (MIR PUIG, *Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal*, A.D.P.C.P., 1973, pp. 374 ss. y *Derecho Penal*, p. 360).

(18) Cfr. S. MIR PUIG, *Los términos*, p. 374.

(19) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 162.

en cambio, en relación a su configuración como «fases de realización previas a la ejecución del delito posterior». Será posible admitir, por ejemplo, por analogía *in bonam partem* con el art. 3, la impunidad por desistimiento de aquél que primeramente ha fabricado máquinas destinadas exclusivamente a realizar alguna falsificación de las previstas en el Título III del C.P. (art. 314 C.P.) y posteriormente las destruye; si sus motivaciones son susceptibles de constituir un desistimiento propio y voluntario.

2. Por otra parte, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede generalmente en la proposición y provocación, que también son fases previas a la intervención de varios sujetos en el delito, en la conspiración la realización por parte de cada conspirador de todo lo necesario para consumarla no agota su respectiva aportación a la ejecución del delito principal. Cada conspirador deberá ejecutar el delito como cuator (20). Por ello, no es correcto asimilar la estructura de la conspiración, como fase de realización, a la de la tentativa acabada. Quienes así lo han hecho han llegado a la conclusión, errónea, de exigir en todo caso, una cierta actividad en el conspirador que desiste.

«En realidad, debiera hablarse..., en todo caso, de arrepentimiento, pues... no bastará en principio para la exención de responsabilidad un mero ‘apartarse’ de lo que ya es en sí mismo punible, sino que se requerirá... una conducta tendente a neutralizar los efectos de la actividad desarrollada previamente» (21).

«Como la tentativa acabada, los actos preparatorios punibles crean una situación de peligro —la implicación de otras personas— que se independiza del sujeto y que, si éste no hace nada positivo para impedirlo, puede desembocar en la producción del delito. Del mismo modo, pues, el desistimiento deberá ser *activo*, de modo que contrarreste el peligro creado» (22).

Frente a este punto de vista expuesto, veremos que también es posible un desistimiento eficaz por parte del conspirador, que consista en un mero «apartarse» de la actividad posterior (23).

3. Por último, es preciso subrayar el hecho evidente de que el art. 3. del C.P. regula las fases de ejecución y el desistimiento en los casos de

(20) Me adhiero, por lo tanto, a la posición mayoritaria en la doctrina española, que limita esta figura a la «coautoría anticipada», por ser la única que se ajusta a la letra de la ley que requiere que sean los conspiradores los que ejecuten el hecho. (Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, pp. 151 ss., MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 361 y COBO/VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed. 1990, pp. 552. ss.) Ver también el apartado V.

(21) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 169.

(22) MIR PUIG, *Adiciones*, II, p. 992 y el mismo, *Derecho Penal*, p. 384.

(23) Ver Apartado VI.1.A.

intervención de un sólo autor. Por tanto, la aplicación analógica a los supuestos de intervención de varios autores, deberá partir de esta limitación. El trasladar de forma automática las exigencias del art. 3 del C.P. al desistimiento del conspirador podría comportar para éste —como veremos— mayores exigencias de las que el legislador ha previsto para el autor que actúa solo.

IV

Nuestro objetivo consiste, pues, en determinar cuáles son los requisitos que debe revestir el desistimiento para que libere de responsabilidad criminal a los conspiradores, a partir de la aplicación analógica del art. 3 del C.P. a estos supuestos (24), sin perder de vista las consideraciones hechas en el apartado anterior. Cualquier conclusión a la que se llegue con respecto a la conducta necesaria para conseguir la impunidad de la conspiración, tendrá que ser consecuente a su vez con el fundamento de la punición de la misma. Veamos a continuación las diversas soluciones a las que puede conducir la aplicación analógica del art. 3 del C.P. a estos supuestos:

1. El legislador ha previsto en el art. 3 del C.P. que, para conseguir la impunidad por desistimiento o arrepentimiento, el autor tiene que evitar la producción de delito consumado. La aplicación analógica de este precepto al desistimiento del conspirador podría, por ello, conducir a la conclusión de que *para alcanzar la impunidad por desistimiento el conspirador siempre tendría que evitar el delito consumado*.

En esta línea de exigencia se encuentra la solución que acoge el C.P. alemán actual, en su regulación del desistimiento de los actos preparatorios que —en el parágrafo 30 StGB— considera punibles (25). El parágrafo 31 StGB señala, concretamente en relación con la conspiración para delinquir que «no se castigará en base al parágrafo 30 a aquél que voluntariamente... evite el hecho». Para conseguir la impunidad para que también desistan, o bien, si no lo consigue, evitar el hecho por

(24) El desistimiento del conspirador debe ser además voluntario en el mismo sentido que se exige en el art. 3 del C.P.

(25) En el Código Penal alemán se regula en preceptos distintos el desistimiento de los actos preparatorios considerados punibles en el parágrafo 30 (parágrafo 31 StGB) y el desistimiento de los actos de ejecución (parágrafo 24 StGB). Sin embargo, ambos aportan soluciones muy parecidas, pues el 24, II establece lo siguiente: «Si en el hecho intervienen varios sujetos no se castigará por tentativa a aquél que evite la consumación. Sin embargo, su esfuerzo serio y voluntario es suficiente para alcanzar la impunidad si el hecho no llega a producirse sin la cooperación del que desiste o si se comete independientemente de su anterior aportación».

otros medios. En el caso de que, a pesar de sus esfuerzos por evitarlo, el hecho se produzca, el desistimiento no será eficaz, es decir, no permitirá la impunidad.

No obstante, en el mismo párrafo 31 se prevén dos supuestos en los que, excepcionalmente, es suficiente el «esfuerzo voluntario y serio de impedir el hecho», para alcanzar la impunidad. Estos supuestos son los siguientes: (1) si el hecho se omite sin la cooperación del que desiste y (2) cuando el delito se comete independientemente de su comportamiento anterior. El primer supuesto (1) se prevé para aquellos casos en los que el conspirador no puede realmente evitar el hecho, ya que éste no va a llegar a producirse (por ejemplo, si el conspirador cuyo desistimiento examinamos desconoce que otro conspirador también ha desistido y ha revelado el plan a la víctima, con lo cual, la consumación es imposible). En estos casos en los que el conspirador no podrá realmente evitar un delito que no va a llegar a producirse, el legislador se conforma con su esfuerzo serio y voluntario de evitarlo. El segundo supuesto (2) hace referencia a los casos en los que la aportación del interviniente no ha sido causal en la producción del delito (este es el caso, por ejemplo, del conspirador que ha conseguido anular por completo su aportación a la ejecución). En todos estos casos en los que (1) el hecho no va a producirse, o bien (2) su producción nada tiene que ver con la contribución del conspirador, el legislador alemán, exige, para la eficacia del desistimiento, un esfuerzo serio y voluntario de evitarlo.

La solución que aporta el párrafo 31 del C.P. alemán ha sido duramente criticada por un amplio sector de la doctrina alemana, que advierte en ella una forma de hacer responsable al conspirador de la actuación de los otros. Ciertamente no puede decirse que este pensamiento sea ajeno a la regulación del párrafo 31, como lo demuestran las afirmaciones hechas por el legislador en la fundamentación del precepto: «Dada su aportación inicial causal al delito, todo aquel que interviene en el mismo, será responsable de que el delito no llegue a consumarse. Por lo tanto, un interviniente sólo podrá desistir de forma eficaz si evita voluntariamente la consumación del hecho, mediante un comportamiento que sea también causal en relación con su no consumación» (26).

En el fondo de esta fundamentación se encuentra latente el pensamiento político-criminal de que aquél que ha cooperado de algún modo en el hecho no debe permanecer pasivo cuando los demás continúan actuando (27). Pero este pensamiento no es convincente. Si, el sujeto, que

(26) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2 Bd., 1958, pág. 108 s. citado por Gründwarl en *Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im Künftigen Recht*, Welzel-Festschrift, 1974, p. 706, nota 15.

(27) Así DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, párrafo 24, n.º 16.

ha aportado inicialmente una contribución causal al hecho, consigue anularla por completo, de forma que el delito que se comete no contiene nada de su aportación inicial, ¿por qué motivo se le tiene que responsabilizar por un delito, al que no ha contribuido en absoluto? Como indica Jescheck: «en esta idea late una responsabilidad por el hecho de otro a la que es ajena nuestro Derecho Penal» (28).

2. Esta solución, político-criminalmente inadecuada, que comporta la exigencia de tener que evitar en todo caso la consumación del delito, no es, por otra parte, la única que puede concluirse de la aplicación analógica del art. 3 del C.P. Como ya he indicado anteriormente (29) en aquél precepto se regula el desistimiento del autor que actúa sólo; situación que no debe extrapolarse de forma automática al supuesto de intervención de varios sujetos en el hecho.

Cuando interviene un sólo autor, la evitación del delito consumado en la tentativa inacabada, en la que el sujeto no ha realizado todo lo necesario por su parte para la consumación, se produce automáticamente en el momento en que el autor deja de actuar, es decir, retira su aportación posterior al hecho. Si, en cambio, el autor ya ha completado su aportación se le exige que evite la consumación, algo que siempre podrá conseguir anulando por completo los efectos de su contribución anterior.

La aplicación analógica del art. 3 al supuesto de intervención de varios sujetos en el hecho puede o bien conducir a exigir la evitación de la consumación en todo caso, o bien, *la anulación de la propia aportación del interviniente que desiste*. La primera solución plantea, como ya he señalado, el inconveniente de hacer responsable al interviniente que ha desistido y anulado su aportación, por un delito en el que él no ha contribuido. La segunda solución, es decir, aquella que exige la anulación o neutralización de la propia aportación consigue evitar estos inconvenientes y responsabilizar al autor, no por la actuación de los demás, sino por la suya propia (30).

(28) ROXIN, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, JUS, 1973, pp. 332 ss.; H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y adiciones de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, 1981, vol. II, p. 749, nota 49 y Vogler, *Leipziger Kommentar*, 10.ª ed. parágrafo 24, n.º 156.

(29) Ver Apartado III.3.

(30) La doctrina alemana critica de forma unánime la agravación que ha comportado el actual 24, para los intervinientes en la ejecución, frente a la posición admitida mayoritariamente antes de la reforma y que consideraba suficiente la anulación de la propia aportación al hecho para alcanzar la impunidad (Cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, p. 749, nota 49). Como hemos visto, el parágrafo 31 StGB, al igual que el parágrafo 24 StGB, obligan también en los casos que el delito se produce con independencia de su aportación anterior, a que el sujeto se esfuerce en evitarlo.

Ante estas alternativas posibles el legislador alemán resolvió a favor de la primera solución, más estricta, sobre todo por la importancia que otorgó a la siguiente consideración:

«Un hecho en el que intervienen varios sujetos generalmente es más peligroso que si interviene un sólo sujeto y esta mayor peligrosidad no desaparece al anularse la aportación de alguno de ellos. Puesto que el coautor ha contribuido a que los demás hayan comenzado su actividad, debe exigírsele, en principio, que evite la consumación del hecho» (31).

Este argumento tampoco resulta convincente. Y no porque realmente no concorra en los supuestos de intervención de varios sujetos una mayor peligrosidad para el bien jurídico. Efectivamente la razón de la punibilidad de la conspiración radica en las mayores posibilidades de intervención de una pluralidad de personas de que se llegue a la ejecución, lo que equivale a un mayor peligro de lesión del bien jurídico amenazado por el delito que se proyecta (32). Sin embargo, si de tres o cuatro sujetos que intervienen en el hecho uno de ellos anula su aportación ya no tendrá nada que ver con la peligrosidad de los restantes sujetos que no han desistido, y, por ello, no se le debe exigir que evite el hecho, ni que se esfuerce en evitarlo (33).

3. Hemos visto anteriormente que un amplio sector de nuestra doctrina exige como requisito necesario para el desistimiento del conspirador que éste *haga todo lo posible, ya sea en neutralizar su aportación al delito, ya sea en evitar su consumación* (34). En este último sentido se ha orientado el Anteproyecto de 1992, en la regulación del desistimientos de los intervinientes en la ejecución del hecho, que podría extenderse por analogía *in bonam partem* a los intervinientes en la fase preparatoria. El art. 18 del Anteproyecto indica que «cuando intervengan varios sujetos en un hecho quedará impune aquél o aquellos que desistan de la *ejecución* ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito» (35), (36).

(31) BT-Dr V/4095, p. 12. Citado por ROXIN, *Unterlassung*, JUS, 1973, p. 333.

(32) RODRÍGUEZ MORULLO, *Comentarios*, I, p. 154, ver también el Apartado V.

(33) Cfr. v. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972, pp. 148 ss.; ROXIN, *Unterlassung*, JUS, 1973, p. 333; GRÜNWARD, *Zum Rücktritt*, pp. 708 ss.

(34) RODRÍGUEZ MORULLO, *Comentarios*, I, p. 167; MUÑOZ CONDE, *Teoría*, p. 187; MIR PUIG, *Adiciones*, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal*, p. 384 y GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 562.

(35) Esta referencia que hace el art. 18 del Anteproyecto a la necesidad de castigar el delito que concurre subsidiariamente puede plantear algún problema en el ámbito de la conspiración. Sin duda está pensado para los supuestos de tentativa cualificada, en los que

Evidentemente el planteamiento que se conforma con el intento de neutralizar la aportación es mucho menos exigente que aquél que exige el esfuerzo de evitar el delito consumado. Por ejemplo, el conspirador que desiste de la ejecución tras haber resuelto la comisión del delito con los demás, según el primer punto de vista tendría que intentar convencer a los restantes conspiradores para que también desistieran. En cambio, el segundo planteamiento exigiría una mayor actividad por parte del que desiste, de forma que si aquella conducta de intentar convencer a los demás no tuviera éxito, tendría que esforzarse en evitar el delito. Pero, ambos planteamientos coinciden en dos aspectos: Por una parte, en el hecho de exigirle al conspirador su intento, su esfuerzo, es decir, un comportamiento activo para desistir, que, como mínimo, es discutible que sea susceptible de abarcar un mero «alejarse» de la ejecución. Por otra parte, *ambos coinciden en admitir el desistimiento también cuando el delito consumado ha llegado a producirse, en parte, debido a la aportación inicial del conspirador, siempre que concurra el esfuerzo por evitarlo.*

Por el momento ningún autor ha abordado en nuestro país el estudio de este «esfuerzo» del conspirador, que le posibilita alcanzar la impunidad. ¿Es suficiente con su intento de convencer a los demás conspiradores para que desistan? ¿Debe, en cambio, poner sobre aviso a la Policía? Un sector de la doctrina alemana se ha planteado esta cuestión en relación con los supuestos en los que la producción del delito es imposible (parágrafo 24 y parágrafo 31 StGB) y consideran que el esfuerzo «serio» es aquel con el que el sujeto cree posible evitar la consumación del delito. No se requiere que el esfuerzo sea en sí mismo adecuado para evitar la consumación, siempre que el sujeto haya creído que con él podía evitarla; ni tampoco que de haber practicado alguna otra comprobación hubiera podido advertir que no eran suficientes sus esfuerzos para evitar la producción del delito. Lo esencial es su convencimiento de que con su esfuerzo evitará la consumación (37).

Sin embargo, entretanto el legislador no decida adoptar una solución en este sentido, la misma no me parece defendible de lege lata, por

cuando el sujeto desiste del delito, ha consumado ya otro delito. Sin embargo, si consideramos la conspiración un «delito», aunque «no autónomo», pueden surgir dificultades para sostener la impunidad de la conspiración cuando el coautor desiste de la tentativa (ver la nota 2).

(36) Este texto ha sido objeto de una importante modificación en relación con el texto del borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 1990, en que se establecía, también en su art. 18, que «cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, o impidan voluntariamente la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito».

(37) Así OTTO, *Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten* (1 Teil), JA, 1980, p. 711; LENCKNER, *Probleme beim Rücktritt des Beteiligten*, GALLAS-FESTSCHRIFT, 1973, pp. 297 ss. También v. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972, pp. 117 ss.

lo menos con carácter general. La aplicación analógica del art. 3 del C. P. a estos supuestos puede conducir a las dos soluciones anteriormente expuestas, pero no veo posible que, por analogía con dicho precepto, se pueda sostener que para el desistimiento del conspirador sea *siempre suficiente* un esfuerzo serio, ni tampoco que dicho esfuerzo sea *siempre necesario*. En primer lugar, porque el art. 3 del C. P. exige que el autor anule su aportación y evite así el delito consumado. Por mucho que se esfuerce en evitar el delito, la punibilidad no decae si no lo consigue realmente (38). Por consiguiente, considerar suficiente un simple esforzarse, en el supuesto de intervención de varios sujetos, comportaría un trato más favorable para éstos del que el legislador ha previsto en el art. 3 C. P. para el autor que desiste.

Por otra parte, cuando el conspirador ha conseguido anular por completo su aportación y, en cambio, los restantes conspiradores ejecutan el hecho, no es necesario que se esfuerce en evitarlo, si este hecho ya no contiene nada de su aportación inicial. Al igual que con la solución que exige al conspirador que evite el hecho, advertimos aquí una cierta responsabilidad por la conducta de otras personas.

4. Podemos, pues, llegar a la *conclusión de que la solución más adecuada a la aplicación analógica del art. 3 del C. P. a estos supuestos, es la que exige para el conspirador que desiste que anule por completo su aportación anterior*. Esto debe entenderse en el sentido de que, o bien los demás conspiradores no lleguen a realizar el hecho, —es decir, evite la producción del delito consumado—, o bien, si lo realizan, en el mismo no se contenga nada de su aportación anterior, es decir, como si el conspirador que desiste nunca hubiera intervenido en él.

La solución, difundida en nuestra doctrina penal, que exige y se conforma con un esfuerzo por parte del conspirador en neutralizar su aportación o evitar el delito consumado, puede sostenerse de lege ferenda, pero no se corresponde con la aplicación analógica del art. 3 a estos supuestos. En cambio, puede sostenerse por analogía con dicho precepto la exigencia al conspirador de que evite en todo caso la consumación del delito. Sin embargo, esta solución comporta que, en algunos casos, se le haga, en cierta medida, responsable por la actuación de los otros.

Podría parecer que esta regla general tiene una excepción en aquellos casos en los que el delito no va a llegar a producirse. Aquí el conspirador no puede *realmente* anular su aportación.

Ejemplo 1: A, B, C y D resuelven cometer un atraco en una sucursal bancaria. A desiste de la ejecución e intenta convencer a los demás para que también desistan de ella. No lo consigue y

(38) Cfr. la problemática del desistimiento malogrado en MUÑOZ CONDE, *El desistimiento de consumir el delito*, 1972, pp. 144 ss.

se dirige a la oficina bancaria para advertir la comisión del delito. Sin embargo, A no sabe que D también ha desistido y avisado antes que él a la sucursal.

Al no conseguir convencer a sus compañeros A sólo puede desistir eficazmente si consigue evitar el delito. Sin embargo, A tampoco va a poder evitar un hecho que no puede llegar a producirse. Por esto considero que, en estos supuestos, tiene que ser suficiente para el desistimiento del conspirador que lleve a cabo el comportamiento que hubiera sido necesario para evitar el delito en el caso de que éste pudiera producirse. Puesto que estos casos, constituyen supuestos análogos a los de la tentativa inidónea, acudimos a la misma solución que la doctrina aporta para el desistimiento de aquella (39). Sin embargo, no considero que debamos incluir aquí los casos de «conspiración a un delito imposible». Ciertamente también se trata de supuestos en los que la producción del resultado es imposible (por ejemplo, A y B se conciertan para envenenar a C con una dosis inócua, que ellos estiman mortal). Sin embargo, me inclino por sostener que la «conspiración inidónea», y más concretamente aquella que desde un principio es inadecuada para producir el delito, es impune en nuestro Derecho (40).

V

La solución propuesta en el apartado anterior implica necesariamente el tener que precisar en cada supuesto de hecho en qué ha consistido exactamente la aportación del conspirador y en que consistirá su aportación como autor. Pues sólo conociendo su concreta contribución al hecho es posible establecer cuál es el comportamiento necesario para neutralizarla. Con este fin intentaré precisar, en términos generales, las *diversas contribuciones que puede aportar el conspirador*. No existe, sin embargo, un criterio unánime sobre los supuestos que dan lugar a un delito de conspiración:

En primer lugar, del concepto legal de conspiración (art. 4,1 C. P.) se desprende que la misma constituye una fase previa a la coautoría, de

(39) Sobre la posibilidad del desistimiento también en la tentativa inidónea, véase MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, pp. 143 ss.

(40) En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO aporta argumentos convincentes de carácter sistemático. Además, esta solución es coherente con el deseo de restringir la conspiración punible a los supuestos más graves. En mi opinión todas las fases de imperfecta ejecución, y no sólo los actos preparatorios punibles, tendrían que castigarse sólo en relación a los bienes jurídicos más importantes. De hecho, en la práctica ya se lleva a cabo una restricción en este sentido (Cfr. mi artículo *Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea*. Estudios de Derecho penal y criminología, 1989, pp. 277 ss.).

forma que sólo cabe conspiración si la *contribución del conspirador al hecho principal es de autoría* (41). No es conspirador el que no está resuelto a ejecutar el delito, aunque influya decisivamente en la resolución de ejecución de los otros (42). Es decir, que queda al margen del concepto de conspirador aquel que desde el principio está resuelto a no intervenir como autor. Pero lo más probable es, por otra parte, que el conspirador realice durante la fase preparatoria *diversas aportaciones de participación en el hecho*. Por ejemplo, el conspirador puede aportar conocimientos, ayuda técnica, instrumentos..., para la realización del delito. Todas estas aportaciones comportan un favorecimiento del hecho principal y son punibles como cooperación necesaria o complicidad. Estas formas de participación se subsumen en el concepto de conspiración, o de coautoría en el caso de que el delito llegue a ejecutarse. Pero si el conspirador desiste de la ejecución y el delito llega a realizarse, el conspirador responderá por sus aportaciones de participación si no ha logrado neutralizarlas.

En la conspiración también se subsumen conductas de proposición y provocación (43). Me aparto, por lo tanto, de la opinión sostenida por el prof. Cuello Contreras que limita la conspiración a aquellos supuestos en los que previamente los sujetos que intervienen en ella no se hallan resueltos a la comisión del delito. «La conspiración —señala el citado autor— supone un proceso en el que varios sujetos se encuentran y del intercambio de ideas y propósitos nace una decisión firme y precisa de ejecutar el delito, es decir, de hacer algo juntos que de otra manera no harían por separado» (44). «Tanto el que se ofrezca como el aceptante condicionan su resolución delictiva a la de la otra parte» (45). Por lo tanto, la conspiración y las figuras de proposición y provocación se excluyen mutuamente. Si el sujeto se halla resuelto e intenta convencer a otros para que ejecuten el delito con él, el hecho no es, según este punto de vista, conspiración. En este caso tendría que comprobarse si la conducta de uno y otro encajan en el supuesto de la proposición. Esta limitación la deduce Cuello Contreras del fundamento de la conspiración, que radica en el hecho de que «varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de la misma finalidad delictiva, hacen nacer en cada uno de ellos la voluntad decidida de cometer el delito, determinando pues un robustecimiento de la voluntad criminal y, por tanto, un mayor peligro de que el delito principal se lleve a cabo, ya que colectivamente deciden hacer algo que de otra manera no harían por separa-

(41) Ver también III.2 y referencias de la nota 20.

(42) En sentido contrario CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, pp. 79 ss.

(43) Sobre las diferencias entre la proposición y la provocación véase ampliamente, DEL ROSAL B *La provocación para cometer delito en el derecho español*, 1986, pp. 169 ss.

(44) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 14.

(45) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 177.

do» (46); «la última razón de punir la conspiración reside en la constatación de un fenómeno psicológico, cual es la ruptura de inhibiciones que se produce en la toma de decisión conjunta» (47).

Configurada de este modo la conspiración se plantea como una «inducción mutua», o mejor, una «proposición mutua» a delinquir. En mi opinión, sin embargo, ni el texto legal ni el fundamento de la punición de la conspiración justifican esta restricción. La conspiración se castiga sin lugar a dudas por el aumento del peligro que para el bien jurídico comporta implicar a otras personas en el hecho. Y esta mayor peligrosidad se explica, en parte, por el efecto de sugestión que conlleva el haber implicado a otras personas en la decisión de cometer el hecho. Letzqus, explica la punición de la conspiración atendiendo exclusivamente a estas consideraciones: «Las influencias del inductor —la conspiración se ve como una inducción mutua—, que sugestionan al autor, actúan también en las capas del inconsciente de éste», de forma que le será más difícil de desistir a aquél que ha sido inducido al hecho, que a aquél que ha resuelto él sólo la comisión (48). Este aspecto, ciertamente indemostrable, explica, en parte, el castigo de la conspiración. Pero no deben desatenderse otro tipo de consideraciones, por lo menos, igualmente determinantes. Y es que, una vez comprometido a realizar el hecho el conspirador se encuentra sometido a una fuerte presión motivacional, no sólo interna, por los citados efectos de sugestión, sino también externa, por la presión que ejercen en él las normas de conducta de la subcultura criminal en la que puede estar inmerso, e incluso los medios violentos que se pueden emplear contra él. Esta presión motivacional produce normalmente el efecto que persigue, de modo que, al que se ha comprometido a realizar el hecho, le sea muy difícil desistir (49). Estas consideraciones podrían explicar, aunque, ciertamente sólo en relación a los bienes jurídicos más importantes (50), el que se castigue el simple hecho de tomar conjuntamente la resolución de lesionarlos. Y también permite explicar la punición de la conspiración, no sólo en los casos de «mutua inducción», sino también, por ejemplo, cuando un conspirador se hallaba resuelto antes de la conspiración, o incluso los dos que después se unen para ejecutarlo.

Por otra parte, del texto legal sólo se desprende que la resolución de ejecutar el delito conjuntamente debe tomarse entre todos. Pero nada impide considerar conspiración aquellos casos en los que uno, o más de uno, están previamente resueltos a cometer el delito y se lo proponen a

(46) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 18.

(47) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, pp. 23 ss.

(48) LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, pp. 127 ss.

(49) ROXIN, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 30, ns.º 6 ss., especialmente n.º 9, la describe como una «obligación cuasi-contractual».

(50) Critico la punición generalizada de la conspiración en, *La tentativa*, pp. 214 ss.

otro para realizarlo conjuntamente. En el momento en que exista un acuerdo de cometerlo entre todos, concurrirá conspiración.

De otro modo debería sostenerse la impunidad de aquellos sujetos, que están firmemente resueltos a ejecutar el hecho conjuntamente con los demás, pero que se han limitado a aceptar la proposición de delinquir de otros, es decir, que no han intervenido como inductores mutuos en la conspiración, ni tampoco se les puede castigar como proponentes o provocadores.

Cabe, pues, concluir que, desde luego constituye conspiración el supuesto en que el autor no resuelto todavía condiciona su resolución (51) definitiva de cometer el hecho a la contribución de otro. De forma que el primero induce al segundo y el segundo induce a su vez, pues no sólo refuerza su resolución, sino que le ayuda a tomarla, al primero. Se trata de una «inducción mutua» (52). Pero también concurre conspiración si uno o varios se hallan resueltos a cometer el hecho y buscan a otras personas para realizarlo. Cuando el proponente ofrezca a otro u otros la comisión del delito concurrirá una proposición, ya punible. Si los demás aceptan y resuelven todos juntos cometer el hecho conjuntamente concurrirá una conspiración. La proposición y la provocación también pueden aparecer como previas a la conspiración. Esta proposición no se diferenciaría estructuralmente en nada de la proposición realizada a un sólo autor, la diferencia es que si se propone el hecho a varios se trataría de una proposición a una coautoría. También en la coautoría se admite que un coautor haya inducido al otro u otros a la ejecución, y en este caso sólo responde por coautoría, la inducción es subsidiaria (53). También en la conspiración, las restantes formas previas de participación punibles que puedan concurrir, son subsidiarias de la conspiración (54).

De lo aportado hasta aquí cabe, pues, concluir, que el conspirador, además de su futura ejecución del hecho como autor, puede también aportar al hecho las siguientes contribuciones:

A) El conspirador puede ser además proponente. El que está resuelto a cometer el hecho busca a otros sujetos para ejecutarlo con él. Los demás aceptan la oferta del proponente. Si los medios utilizados son generales y va dirigida a una masa indeterminada de sujetos de la que después surgen algunos que se ofrecen al provocador para realizar el delito conjuntamente con él, se trataría de provocación.

(51) Sobre el concepto de resolución, véase ROXIN, *über den Tatentschluss*, SCHRODER-GEDÄCHTNIS, 1979, pp. 145 ss. y mi libro, *La tentativa*, pp. 95 ss.

(52) Esta forma de concebir la conspiración se encuentra ya en Fuerbach. Ver sobre ello LETZGUS, *Vorstufen*, p. 108.

(53) Véase JESCHECK, *Tratado*, II, pp. 968 y 1037.

(54) Se refiere a la subsidiariedad de las restantes formas previas de participación concurrentes ROXIN, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 30, n.º 76.

B) El conspirador se limita a aceptar la oferta de quien se halla previamente resuelto. En este caso podemos distinguir:

a) Que la aportación del conspirador comporte además un refuerzo de la resolución del ofertante. Cabría plantear una posible complicidad o cooperación necesaria psíquica.

b) Que el ofertante se hallara tan firmemente resuelto que la aceptación no comporte ningún reforzamiento de su decisión.

C) El proponente se halla irresuelto y condiciona su resolución a la aceptación del otro u otros («inducción mutua»).

D) Por otra parte, el conspirador, puede practicar aportaciones de cooperación necesaria o complicidad material.

VI

Partiendo de las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores, a continuación abordaré la problemática del desistimiento del conspirador mediante el análisis de diversos *grupos de casos*:

1. En un primer lugar, aquellos en los que *el conspirador ha logrado anular completamente los efectos de su aportación*. En este grupo de casos pueden distinguirse dos situaciones: o bien que mediante su anulación logre evitar la comisión del delito —consigue convencer a los demás para que no prosigan—, o bien que a pesar de haber anulado su aportación, el delito se produzca igualmente.

A) *Si con la anulación de su contribución consigue evitar realmente la producción del delito*, siempre que el desistimiento pueda considerarse voluntario, alcanza la impunidad. Es cierto que *generalmente el desistimiento en la conspiración tendrá que consistir en una actividad dirigida a anular los efectos psíquicos producidos en los demás conspiradores y quizás también aportaciones materiales*. Pero no es sólo imaginable un desistimiento activo. Puesto que la estructura de la conspiración no coincide con la de la tentativa acabada (55), cuando el conspirador ha consumado su aportación a la conspiración todavía tiene que ejecutar el delito principal. De forma que, si la aportación del autor es esencial para la consumación, para evitar el delito consumado puede ser suficiente un desistimiento pasivo. Por ejemplo, si él es el único que

(55) Ver apartado III.2.

conoce el número de la caja fuerte, o bien el único que conoce la dirección de la víctima, y no acude a la cita con los demás conspiradores, cabe perfectamente un desistimiento de la conspiración (56).

Si el autor cree que sus compañeros no van a realizar el delito sin él y no acude, evitando con ello la consumación, concurre también un desistimiento eficaz. En este caso lo esencial para la ejecución no consiste en una aportación material que él tenga que realizar, sino su misma presencia en el lugar de los hechos. En conclusión, *cabe admitir, un desistimiento pasivo del conspirador siempre que su aportación sea tan importante que sin ella no pueda ejecutarse el delito.*

También los planteamientos que exigen un esfuerzo en la evitación del delito o en la neutralización de la aportación, tienen que llegar a esta misma conclusión. En realidad no es preciso que dicho esfuerzo tenga que consistir necesariamente en una actividad; debe considerarse como un *comportamiento* del conspirador que según los casos puede ser activo o pasivo en relación con la ejecución (57).

B) *El conspirador consigue anular completamente su aportación anterior, pero no consigue evitar el delito consumado.* Se trata de aquél grupo de supuestos en los que el delito consumado no contiene nada de la aportación inicial del sujeto que ha desistido. La probabilidad de que se den estas situaciones es más elevada si se trata de una aportación material al delito, pues el autor podrá retirarla más fácilmente que si se trata de aportaciones psíquicas.

Ejemplo 2: A se encuentra con B y C, que se dirigen a robar en la casa de X. Cuando A conoce el instrumento que B y C pretenden utilizar para realizar el robo, se ofrece como coautor, pues opina que con este instrumento no lo conseguirán. Planean realizarlo conjuntamente con un nuevo instrumento que A tiene en su casa. Pero el día del robo A cambia de opinión y no acude a la cita con B y C. El no está muy seguro de que B y C puedan ejecutar el robo con su instrumento inicial, pero tampoco lo descarta. Ellos ejecutan el hecho (58).

En este caso A ha anulado por completo su aportación. Es decir, ha neutralizado por completo el riesgo adicional que su aportación constituía para el bien jurídico. La solución adecuada es entender que concurre un desistimiento eficaz para alcanzar la impunidad. En cambio, en el ámbito de las aportaciones psíquicas es, sin duda, más problemático

(56) Cfr. v. SCHEURL, *Rücktritt*, pp. 140 ss., y ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 31, n.º 20 y OTTO, *Der Versuch*, p. 708.

(57) Cfr. OTTO, *Der Versuch*, JA, p. 708.

(58) Este ejemplo constituye una modificación de un ejemplo aportado por OTTO, *Versuch*, p. 710.

conseguir efectivamente una anulación de la aportación. Aparte del problema procesal que representa el tener que probar que la aportación ha sido realmente anulada. No obstante, también son imaginables algunos supuestos:

Ejemplo 3: A, B y C resuelven conjuntamente dar muerte a X. A, cambia de parecer y insiste para que B y C no lo hagan. Logra convencerles. La aportación de A, había sido exclusivamente psíquica. Meses más tarde B y C resuelven de nuevo matar a X y lo llevan a cabo.

También en este caso podemos sostener la impunidad del que desiste, si conseguimos demostrar que ha anulado completamente su aportación inicial (59). En cambio, no creo que deba exigírsele además que se esfuerce en evitar el hecho, como sucede en la regulación del párrafo 31 del C. P. alemán. Al haber anulado su aportación y no contener el delito ningún efecto de su contribución podría sostenerse, incluso, que se trata de un delito distinto de aquel en el que conspiró y por ello no debe responder de él.

C) En los supuestos planteados hasta aquí, el autor consigue anular por completo su aportación al hecho, ya sea de forma activa o pasiva, y por lo tanto no tiene que responder de él. Su posición ante el delito, si llega a cometerse, no es distinta de la de otra persona ajena por completo al mismo. Por ello, si hubiera podido impedir el delito, sin riesgo propio o ajeno, o si, hubiese podido poner el hecho en conocimiento de la Autoridad, y no lo ha hecho, debe responder por los delitos descritos en el art. 338 bis 1º y 2º párrafos C. P., siempre que concurren todos los requisitos allí previstos. De otra forma cualquier persona, que ajena, por completo al hecho, incurriera en estos delitos, recibiría un trato desfavorable en relación con el conspirador que desiste (60).

2. El conspirador intenta y se esfuerza en la fase preparatoria por neutralizar su aportación anterior, o por evitar el hecho, sin conseguirlo. El delito es ejecutado por los demás conspiradores.

Ejemplo 4: A, B y C resuelven entre todos cometer un robo. Todos aportan conocimientos y ayuda técnica para el mismo. Posteriormente A cambia de opinión y se arrepiente del hecho.

(59) Ver también el apartado VI.2.C.a y b.

(60) También debería tenerse en cuenta el temor que pueda ser sentir el conspirador frente a las represalias de sus compañeros. En todo caso, tendría que comprobarse en relación a cada supuesto.

Intenta convencer a B y C para que no lo lleven a cabo, pero no tiene éxito. B y C ejecutan el robo tal como lo habían planeado.

A) Si el delito ya ha comenzado a ejecutarse y el interviniente no ha conseguido anular su aportación o evitar el hecho, responderá de su aportación al mismo.

Rechazo la responsabilidad por conspiración cuando la ejecución ya ha comenzado y el conspirador no ha anulado su aportación al hecho (61). El castigo por el delito de conspiración, al igual que sucede con las restantes fases previas a la intervención de varios sujetos en el hecho, sólo tiene sentido entretanto el delito principal no se ha comenzado a ejecutar. Se trata de «pre-estadios» de conductas de autoría y participación criminal, por lo que sólo existen entretanto se mantengan como tales «pre-estadios» (62). A partir del momento en que comienza la ejecución cada sujeto responderá por su aportación al hecho principal (63).

Si el conspirador no consigue neutralizar su aportación ni evitar el delito se plantea su responsabilidad en el mismo como coautor, o como partícipe. En la doctrina alemana y la Jurisprudencia alemana se ha planteado también la discusión de si en estos casos la responsabilidad del sujeto debe ser por coautoría o por cooperación al hecho. En una Sentencia sobre esta cuestión el Tribunal Supremo alemán considera que ambas soluciones son posibles. Lo decisivo es ver en cada caso si el autor quería el hecho como «propio» o como «ajeno». Para ello es preciso constatar cuál era la representación interna con la que el acusado realizó su aportación anterior. Se acoge, pues, una rechazable posición subjetiva en cuanto a la determinación de la autoría y de la participación (64). Al comentar esta sentencia Otto critica la forma vacía como se utilizan los conceptos «propio» y «ajeno», que posibilita una utilización francamente arbitraria de los mismos y pretende reinterpretarlos partiendo de la comprobación de quien posee realmente el dominio del hecho de la coautoría. Otto llega a la conclusión de que cabe tanto la cooperación como la coautoría, pero esta última sólo en supuestos muy

(61) En este sentido también GÓMEZ BENÍTEZ, *La teoría*, p. 562. En cambio la STS de 14 de noviembre de 1974 admite la punición por conspiración a utilización ilegítima de vehículo de motor a un sujeto que no intervino a la ejecución del hecho.

(62) GÓMEZ BENÍTEZ, *La teoría*, p. 557.

(63) En el supuesto de desistimiento por parte de los restantes coautores resurgiría la punición por el acto preparatorio punible, que pudiera concurrir (Proposición o provocación). Pero si ha sido el conspirador, que además era proponente al hecho, quien desiste y consigne que desistan los demás conspiradores, no deberá responder ni por la conspiración ni por la proposición, de la que también desiste eficazmente al anular por completo el peligro creado.

(64) Sobre las teorías subjetivas en la autoría, véase por todos, M. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, pp. 295 ss.

excepcionales; concretamente sólo en aquellos casos en los que el interviniente ha completado su contribución en el ámbito de la preparación y no tiene que aportar nada más a la ejecución del delito, sin embargo, ésta se edifica sobre la base de aquella aportación. Se trataría de aportaciones realizadas en la fase preparatoria absolutamente esenciales para la realización del hecho.

Ejemplo 5: A se cita con B a una hora determinada en el jardín de A. Según el plan conjunto de A y C, C debe disparar a B allí. Tras la conspiración A le dice a C, que ella no quiere tener nada más que ver con el asunto, aunque ella sabe que C procederá según el plan originario.

En este caso Otto acepta una responsabilidad para A de coautoría. Aunque ciertamente sólo en el caso de que pueda imputársele el hecho como propio en la medida en que ella sea consciente de hasta que punto su comportamiento anterior determina directamente el suceso. Si A tuviera alguna duda por leve que ésta fuera, respecto a la continuación del plan por parte de B, la imputación por coautoría ya no le parece adecuada (65).

También desde la perspectiva de la *teoría del acuerdo* previo la aportación de A podría haberse estimado de coautoría, pues aquella posición jurisprudencial considera suficiente para la coautoría la resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, con independencia de la objetiva intervención que hayan tenido en el delito (66). Personalmente me inclino por restringir la coautoría a los supuestos en los que la aportación ha sido realizada durante la fase de ejecución (67). Considero que sólo subsiste pues, en estos casos, una responsabilidad por participación. Esta puede consistir o bien en cooperación necesaria o complicidad psíquica, ambas por las aportaciones materiales o psíquicas con las que el conspirador haya contribuido durante la fase de preparación, y también por inducción si su aportación inicial fue de proposición o provocación a la comisión del delito.

B) La solución que aquí se sostiene de considerar punible la conducta del conspirador, que no consigue neutralizar su aportación o bien no consigue evitar el delito, a pesar de sus esfuerzos en esta dirección, discrepa del punto de vista mayoritario sostenido en nuestro país. En general, como hemos visto, nuestra doctrina se conforma con exigirle al

(65) OTTO, *Der Versuch*, pág. 709 ss.

(66) Ver por todos GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 57 ss.

(67) En esta solución confluyen también la tradicional teoría objetivo-formal (cfr. por todos, GIMBERNAT ORDEIT, *Autor y cómplice*, pp. 217 ss.), y la teoría del dominio del hecho (Cfr. ROXIN, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 31, n.º 21).

conspirador que *intente o se esfuerce* en evitar el delito o en neutralizar su aportación. Por ello, en relación con este grupo de casos que examinamos debería comprobarse exclusivamente si dicho esfuerzo ha concurrido. Claramente en este sentido se manifiesta Gómez Benítez: «... conviene mantener la eficacia excluyente de pena del desistimiento voluntario en la conspiración incluso si el que desiste no consigue, pese a sus esfuerzos en contra, evitar la ejecución del delito por el resto de los conspiradores» (68).

Este punto de vista, constituye una posible e interesante solución a tener en cuenta de lege ferenda, pero no es, en mi opinión, sostenible en base a la regulación actual del desistimiento. Me he referido ya anteriormente a la incompatibilidad de esta solución con una correcta aplicación analógica del art. 3 C. P. (69). En mi opinión la responsabilidad del conspirador, que fracasa en su desistimiento, por el peligro que ha creado y que no ha conseguido neutralizar, cuando este peligro se ha realizado me parece además el punto de vista más coherente con la valoración hecha por el legislador español respecto a la importancia que tiene para la pena el «desvalor del resultado». Este adquiere un peso decisivo en la frustración; de modo que si el autor que practica todos los actos ejecutivos «tiene suerte» y el delito consumado no se produce este hecho juega a su favor. Con el mismo criterio, en el desistimiento el autor tiene que evitar el resultado y si «tiene mala suerte», este hecho juega en su contra. Me limito simplemente a subrayar una solución legislativa que veo consecuente; al contrario de la solución que adopta el Código Penal alemán que sólo concede una eficacia atenuatoria *facultativa* a la pena de la tentativa acabada, y, en cambio, exige que se evite el resultado en el desistimiento. Es decir, no considera fundamental el desvalor del resultado es un caso y si lo considera fundamental en el otro, pero siempre se aporta la solución más perjudicial para el autor.

C) Sin embargo, la regla general de la responsabilidad por su participación en el hecho por parte del conspirador que desiste sin éxito, tiene también excepciones:

a) Una primera excepción conforman aquellos supuestos en los que *la comisión del delito principal no puede imputarse al conspirador*.

Ejemplo 6: M le propuso a A robar en el despacho de C. Ambos acordaron realizar el hecho y A le entregó a M la llave del despacho de C. Posteriormente, A cambió de opinión y trató de convencer a M para que no cometiera el hecho. M aparentó estar de acuerdo con el desistimiento del delito e incluso le

(68) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 561 ss.

(69) Ver el apartado IV.3.

devolvió la llave a C. Días más tarde M llevó a cabo el delito con una copia, que él había hecho de la llave, sin que A tuviera conocimiento de ello.

Esta problemática ya fue planteada por Muñoz Conde en relación con el desistimiento del autor conforme al art. 3 del C. P. Este autor puso de relieve que: «... en los casos en que el sujeto con su desistimiento voluntario haya eliminado totalmente la situación de peligro creada por su anterior intento no podrá imputársele el resultado, si se produce un hecho fortuito que nada tiene que ver con el anterior intento del autor» (70).

Como hemos visto en el ejemplo estas situaciones también son imaginables en supuestos de intervención de varios sujetos en el hecho. El tratamiento de estos casos no es evidente pues el aumento del peligro que conlleva la aportación de A no ha sido eliminado completamente por éste. Su aportación inicial se encuentra contenida en el delito principal. Por ello podría sostenerse, de acuerdo con el punto de vista expuesto, la responsabilidad de A en el hecho por su aportación anterior, que no ha conseguido neutralizar por completo. Sin embargo, considero preferible resolver estos supuestos en el ámbito de la imputación objetiva del resultado. Conforme a ello podría regir lo siguiente: El conspirador, no responderá por el delito cometido si era ex ante imprevisible el hecho de que su aportación llegara a favorecer el delito principal. El engaño del autor principal en el ejemplo 6, puede considerarse como un factor imprevisible, que produce una desviación esencial del curso causal. La actividad de M puede ser considerada como un exceso del autor principal (71). Por tanto, en principio, el hecho doloso no sería imputable a A si éste se hallaba plenamente convencido de que con su esfuerzo había conseguido evitar el delito.

b) También *debe descartarse la responsabilidad del conspirador por el hecho cometido cuando éste es distinto del planeado en la conspiración.*

Existe unanimidad en torno a esta conclusión en la doctrina alemana; pero ciertamente se admite que es muy problemático determinar cuando concurre un hecho distinto al planeado de modo que no pueda atribuírsele al conspirador.

Existe acuerdo en que no cabe responsabilidad del interviniente que ha logrado que los demás desistan, cuando posteriormente los demás ejecutan el hecho a causa de una nueva resolución (72) en la que no

(70) MUÑOZ, PP. 145 SS.

(71) Sobre esta problemática ampliamente BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, ADPCP, 1989, pp. 1091 ss.

(72) Cfr. LENCKNER, *Probleme*, pp. 286 ss. y v. SCHEURL, *Der Rücktritt*, p. 84).

subsiste nada de la aportación previa y tampoco se ha discutido que el simple hecho de «apartarse» de la ejecución, cuando el delito se ejecuta y se consuma con la aportación originaria, no destruye la identidad del hecho.

Sin embargo, más allá de estas consideraciones no se ha establecido un criterio preciso para determinar cuándo concurre un hecho distinto. Algún autor sitúa esta problemática en el ámbito de la unidad de acción y exige para que concorra unidad de hecho que «los actos siguientes se encuentren en una estrecha relación temporal y espacial, de forma que ambas se vean como una unidad» (73). A esta concepción se añade, en otros casos, que concorra identidad de objeto e identidad en el modo de ejecución (74). Quizás la propuesta más convincente, aunque también la menos precisa, sea la de considerar esencial *la valoración de cada supuesto en particular*, de forma que se tengan en cuenta para esta valoración, tanto la continuidad espacio-temporal, como también la identidad del objeto agredido y el modo de ejecución (75). No tiene que considerarse decisivo, por ejemplo, que el robo se ejecute saltando por la ventana en lugar de forzar la puerta, como se había planeado. Sin embargo, *siempre supondría un cambio de hecho la modificación típica del delito planeado*. Tampoco la identidad del objeto es siempre decisiva. Lo es, por ejemplo, si se proyecta dar muerte a A y la ejecución se realiza contra B, pero no lo es si se proyecta realizar un hurto de determinados objetos valiosos que T tiene en casa y se acaba hurtando otros.

3. *El delito, que no ha comenzado a ejecutarse, permanece en la fase preparatoria para todos los sujetos que intervienen en él.* En estos casos el conspirador que no consigue neutralizar su aportación responderá por conspiración. Ahora bien, si consigue neutralizar parte de su aportación inicial responderá sólo por ella.

Ejemplo 7: A y B, resueltos a ejecutar un robo, proponen a C que les secunde y ejecute con ellos el hecho. C acepta y C aporta sus conocimientos sobre el lugar de los hechos. Posteriormente C, se arrepiente y les indica que no piensa secundar el robo. Son detenidos antes de la ejecución.

C, sólo ha conseguido en el caso anterior, anular parte de la aportación inicial. Puesto que él se había limitado a aceptar la propuesta de A y B, es suficiente con su declaración contraria de que no piensa ejecutar el hecho. Sin embargo, su aportación técnica sobre el lugar del robo

(73) LENCKNER, *Probleme*, pp. 303 ss.

(74) Cfr. KÜPER, *JZ*, 1979, p. 780.

(75) Así OTTO, *Der Versuch*, p. 710.

también debería haber sido anulada. Responde por lo tanto por complicidad, impune al ser intentada.

4. Por último, cabe también plantear una serie de supuestos en los que *el conspirador consigue neutralizar su aportación en relación con la consumación, pero no en relación con la tentativa, que se comienza a ejecutar.*

Ejemplo 8: A y B resuelven matar a C proporcionándole una cantidad de veneno. A, desiste y cambia el veneno por una sustancia inócua, sin que B lo advierta. B, le entrega la bebida a C, quien llega incluso a bebérsela.

La estructura de estos supuestos es, en lo esencial coincidente con la del agente provocador, en la que éste realiza su aportación sabiendo que el hecho no va a consumarse. En estos casos, que examinamos, si bien inicialmente concurre en el conspirador la voluntad de cometer el delito consumado, desiste de su intención. Por ello creo que la solución adecuada sería la de considerar impune al conspirador, que ha conseguido neutralizar completamente su aportación al delito consumado evitándolo. En el caso de que la neutralización no fuese completa y la mera ejecución del hecho comportarse un cierto peligro para bienes jurídicos, el conspirador debería responder por él, según su contribución.

VII

1. Regresemos de nuevo al supuesto de hecho de la sentencia que ha dado origen a este comentario: La cuestión que se había planteado es la de determinar si la conducta de Antonio A. M. de «tomar otra dirección y alejarse del lugar de autos» constituye una conducta suficiente para el desistimiento. El primer obstáculo, que hemos encontrado ha sido la ausencia de regulación legal de la problemática del desistimiento en los supuestos de intervención de varios sujetos en el hecho. Con el fin de suplir este vacío legal he intentado precisar una solución que se corresponda completamente con la aplicación analógica del art. 3 C. P. a estos supuestos. Para conseguir el desistimiento el conspirador tiene que anular completamente su aportación anterior. Esto debe entenderse en el sentido de que, o bien los demás conspiradores no lleguen a realizar el hecho, —es decir, evite la producción del delito consumado—, o bien, si lo realizan, en el mismo no se contenga nada de su aportación anterior, es decir, como si el conspirador que desiste nunca hubiera intervenido en él.

Simplemente se trata, pues, de concluir si mediante su conducta Antonio consigue anular la contribución anterior al hecho, o si, por el contrario, aunque él no participe en la fase de ejecución, no por ello deja de responder por sus aportaciones anteriores como inductor o cooperador en el hecho.

2. La solución de la sentencia de la Audiencia y del Tribunal Supremo de considerar impune la contribución de Antonio en el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor me parece adecuada. En primer lugar, porque no puede ser considerado conspirador aquél que no tiene intención de intervenir como autor en la fase ejecutiva. En segundo lugar, porque no consta cual ha sido la contribución de A. A. M. en relación con este delito, ni siquiera consta que tuviese conocimiento de las circunstancias, del lugar ni del momento de la comisión del mismo.

3. En cambio, es problemática la valoración de la aportación de A. A. M. al delito de robo con intimidación. Su responsabilidad por *conspiración* sólo subsistiría en el caso de que: 1) No concurra un desistimiento de A. y 2) el delito realizado se considere un delito distinto a aquel en el que A ha conspirado y contribuido.

Debe descartarse, por completo, la responsabilidad de Antonio por *coautoría*. Ni aún en el supuesto de no concurrir un desistimiento eficaz tendría que responder A. A. M. como coautor, pues, sus aportaciones al hecho se han realizado completamente en la fase de preparación.

4. Tendríamos que precisar exactamente cuales han sido las concretas aportaciones de Antonio al hecho. Pues subsumidas en su conspiración, pueden encontrarse aportaciones de proponente y también de cooperador. Lógicamente si A. A. M. ha sido, —digamos— el alma del atraco desde el principio proponiéndolo a sus compañeros e insistiendo en su realización; o bien si la conspiración se ha estructurado sobre la base de «la inducción mutua», su desistimiento tendría que comportar una conducta más activa, que el simple hecho de marcharse. Antonio debería responder por *inducción* al delito cometido.

Tampoco podría excluirse su responsabilidad por *cooperación necesaria o complicidad*, si A. A. M. hubiese contribuido al hecho con aportaciones materiales más o menos importantes, que no anularía con el simple hecho de marcharse. Sin embargo, sobre éste último aspecto, sólo consta, que Antonio no realizó «acto alguno de comisión, ni siquiera en la línea periférica del auxilio efectivo».

Su conducta sí que podría estimarse de *desistimiento*, en cambio, si A. A. M. se hubiese limitado a aceptar, quizás incluso sin mucho convencimiento, la propuesta de delinquir hecha por sus compañeros. En este caso bastaría con la simple resolución contraria de no cometer el delito, que aquí se pone de relieve al marcharse antes de que se cometa

el atraco. No debe descartarse tampoco la responsabilidad por los delitos descritos en el art. 338 bis del C. P., en sus párrafos 1 y 2, si se cumplen los requisitos allí establecidos.

Por último, si A. A. M. hubiese contribuido a la resolución de delinquir del Eusebio y del Emiliano, como *cooperador psíquico*, tendría que anular dicha contribución para no responder de ella. Sin embargo, creo, como expondré a continuación, que también en este último caso es posible admitir como desistimiento la concreta conducta de Antonio.

5. En términos generales, no debe excluirse, como hemos expuesto anteriormente, la posibilidad de un desistimiento pasivo. Con toda certeza éste será posible cuando la conducta que el conspirador tenga que aportar al hecho sea tan esencial que sin la misma aquél no llegue a realizarse. En nuestro caso, no puede estimarse realmente que la conducta de Antonio sea tan esencial, puesto que el hecho ha sido realizado por sus compañeros: se sobreentiende que, conforme al mismo plan que habían acordado previamente con Antonio. Sin embargo, la negativa de éste último de comenzar la ejecución conlleva un aumento del riesgo muy considerable en la comisión del hecho por parte de los demás. Emiliano y Eusebio tienen que asumir, en el momento en que toman de nuevo su resolución de ejecutar el hecho, este aumento del peligro que para ellos supone la comisión del delito sin Antonio. Tienen que decidir si también desisten o bien si lo retrasan para una mejor ocasión o si combinan la realización del delito. Esta nueva decisión no conseguiría anular la aportación de Antonio de inducción, pues la misma habría generado esta decisión y la realización del delito. Pero quizás si que podría comportar la anulación de una cooperación moral, que ha consistido en un simple favorecimiento a la anterior resolución. En realidades es prácticamente imposible demostrar hasta qué punto ha intervenido en esta nueva resolución, en la que se introducen nuevos motivos para la decisión —ahora sólo son dos—, el favorecimiento psíquico anterior.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN ENERO-JULIO 1992 Y CON APLICACIÓN EN
MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Artículo 14

Principio de igualdad

«No cabe apreciar discriminación alguna de las personas insolventes respecto de las que sí poseen medios económicos cuando la cantidad de dinero —ofrecida voluntariamente o tras la necesaria excusión de bienes— no basta para atender a cubrir las responsabilidades penales y civiles derivadas de la condena y haya de aplicarse la responsabilidad penal subsidiaria. Como ya dijimos en nuestra anterior STC 19/1988, fundamento jurídico 6.º, respecto de la previsión legal de la responsabilidad personal subsidiaria contenida en el art. 91 C.P., que necesariamente entra en juego, «esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que, a lo largo del articulado del Código sancionador, prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica —no “diferenciadora”— para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del Legislador que adoptó este precepto pues, sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la

multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes, así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el paragón que de lugar al juicio de igualdad entre unos y otros —entre los solventes y quienes no lo sean—, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el art. 14 C.E., por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previsión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la ley penal, la generalidad del mandato sancionado”».

(STC 230/1991, de 10 de diciembre, C.I. 602/86. «BOE» de 3 de enero de 1992. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo).

«Por otro lado, y ya en el plano sustantivo, es de considerar que, a los efectos del derecho a la igualdad, no son susceptibles de comparación procedimientos penales en los que se imputan hechos distintos a personas diferentes, pues es manifiesto que el fracaso que obtenga la acción penal ejercitada contra una persona no puede obligar al Tribunal a absolver a esa misma u otra persona de las acusaciones que se dirijan contra ella con base en hechos distintos, aunque todos esos procedimientos tengan el objeto material común de proteger el derecho al honor, pues cada uno de ellos es esencialmente diferente de los otros, tanto en los hechos que son objeto de acusación como en las características personales que concurren en los accionantes y en el sujeto pasivo contra el cual se dirige la acusación».

(STC 85/1992, de 8 de junio, R.A. 1105/89. «BOE» de 1 de julio de 1992 Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Ver STC 84/1992, de 28 de mayo, sobre *Disposición adicional primera*, apartado cuarto de L.O. 3/89.

Artículo 17.1

Derecho a la libertad

«Del art. 17.1 C.E. se desprende, tan clara como indeclinablemente, que los supuestos de privación de libertad han de ser acordados por quienes deban hacerlo de acuerdo a las atribuciones competenciales que contengan la ley en la forma que ésta determina. De ello se deduce que la medida cautelar personal que nuestras leyes procesales penales conocen como prisión provisional ha de ser adoptada por un Juez —extremo aquí cumplimentado— y que dicho órgano ha de adoptar dicha medida que no ha de olvidarse es cautelar y, por lo tanto, excepcional en plena sintonía con los criterios legales (por todas, STC 34/1987, fundamento jurídico 6.º), al aplicar caso por caso dicha medida cautelar. De esta suerte, el arbitrio que establece la Ley tiene como contrapartida de control y de seguridad jurídicos, que el Juez —y quie-

nes tienen encomendadas la función de verificación de tal medida— manifieste expresamente, aunque sea de modo parco y sucinto, las razones de entre las legalmente previstas que le han llevado a adoptar la resolución restrictiva de derechos que, aunque provisional, no deja de tener efectos tan graves como si fuera definitiva, dada la no fungilidad de un derecho fundamental, valor radical además del ordenamiento jurídico, como es el de la libertad, único elemento que aquí interesa (STC 11/1985. fundamento jurídico 6.º).

(STC 85/1992, de 8 de junio. R.A. 1105/89. «BOE» de 1 de julio de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

(Ver Sentencia núm. 3/1992, de 13 de enero sobre *Diligencias previas Procedimiento abreviado*. Artículo 779 L.E.Cr.)

«A la doctrina de la STC 19/1988 hemos de recurrir asimismo para rechazar la pretendida inconstitucionalidad del sistema de prelación del art. 111 C.P. que por el juego de este precepto con el art. 91 C.P. vulneraría, en el sentir del órgano judicial proponente, el derecho a la libertad del art. 17.1 C.E. Así, en el primer apartado del fundamento jurídico 4.º de dicha Sentencia, se dijo “La responsabilidad personal subsidiaria que se preve en el art.91 C.P. ha sido ordenada por el Legislador, mediante la ya citada Ley Orgánica 86/1983, para su aplicación, cuando se den las circunstancias de impago de la multa a que el mismo precepto se refiere, a quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) que tenga legalmente atribuida aquella pena de carácter patrimonial. Por las garantías que rodean la aplicación de la medida en cuestión —su previsión en Ley Orgánica y su adopción sólo al término del debido proceso judicial, llamado en este caso a la depuración de una responsabilidad criminal—, no puede decirse que el precepto examinado conculque la Norma constitucional que declara el derecho de todos a la libertad, pues en su art. 17.1 C.E. ha concretado tal garantía, en lo que ahora importa, imponiendo que la privación o restricción de la libertad no se lleva a cabo sino “en los casos y en la forma previstos en la ley”; y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *pro tempore* de la libertad se halla la de haber sido el individuo “penado legalmente en virtud de Sentencia dictada por un Tribunal competente”[apartado 1 a) del art. 5.º del convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950]. No otra cosa ha venido recordando este Tribunal al interpretar, en procesos anteriores, las garantías del derecho a la libertad personal».

«La argumentación con que el Juez proponente apoya su duda de constitucionalidad, considerando que la privación de libertad que se impone por virtud del art. 91 C.P. y por el juego del orden de prelación del art. 111 C.P. equivale, en resúmdas cuentas, a una prisión por deudas proserita en nuestro Derecho, carece de fundamento. Y no porque dicha interdicción pueda hoy ser discutida sino sencillamente porque tal hipótesis o modalidad de prisión no se produce.

En primer lugar, porque ninguno de los preceptos legales cuestionados ni la combinación resultante de ambos contiene referencia legal explícita a encarcelamiento o arresto por impago de cantidad dineraria alguna, referencia legal explícita que sí se contenía en cuerpos normativos que constituye su antecedente histórico.

En caso segundo lugar, como recuerda el Fiscal general del Estado, sólo por vía de hipótesis podría hablarse de prisión por deudas si el impago de la condena civil derivada del delito originara, ante la insolvencia del reo, que éste debiera ingresar en prisión. La eventualidad pérdida de libertad del condenado, si ésta ha de llegar a producirse, es consecuencia, no de su incapacidad económica para hacer frente a las responsabilidades civiles y otros gastos derivados del hecho por el que ha sido condenado, sino de su insolvencia y consiguiente imposibilidad de hacer frente al pago de la multa a la que ha sido condenado.

La equiparación que se hace en el Auto carece, pues, de toda base; se confunde el hecho de que la cantidad entrega por el condenado a título de un pretendido ánimo de saldar la multa (ánimo legalmente irrelevante) con el de la asignación que la Ley realiza a partir de las cantidades dinerarias obtenidas del condenado, ya sean éstas consecuencia de su entrega voluntaria, ya sean consecuencias de la ejecución en el patrimonio del condenado, independientemente de que con aquéllas se alcance en parte o en todo a satisfacer los apartados previstos en el art. 111. C.P.

El que como consecuencia de esta asignación *ope legis* e instrumentada por el órgano judicial ejecutor de la condena, quede por saldar la multa y que en virtud del art. 91 C.P. haya de ponerse en práctica la responsabilidad personal y subsidiaria, no cambia en absoluto la diversa naturaleza de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil. Admitir esto, lo que pudiera ser plausible hasta 1932 como pone de manifiesto el Juez proponente, sería tanto como dejar a la voluntad de los particulares la determinación de qué aspectos de su condena tienen carácter penal o carácter civil. Ciertamente, en todo caso para las faltas, no lo es a la vista de la regulación facultativa del cumplimiento del arresto menor en el art. 85 C.P., que autoriza su ejecución como arresto domiciliario.

El que por atendibles y acertadas consideraciones de política legislativa y social la ley disponga que en primer lugar hayan de ser saldadas las indemnizaciones a las víctimas u ofendidos por el delito —declaración de responsabilidad civil integrante de un fallo condenatorio— no impide bajo ningún concepto que la parte esencial del fallo, es decir, aquella en que se establece la modalidad de responsabilidad criminal que en el caso concreto se exige, resulte de inexcusable cumplimiento, en tanto que, precisamente, resolución judicial firme.

Así es; como ya señalamos en nuestra STC 54/1986, fundamento jurídico 1.º, dictada en el recurso de amparo núm. 620/1985, el art. 111 C.P. “se limita a establecer un orden de prelación entre las distintas responsabilidades pecunarias que pesan sobre el responsable de un delito o falta y que no es disponible ni para el obligado al pago ni para quienes han de recibirlo. El entendimiento común, aunque no sea el único posible a partir del tenor literal de los correspondientes preceptos, de que el condenado a una pena pecuniaria puede optar libremente entre el pago de ésta o el cumplimiento del arreto sustitutoria, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que es también asunto de libre opción el de destinar los recursos de que se dispone a asegurar la propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o sus bienes ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o faltas”. Es inadmisibles, pues, que el dinero entregado con ánimo de saldar la multa no se dedique al abono de las responsabilidades civiles».

(STC 230/1992, de 10 de diciembre, C.I. 602/86. «BOE» de 3 de enero de 1992. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo)

Artículo 20.1 d) y 18.1*Derecho a comunicar información y derecho al honor*

«Por lo tanto, se nos plantea un conflicto entre el derecho a comunicar información y el derecho al honor, respectivamente garantizado por los arts. 20.1, d) y 18.1 de la Constitución que obviamente tenemos que resolver de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional (SSTC 62/1982, 104/1986, 6/1988, 107/1988, 37/1989, 51/1989, 121/1989, 105/1990, 154/1990 y 65/1991, entre otras), si bien limitando nuestra exposición a aquellos criterios doctrinales que sean necesarios para el enjuiciamiento del supuesto aquí planteado.

De un lado, procede señalar que la libertad de información, ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no solo ampara críticas mas o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratase de particulares sin proyección pública.

En el mismo sentido, hemos declarado que las libertades del art. 20.1, a) y d) de la Constitución, además de derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado Democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia irradiante, que impone a los órganos judiciales y a este Tribunal Constitucional, en los supuestos que colisionen con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer previamente si el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor y, en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor prevalente de tales libertades.

De otro lado, debe considerarse que el derecho al honor no solo es un límite a las libertades del art. 20.1, a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el número 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce, ni admite el derecho al insulto.

La doctrina expuesta pone de relieve que la resolución de los expresados conflictos pasa por la cuidadosa ponderación de las circunstancias de todo orden que concurran al concreto caso que se plantee, debiéndose, desde luego, incluir en ese juicio ponderativo, según señala la STC 104/1986, el contenido de la información, la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico o mordaz, el hecho de afectar al honor del denunciante, no en su faceta íntima y privada, sino en relación con su comportamiento como titular de un cargo público, la finalidad de la crítica política de la información y la existencia o inexistencia del *animus injuriandi*.

En este punto es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en Sentencias del más variado contenido SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 19/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 138/1989, 178/1989 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, “en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental”, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrenta a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos.

Lo que antecede debe entenderse sin perjuicio de la exclusiva jurisdicción que a los Jueces y Tribunal corresponde para determinar la concurrencia de los elementos de los tipos delictivos y, en consecuencia, la calificación penal de los hechos y la aplicación de la pena correspondiente, lo cual, y coherente con lo anteriormente expuesto, quiere decir que, si bien es cierto que este Tribunal tiene poco que decir sobre la legalidad penal, también lo es que debe revisar la decisión judicial, cuando en la aplicación de esa legalidad ha prescindido de la dimensión constitucional que adquiere la cuestión al estar en juego derechos fundamentales enfrentados, puesto que si este Tribunal Constitucional, en ejercicio de su jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, debe dejar sin efecto aquellas resoluciones judiciales que, por no valorar adecuada y razonablemente el valor y alcance de tales derechos, resultan ser lesivas de los mismos con igual razón deberá corregir los excesos que se produzcan a consecuencia de una ponderación desmesurada o desproporcionada (SSTC 120/1983 y 104/1986).»

**(STC 85/1992, de 8 de junio, R.A. 1105/89. «BOE» de 1 de julio de 1992.
Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

Artículo 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos

«Con carácter general y en un supuesto similar al presente, este Tribunal afirmó en la STC 123/1986 que: “...la interpretación realizada por los Tribunales de los motivos de inadmisión del recurso de casación, puede ser objeto de revisión por la vía del recurso de amparo, toda vez que los motivos deben ser cuidadosamente interpretados y aplicados, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismo enervante

contrario al espíritu y a la finalidad de las normas reguladoras del recurso de casación. Es decir, aunque hay que cumplir los presupuestos procesales que no pueden dejarse al arbitrio de las partes, no toda irregularidad meramente formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de forma que no es lo mismo un rigor formal justificado que un exceso de formalismo” y también que “esta doctrinal general en materia de recursos ha de ser aplicada con mayor exigencia a la casación penal si se tiene en cuenta que ésta cumple en nuestro ordenamiento el papel de ‘Tribunal Superior’ que revisa las Sentencias de Instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España y que ha de ser tenido en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución; a efectos de la interpretación de los derechos fundamentales, de forma que la privación sin fundamento jurídico suficiente del acceso al recurso en materia penal, es una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por parte de los Tribunales de este orden jurisdiccional, conculcación que habrá de ser reparada por este Tribunal Constitucional en los casos en que así se le pida, a través de una demanda de amparo”.

(STC 71/1992, de 13 de mayo, R.A. 154/89. «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Indefensión

«En definitiva, es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no son conceptos que hayan, sin más, de equipararse porque no existe indefensión de relevancia constitucional cuando, aún existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien por que quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 149/1987, 158/1989). Esto es lo ocurrido en el caso ahora enjuiciado en el que ciertamente se ha producido una irregularidad procesal por no notificarse al demandante el cambio de procedimiento en la forma prevista en el art. 780 de la L.E.Cr. y, consecuencia de ello, por haberse rechazado la prueba pericial propuesta al comenzar las sesiones del juicio oral. Pero no por este motivo el demandante se ha visto impedido de la defensa de sus derechos e intereses legítimos, pues el Tribunal de instancia, haciendo uso de la facultad conferida por el art. 729 de la L.E.Cr., oyó sobre los hechos objeto de la pericia el informe de dos Peritos propuestos por el acusado y sobre los extremos que interesaban a éste en la línea de defensa que había seguido. En todo caso, la respuesta dada en casación a la denegación de pruebas, aspecto sustancial, unido a la riqueza expositiva de la Sentencia de la Audiencia, que, en parte, hemos reproducido en el fundamento 4, hacen ver que hubo suficiencia de actividad probatoria, y que la prueba inadmitida en la forma propuesta por el recurrente, resultaba superflua, según juicio que co-

rresponde realizar a los Tribunales ordinarios, y que lo han hecho de forma razonable y evitando cualquier atisbo de arbitrariedad.»

(STC 33/1992, de 18 de marzo, R.A. 2094/88. «BOE» de 10 de abril de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión

«Entretanto, por tanto, en el efectivo contenido de la queja constitucional planteada, debe subrayarse que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E. 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 debe respetarse el principio de contradicción y el derecho de defensa 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 alguna parte (SSTC 112/1987, de 2 de julio; 251/1987, de 2 de octubre, y 114/1988, de 10 de junio, entre otras).»

(STC 56/1992, de 8 de abril, R.A. 2262/89. «BOE» de 13 de mayo de 1992. Ponente: Jesús Leguina Villa).

Ver Sentencia n.º 3/1992, de 13 de enero sobre *Diligencias previas. Procedimiento abreviado*. Artículo 779 L.E.Cr.

Interdicción de la indefensión. «Reformativo in peius». (Revisión indebida de la declaración relativa al nacimiento de la acción civil)

«Como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto con anterioridad este Tribunal (por todas, STC 17/1989) la prohibición de la *reformatio in peius* es una manifestación de la interdicción de indefensión que reconoce el art. 24 C.E. y una proyección de la congruencia en la segunda instancia, la cual incluye la prohibición de que el órgano judicial *ad quem* exceda los límites en que viene formulada la apelación acordando una agravación de la sentencia recurrida que tenga origen exclusivo en la propia interposición del recurso. De esta manera, el recurso de apelación delimita la pretensión concreta de la segunda instancia, con la previsión de los temas o puntos que plantea, que enmarcan y predeterminan el alcance de la decisión del Juez superior, fuera de lo cual no puede actuar éste agravando la situación del apelante, salvo que frente a la pretensión del mismo se hayan sostenido otras pretensiones de la parte apelada (STC 15/1987), dentro de cuyos límites objetivos y subjetivos de las pretensiones y ambas partes, apelante y apelada, ha de quedar delimitada la actividad decisoria del órgano jurisdiccional *ad quem*, quien no podrá agravar más la situación del recurrente de lo que ya lo estaba en la primera instancia.

En definitiva, este Tribunal no puede sino constatar, desde el examen de la resolución impugnada y el de las actuaciones, la indefensión material que se le ha generado a la recurrente como consecuencia de la declaración de culpabilidad exclusiva de la víctima efectuada en la resolución recurrida, toda vez que, acumulada la acción civil a la penal, dimanante de delito y, efectuada dicha declaración, con manifiestos efectos perjudiciales en la jurisdicción civil, al faltar causa alguna de nacimiento de la obligación de resarcimiento (desterrada, incluso, la de la responsabilidad civil objetiva), se le vedan a la recurrente la posibilidad de ejercitar con éxito su derecho a la tutela judicial “efectiva” en el referido proceso sumario o en cualquier otro civil de carácter declarativo.

Por consiguiente, la Sentencia impugnada ha ocasionado a la recurrente una manifiesta situación material de indefensión, todo ello como consecuencia de la infracción de la prohibición constitucional de la *reformatio in peius*, puesto que, si bien es cierto que el órgano jurisdiccional de apelación es libre de valorar, tanto el resultado probatorio como la aplicación del Derecho efectuado por el Juzgador de instancia, tampoco lo es menos que dicha revisión no es absoluta, sino, antes bien, tiene como límite el principio de congruencia, trazado por las pretensiones de las partes en la segunda instancia, de entre las que no se encontraba la revisión de la declaración relativa al nacimiento de la acción civil, la que ha quedado enervada como consecuencia de aquel pronunciamiento, ocasionado *ex officio*, sin razonamiento o justificación alguna y en flagrante contradicción con la manifestación de conformidad con los hechos probados que efectúa la Sentencia impugnada, razones todas ellas que inexorablemente han de conducir a declarar la violación del derecho a la tutela del art. 24 y a la estimación del presente recurso de amparo.»

(STC 19/1992, de 14 de febrero, R.A. 1685/88. «BOE» de 17 de marzo de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 24.2

Principio acusatorio

Ver sentencia n.º 83/1992, de 28 de mayo, sobre *Juicio de faltas*. Artículo 969 L.E.Cr.

Derecho a un proceso público con todas las garantías

«De la Sentencia declarativa del TEDH, cuyo carácter obligatorio es incuestionable, ha de deducirse, como efecto indirecto de la misma, una infracción del art. 24.2 C.E. Desde la perspectiva de esta demanda de amparo el problema no consiste pues en la falta de ejecutoriedad de aquella Sentencia sino en la obligación de los poderes públicos —y en lo que aquí interesa en la obligación de este Tribunal Constitucional al que nada que afecte a los derechos fundamentales le es extraño (STC 26/1981)— de tutelar, y reparar satisfactoriamente una lesión de un

derecho fundamental que sigue siendo actual. Es esta una obligación que pesa sobre todos los poderes públicos, conforme a su respectivo ámbito de competencia, porque la Constitución obliga a todos ellos a su cumplimiento, y también porque el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sin posibilidad alguna de ser reparada satisfactoriamente por equivalente, pues no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, una indemnización compensatoria, como la que prevé el art. 50 del Convenio Europeo, en una situación como la presente en la que está en juego la libertad personal de los afectados y por ello también el derecho reconocido en el art. 17.1 C.E.

La Sentencia del Tribunal Supremo, al limitar su razonamiento a la sola perspectiva de la no ejecutoriedad de la Sentencia del TEDH, no ha tenido en cuenta que en nuestro sistema constitucional, y más allá de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la declaración de violación del art. 6.1 del Convenio, implica en este caso al mismo tiempo, de acuerdo a la cláusula del art. 10.2 C.E., una constatación de la existencia de una violación del derecho a un proceso público con todas las garantías del art. 24.2 C.E. Para nuestro Tribunal Supremo, la imposibilidad de efecto anulatorio directo de la Sentencia del Tribunal Europeo, implica que las irregularidades detectadas y declaradas” por ese Tribunal carecerían de efecto alguno en el ordenamiento jurídico español, en tanto que nuestra legislación procesal no establezca como nuevo motivo de revisión de Sentencias penales firmes, la declaración por el TEDH de la existencia de una violación de derechos protegidos por el Convenio, o en tanto que éste no se modificase imponiendo la exigencia de un procedimiento interno para asegurar el cumplimiento integral de las Sentencias de aquel Tribunal.

Desde luego, nuestro legislador no ha adoptado ninguna disposición que permita a los Jueces ordinarios la revisión de las Sentencias penales firmes a consecuencia de una Sentencia del TEDH. Por su parte el Tribunal Supremo ha entendido que la vigente legislación procesal no se lo permite. En la demanda se sostiene que la vía por ellos utilizada, el recurso de nulidad, hubiera permitido al Tribunal Supremo corregir la violación del derecho fundamental y que la Sentencia del Tribunal Supremo supone una interpretación del art. 240.2 LOPJ lesiva del art. 24.1 C.E., ya que el alto Tribunal debería haber interpretado el carácter definitivo de la Sentencia, no como Sentencia firme, sino como Sentencia definitivamente ejecutada, lo que no ocurrirá en el presente caso al tratarse de una condena penal en curso de ejecución. Sin embargo, el Tribunal Supremo interpretando el art. 240 de la L.O. 6/1985, en un sentido que nuestra STC 185/1990, no ha considerado contrario al art. 24 C.E., ha llegado a la conclusión de que la legislación procesal penal vigente no le permitía anular las Sentencias penales firmes, aún en curso de ejecución, y la propia Sentencia invoca el art. 123.1 C.E. para referirse a la competencia de este Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales. Se trata de una motivación en modo alguno irrazonable ni arbitraria, que aunque satisface el derecho a la tutela judicial efectiva de los solicitantes de amparo —que es un derecho a utilizar aquellos remedios que ofrece la legislación procesal vigente, pero que no implica ni permite que los órganos judiciales establezcan o “inventen” cauces procesales no previstos legalmente—, produce un resultado que objetivamente supone

la consolidación, en la vía judicial, de la situación de infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías, en especial si se tiene en cuenta que la denegación de la declaración de nulidad hubo de acompañarse de la revocación del Auto de la Audiencia Nacional que suspendió la ejecución de la condena de los recurrentes.

Comprobada la permanencia de una infracción actual del art. 24.2 C.E. (que implica al mismo tiempo la violación del art. 17.1 C.E.), corresponde a este Tribunal, en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada de la infracción de aquel derecho, declarar la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y corregir y reparar la violación del derecho fundamental, teniendo en cuenta las características de la condena. En efecto, los recurrentes plantean en última instancia ante este Tribunal la cuestión relativa a la infracción de unos derechos constitucionales que han tenido lugar en el curso de un largo y complejo recorrido procesal, del que la referida Sentencia del Tribunal Supremo no es sino el último hito. Desde este punto de vista, este Tribunal Constitucional ha de conocer de aquella cuestión de fondo, siendo indiferente que la vulneración de los derechos constitucionales invocados no tenga su origen precisamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990, sino en las Sentencias condenatorias de 1982. Eso sí, siempre que la pretensión que se deduzca ante este Tribunal tenga encaje en el marco del recurso de amparo, como es evidente aquí, pues la referida cuestión de fondo afecta de lleno al ámbito y finalidad del amparo constitucional, en cuanto violación actual del derecho a un proceso con todas las garantías.

Este Tribunal no encuentra el límite del art. 240 LOPJ para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión consistentes en haber recaído Sentencia firme. Es más, como venía a constatar nuestra STC 185/1990 (fundamento jurídico 4º) el recurso de amparo es “en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional 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”. Y éste es precisamente el caso, pues se trata de una situación inconstitucional de infracción de las garantías procesales básicas, advertida o constatada, aquí con carácter obligatorio para el Estado, cuando ya la Sentencia dictada en el proceso *a quo* es firme y definitiva y no cabe contra ella recurso procesal alguno ante los Tribunales ordinarios. En otros términos, la nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo Sentencia firme, si le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo. En consecuencia, el art. 55.1 LOTC permite que puedan ser anuladas por este Tribunal Sentencias firmes y, como tales, intangibles frente a los órganos judiciales.»

(STC 245/1991, de 16 de diciembre, R.A. 1005/90. «BOE» de 15 de enero de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público que reconoce y ampara el art. 24.2 C.E., derecho que tiene por finalidad, según tiene declarado este Tribunal (STC 96/1987), proteger a las partes frente a una justicia substraída al conocimiento público y mantener la

confianza de la comunidad en los Tribunales. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, y así resulta de lo dispuesto al respecto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por los tratados internacionales sobre esta materia suscritos por España, conforme a los que deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional, por imperativo del art. 10.2 de la propia C.E. En efecto, del art. 29, en relación con el art. 10, ambos de la Declaración Universal, del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 6.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes. Así lo ha declarado, igualmente, este Tribunal en reiteradas decisiones (ATC 96/1981, SSTC 62/1982, 96/1987 y 176/1988), confirmando la validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en el art. 232 de la L.O.P.J. y en el art. 680 de la L.E.Crim.

En el presente caso, es obvio que la Sala acordó la celebración del juicio a puerta cerrada, mediante resolución motivada y fundada en Derecho, por temores fundados de alteración del orden público, confirmados por un informe policial. Pero, además, ese acuerdo se adoptó precisamente a instancia del representante del propio recurrente, petición reiterada en persona por éste y aceptada por todas las partes y por el Ministerio Fiscal, coincidiendo, todo ello, en el riesgo de agresiones, amenazas, coacciones y desórdenes que podrían producirse de celebrarse la vista pública. De ahí que las alegaciones que en este recurso hace la parte demandante sobre la supuesta infracción de su derecho a un proceso público, y que no hizo en el recurso de casación, no sólo se revelan carentes de fundamento, sino que, como el Ministerio Fiscal alega, ni siquiera hubiesen dado lugar por sí solas a la admisión del recurso de amparo, por falta de invocación del mencionado derecho constitucional en el momento procesal oportuno.

Por otra parte, la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, lejos de reducir en este caso las garantías del proceso, tenía como finalidad, justamente, facilitar el correcto y ordenado desarrollo del mismo, evitando cualquier intimidación dirigida a los procesados, sus defensores y los testigos. Nada permite sospechar que la falta de publicidad obedeciera a otros motivos y menos aún que, como el demandante de amparo sugiere, la Sala no adoptara las medidas necesarias de policía de estrados para asegurar las garantías del proceso, máxime cuando al autoridad policial informó sobre la adopción de las medidas de seguridad correspondientes, tal y como figura en las actuaciones.

**(STC 65/1992, de 29 de abril, R.A. 26/89. «BOE» de 29 de mayo de 1992.
Ponente: Vicente Gimeno Sendra).**

Derecho a un proceso con todas las garantías

«Pero es que, además, en el aspecto sustantivo, también carece de fundamentación válida la pretensión formulada por los recurrentes en defensa de su derecho a

un proceso con todas las garantías, puesto que, según dice la STC 145/1988, “no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, ni permite recurrir por la causa prevista en el art. 54.12 de la L.E.Crim. Basta recordar que en el procedimiento penal ordinario, las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los Autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer el Auto de conclusión del sumario (art. 631 de L.E.Crim.)”.

En el caso concreto que aquí nos ocupa, la Audiencia Provincial ha conocido, por mandato legal, de un recurso de apelación atribuido a su competencia, en cuyo uso legítimo revoca la decisión del Juez Instructor acordando la aportación de una prueba documental dirigida a acreditar la cualidad de funcionario público del querellante, con el fin de demostrar una circunstancia de decisiva relevancia en orden a la tipificación penal de los hechos objeto de la querrela y disponiendo que se continúe el procedimiento de acuerdo con las distintas hipótesis de tipo delictual que hasta entonces se contemplan en la investigación judicial.

No ha existido, por lo tanto, contacto directo con el acusado ni con las pruebas, que es lo que caracteriza la consideración de la actividad instructora como causa de exclusión del Tribunal sentenciador a aquellos Jueces o Magistrados que hubiesen intervenido en dicha actividad, de acuerdo con el respeto debido a la garantía de imparcialidad objetiva que protege el principio de que “el que instruye, no falla”. En síntesis, los Magistrados a que se refieren los recurrentes se han limitado a ejercer, conforme a Ley, la competencia que ostentan para conocer y decidir recursos de apelación y lo han hecho al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso que, en modo alguno, puede comportar efectos o riesgos de contaminación inquisitiva, que es la referencia esencial que fundamenta la doctrina de dicha STC 145/1988.»

**(STC 85/1992, de 8 de junio, R.A. 1105/89. «BOE» de 1 de julio de 1992.
Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

**Ver Sentencia n.º 65/1992, de 29 de abril, sobre *Denegación de prueba*.
Suspensión del juicio oral de incomparecencia de testigos. Artículos
659 y 743.3.º LE. Cr.**

Artículo 24.2

Presunción de inocencia

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia, consagrada en el art. 24.2 de la Constitución, se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que

corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamenta en auténticos actos de prueba, y que la activada 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 STC 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 probatorio ha de tener lugar, necesariamente, en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados, se alcance en contacto directo 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 preconstruida (que no son de interés en el presente supuesto), y aquellos supuestos en los que dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista, en condiciones que permitan a la defensa del acusado sometidas a contradicción (entre otras, SSTC 80/1986; 82/1988; 137/1988; 217/1989; 140/1991 y 10/1992).

El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través del 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 aceptar en esta vía de amparo que en el juicio oral se haya practicado un determinado medio de prueba por el solo 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, SSTC 161/1990 y 140/1991).»

**(STC 82/1992, de 28 de mayo, R.A. 2161/88. «BOE» de 1 de julio de 1992.
Ponente: Luis López Guerra).**

«Debemos rechazar finalmente la alegación claramente improcedente del Juez *a quo* sobre la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Baste recordar que el concepto de presunción de inocencia alude estrictamente a la comisión o autoría de un ilícito en el ámbito sancionatorio (por todas STC 72/1991), y que, por lo tanto, no guarda relación alguna la garantía de ese derecho fundamental con que una ley encomiende al Juez de Instrucción la relativa al derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución forzosa de actos administrativos, sin que deba este Tribunal pronunciarse sobre el acierto o no de atribuir esa función precisamente al

Juez de Instrucción. Opción que, por ser atributiva de competencias a los órganos judiciales, está dentro de las facultades del legislador.»

(STC 76/1992 de 14 de mayo. C.I. 625/88, 765/90 y 766/90 (acumuladas). «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

«La presunción de inocencia, desde su consagración constitucional en el art. 24.2 de la Norma fundamental, tiene la condición de derecho fundamental que vincula a los Tribunales penales en el ejercicio de su jurisdicción, exigiéndose para su desvirtuación la existencia de una actividad probatoria, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, que contenga elementos incriminadores respecto a la participación de los acusados en los hechos ilícitos enjuiciados. Ello no supone desconocer, por una parte, que, como es doctrina continua de este Tribunal, cuya reiteración excusa de concreta cita, es inherente a la función de los órganos jurisdiccionales el principio de libre valoración de la prueba por tales órganos, y, por otra, que el recurso de amparo es, por su propia naturaleza, una vía inadecuada para revisar la ponderación que aquéllos hayan efectuado de las pruebas practicadas.

En sede constitucional, por tanto, con base en las exigencias del derecho invocado a la presunción de inocencia, sólo cabe constatar si se ha practicado actividad probatoria suficiente con las garantías debidas que pueda entenderse de cargo; pero, de ningún modo, resulta posible a este Tribunal Constitucional sustituir a los Tribunales ordinarios en la función que les es exclusiva de examinar aquélla con inmediatez para formar la convicción precisa al adoptar su fallo.»

(STC 229/1991, de 28 de noviembre, R.A. 1866/88. «BOE» de 3 de enero de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Presunción de inocencia. Reconocimiento en rueda

«Por otro lado, es razonable pensar que, por la inmediatez con los hechos que el reconocimiento en rueda requiere, entre otras razones, se trata de una actividad que, debido a la publicidad del juicio y a su dilatado distanciamiento temporal de los hechos, presenta dificultades de realización en el acto del juicio oral, por su misma naturaleza; y así se reconoció en el ATC 909/1986, donde también se dijo que es una prueba personal “que no sufre transformación por el hecho de su constancia escrita” (fundamento jurídico segundo). Ahora bien, evaluar la capacidad de la identificación en rueda para integrar una prueba de cargo respecto de la culpabilidad del inculcado, y de naturaleza preconstituida, requiere tener forzosamente en cuenta el objeto sobre el que recae el reconocimiento. La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que cuanto dirijan cargo a determinada persona, deberán reconocerlo judicialmente si se estima precisa la diligencia “a fin de que no ofrezca duda quién es la persona a que aquéllos se refieren” (artículo 368 de la L.E.Cr.). Y, prosi-

que la citada Ley, “el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiere hecho referencia en sus declaraciones, designándole, en caso afirmativo, clara y determinadamente” (artículo 369). De lo que se trata, por tanto, es de precisar con exactitud la persona frente a la que se realizan determinadas imputaciones. El fin de la diligencia del reconocimiento en rueda no es otro que permitir la determinación del inculpado, siendo éste un mero “objeto de la percepción visual de su observador” (ATC 494/1983, fundamento jurídico único).

Siendo ello así, para desvirtuar la presunción de inocencia será necesario que, aparte de la identificación y determinación del inculpado, se aporten medios de prueba, que, referentes a los hechos y actividades que se le imputan, se produzcan con las necesarias garantías de inmediación y contradicción en la vista oral, pues el juicio lógicamente no versa sobre la identificación del inculpado como objeto de la acusación, sino sobre su culpabilidad o inocencia.»

(STC 10/1992, de 16 de enero, R.A. 1935/88. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Presunción de inocencia. Prueba anticipada y preconstituída

«Sentado el objeto del presente amparo constitucional, según se perfila en la demanda, es preciso recordar para la solución del caso que, ciertamente, este Tribunal ha venido afirmando, en una línea jurisprudencial ya muy consolidada e iniciada en la STC 31/1981, que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el artículo 741 de la L.E.Cr., pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes.

Pero no es menos cierto que también se ha dicho por este Tribunal que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatare en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Ello es claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba anticipada y la preconstituída, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el juicio oral (SSTC 80/1986, 25/1988, 60/1988, 137/1988, 217/1989, 140/1991, etc.). En este mismo sentido, el artículo 730 de la L.E.Cr. permite traer dichas actuaciones sumariales al juicio al disponer que puedan leerse, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias que, por causas independientes

de su voluntad, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, pues estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción (SSTC 62/1985, 137/1988, etc.). Bien es cierto, que la constatación en el juicio de estas diligencias sumariales debe hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense (STC 22/1988); todo ello con el fin, precisamente, de permitir a la defensa del acusado someter las actuaciones sumariales a una efectiva contradicción en el acto de la vista.»

(STC 10/1992, de 16 de enero, R.A. 1935/88. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Presunción de inocencia. Prueba pericial

«Conforme a reiterada jurisprudencia 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 y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba suficientes para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sean, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado (SSTC 31/1981, 44/1987, 82/1988 y 161/1990).

El recurrente, según hemos visto, estima que el informe pericial practicado no constituye un verdadero medio de prueba por haberse realizado sin las necesarias garantías, ya que no se efectuó sobre el vehículo que recibió los impactos, devuelto a lo herederos de la víctima que procedieron a su reparación, sino sobre las fotografías que se obtuvieron del mismo y al ser ésta la única prueba de cargo, no ha quedado destruida la presunción de inocencia. Más estas afirmaciones del recurrente no pueden admitirse. En la prueba pericial lo que el Perito aporta al juzgador no son los hechos, sino sus conocimientos técnicos o artísticos sobre los mismos que puedan resultar necesarios para su correcta apreciación. Así el art. 456 de la L.E.Cr. dice que “el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”. Naturalmente que el informe será más completo y ofrecerá mayores garantías de fiabilidad, si se realiza sobre el cuerpo del delito, pero ello no excluye que los conocimientos del Perito puedan realizarse, a falta de aquél, sobre los elementos que se le faciliten y que fueron, en este caso, no sólo las catorce fotografías del vehículo que recibió los impactos, sino también la ropa —camisa y jersey— que vestía la víctima al tiempo de recibirlos y la xerocopia del informe de autopsia en el que se recogían las lesiones por disparo de arma de fuego observados en el cuerpo de la víctima y las causas probables de su muerte. No es, pues, cierto que el informe pericial se realizara exclusivamente sobre las fotografías del vehículo, sino que se emitió a la vista también de los demás elementos citados que en él se reseñan y analizan y que permitieron su emisión en la forma y con el detalle que

consta en los autos. Su valor probatorio pudo, por tanto, ser apreciado por el Tribunal de Instancia conforme a lo dispuesto en el art. 741 de la L.E.Cr., sin que corresponda a este Tribunal revisar la valoración que sobre dicha prueba y de las demás practicadas hayan realizado los órganos judiciales (SSTC 31/1981, 107/1983, 107/1989 y 94/1990, entre otras muchas).»

(STC 33/1992, de 18 de marzo, R.A. 2094/88. «BOE» de 10 de abril de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

Presunción de inocencia. Prueba alcoholométrica

«Conviene reiterar, una vez más, la abundante jurisprudencia de este Tribunal acerca de que la presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las necesarias garantías y de la que pueda deducirse razonablemente la culpabilidad del acusado. Tal actividad probatoria, que ha de realizarse normalmente en el juicio oral en cumplimiento de los principios de oralidad, intermediación y contradicción, supone que los órganos judiciales competentes no pueden formar su convicción con base exclusivamente en atestados policiales no ratificados en el plenario, cuyo valor es del de una simple denuncia. Y, por lo que respecta al valor probatorio de la prueba alcoholométrica, su eficacia está supe-
ditada, por una parte, a que se haya practicado con las necesarias garantías formales al objeto de preservar el derecho de defensa —lo que conlleva la posibilidad de un segundo examen alcoholométrico y, en su caso, la práctica médica de un análisis de sangre— y, por otra, a su incorporación al proceso de manera que sea susceptible de someterse a contradicción en el juicio oral o, por lo menos, que el *test* haya sido ratificado a presencia judicial durante el curso del procedimiento (SSTC 100/1985, 145/1987, 22/1988, 5/1989 y 222/1991).

De otro lado, su eficacia para destruir la presunción de inocencia viene condicionada por su acceso al proceso en condiciones que permitan al juzgador examinar por sí mismo la realidad de las circunstancias que determinaron su práctica, singularmente —pero no necesariamente— a través de la ratificación o declaración complementaria de quienes la efectuaron, o de otros elementos probatorios concernientes a la conducción realizada. Así este Tribunal ha admitido la posibilidad de que el resultado del *test* sea ratificado, no por los agentes que lo verificaron, sino por otros testigos (SSTC 100/1985, 145/1987 y AATC 797/1985, 1.421/1987 y 191/1988), por el resultado obtenido con una prueba de extracción de sangre (ATC 304/1985), por la declaración del perjudicado (ATC 305/1985), por las propias circunstancias que rodearon la conducción (ATC 649/1985) y, a los efectos que ahora nos interesan, por la propia declaración del acusado (SSTC 145/1987, 89/1988 y AATC 62/1983 y 1.079/1987).»

(STC 24/1992, de 14 de febrero, R.a. 542/89. «BOE» de 17 de marzo de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Artículo 25.1*Aplicación retroactiva de normas penales*

«En la STC 196/1991 que se acaba de citar, recordaba este Tribunal su reiterada doctrina de que el art. 25.1 de la C.E., visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definida con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta “imperiosa exigencia de predeterminación normativa” (STC 42/1987), de *lex praevia* y *lex certa* (STC 133/1987), conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley penal tipificadora.»

(STC 95/1992, de 11 de junio, R.a. 233/89. «BOE» de 15 de julio de 1992.
Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

Artículo 117.3*Atribución judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*

Ver sentencia n.º 76/1992, de 14 de mayo sobre *Autorización de los Jueces de Instrucción para la entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.* Artículo 87.2 L.O.P.J.

Artículo 118*Ejecución de las resoluciones judiciales*

«Es reiterada doctrina de este Tribunal, a saber: la exigencia de que las resoluciones judiciales se cumplan; primero, en sus propios términos o, en caso de imposibilidad material o jurídica, acudiendo a expedientes previstos por la ley para ejecuciones subsidiarias de lo resuelto por Sentencia firme. A no otra cosa obliga el art. 118 C.E., en la medida en que, como ya hemos tenido ocasión de señalar (STC 85/1991, fundamento jurídico 4º), la ejecución de las resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin la cual el mencionado derecho fundamental quedaría, en la práctica, vacío de contenido.

Y la quiebra de este derecho constitucionalmente reconocido tendría en el ámbito que nos ocupa un reflejo de no desdeñable importancia. Así es: no puede pasarse por alto que la ejecución de la Sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil, está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un obje-

tivo de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el Legislador ha ponderado de manera prioritaria.»

(STC 230/1991, de 10 de diciembre, C.I. 602/86. «BOE» de 3 de enero de 1992. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo).

Artículo 118

Motivación de las resoluciones judiciales

«El Juez de Instrucción, pues, se limitó a asumir en su integridad la Sentencia del Juzgado de Distrito, sin añadir nuevos fundamentos, efectuando así una motivación por remisión, sobre cuya validez, en abstracto —recuerda la STC 146/1990—, ya se ha pronunciado este Tribunal en distintas resoluciones, entre las que cabe resaltar los AATC 688/1986 y 956/1988, señalando que “una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental que se invoca”. La validez *ex art.* 24.1 C.E. de la Sentencia de remisión dependerá así de que la cuestión sustancial hubiera sido ya resuelta en la Sentencia de primera instancia fundamentando suficientemente la decisión sobre aquella cuestión.»

(STC 27/1992, de 9 de marzo, R.A. 901/89. «BOE» de 10 de abril de 1992. Ponente: José Gabaldón López).

Artículo 163

Cuestión de inconstitucional. Existencia de un «proceso»

«De la misma manera en que este Tribunal ha trascendido de la literalidad de los términos “Sentencia” y “fallo” utilizados en los arts. 35.2 LOTC y 163 C.E., respectivamente (STC 76/1982, entre otras), hay que decir ahora que en aquella actividad judicial concurren las condiciones en presencia de las cuales puede afirmarse que se da la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad. Pues bien es cierto que nuestra Constitución ha condicionado la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a la existencia de un proceso, no lo es menos que la doble obligación en que se encuentran los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución, de un lado, y el principio de la seguridad jurídica (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia), de otro, impiden que de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso pueda extraerse una consecuencia tan grave como la referente a la legitimación de aquéllos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La *ratio* de este proceso constitucional —como instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación a la que se ha hecho referencia (STC 17/1981)— obliga a concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente

para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar.

Debemos, pues, rechazar la objeción de inadmisibilidad hecha por el Abogado del Estado ya que en el presente caso concurren las circunstancias necesarias para poder afirmar que se da la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad. Tal y como prevé el art. 117.4 de la Constitución, la Ley (arts. 130 L.G.T. y 87.2 L.O.P.J.) ha atribuido a los Jueces de Instrucción una función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración cuyo cumplimiento, según hemos dicho, “de modo alguno cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa”, sin que ello signifique que su actuación pueda calificarse de “automática” (STC 137/1985). Antes bien, el Juez de Instrucción en estos casos ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión pues, como también hemos declarado, no se hallan ausentes en esa actuación “determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado” (STC 137/1985), según que el Juez verifique que el acto administrativo que se pretende ejecutar requiere efectivamente la entrada en el domicilio y aparece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquéllas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa (STC 144/1987). Así pues, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerciendo un poder de decisión sobre el otorgamiento o denegación de lo instado, es claro que está legitimado para plantear ante este Tribunal las dudas de inconstitucionalidad que le plantee la aplicación de dicha ley siempre que, claro está, de su validez dependa la resolución judicial de que se trata.»

(STC 76/1992, de 14 de mayo, C.I. 625/88, 765/90 y 766/90 (acumuladas). «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 35.2

Audiencia a las partes

«La segunda objeción procesal alegada por el Abogado del Estado en la cuestión propuesta por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid (la tratada en los apartados anteriores era común a las tres cuestiones), es la de que antes de plantear

la cuestión el Juez si bien otorgó el trámite de audiencia que previene el art. 35.2 de nuestra Ley Orgánica al Ministerio Fiscal y al organismo instante de la autorización (la Tesorería Territorial de la Seguridad Social), no lo hizo respecto del apremiado o titular del domicilio a que se refería la autorización de entrada, incumpliendo así —dice el Abogado del Estado— lo establecido en el citado art. 35.2 de la LOTC. El hecho es cierto, el Magistrado-Juez de Instrucción núm. 11 de Madrid no oyó al apremiado sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero de ello no cabe deducir que, como sostiene el Abogado del Estado, se haya incumplido el requisito de “oir a las partes y al Ministerio Fiscal” que, como trámite previo a la decisión definitiva del planteamiento, exige el art. 35.2 de la LOTC. Porque si la decisión de otorgar o no la autorización para la entrada en el domicilio del deudor la pudo adoptar el Juez sin necesidad de dar trámite alguno o intervención al apremiado, se habrá de convenir que éste no era parte formal —aunque sí interesado— en sentido técnico estricto en la actuación judicial de que se trata. Esta actuación se realiza a instancia de un organismo de la Administración y en garantía que ha de constatar el Juez de un derecho fundamental del ciudadano, pero éste, aunque sujeto de la garantía, no es parte formal en la actuación judicial. En este sentido en el ATC 129/1990 (fundamento jurídico 6º), declaró este Tribunal, frente a la pretensión de audiencia del interesado, que “la legalidad tributaria no impone semejante trámite”, ya que “lo único de que se trata —dice el Auto— es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación”. No puede, por tanto, exigirse una intervención previa en esta clase de actuaciones judiciales, a quien no la tiene necesariamente para la decisión definitiva sobre la autorización solicitada. El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid, con la audiencia otorgada al Ministerio Fiscal y al organismo instante de su actuación, cumplió el requisito establecido por el art. 35.2 de la LOTC.»

(STC 76/1992, de 14 de mayo, CI 625/88, 765/90 y 766/90 (acumuladas). «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Artículos 44.1 c) y 50.1 a)

Alegación previa del defecto denunciado

«En el aspecto procesal, se constata que los recurrentes, en ningún momento del procedimiento penal, ni siquiera en el acto de la vista de apelación, hicieron protesta alguna de esa supuesta parcialidad objetiva de los referidos Magistrados, omitiendo, por lo tanto, todo planteamiento ante el propio Tribunal sentenciador para que pudiese éste tener conocimiento y enjuiciar el tema que ahora se suscita por primera vez en esta sede constitucional. Por consiguiente, se ha cumplido el presupuesto procesal establecido en el art. 44.1 c) de la LOTC, incurriendo, de manera clara e inevitable, en la causa de inadmisibilidad que, en relación con este precepto, previene el art. 50.1 a), de la misma LOTC.»

(STC 85/1992, de 8 de junio, R.A. 1105/89. «BOE» de 1 de julio de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículos 100, 107, 108 y 652

Acción civil. Falta de emplazamiento del responsable civil subsidiario

«Al formular sus escritos de acusación, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular efectuaron distintas peticiones indemnizatorias a favor de los perjudicados y herederos de la víctima de las cuales, decían, “responderá de modo subsidiario el Estado a través del Ministerio del Interior”. En virtud de estas peticiones, y de acuerdo con lo que dispone el art. 652 de la L.E.Cr., el Tribunal debió de dar traslado de la causa de conclusiones y tenerlo así por parte en el momento de la celebración del juicio oral. Sin embargo, la Sala no actuó de esta manera pues, tras efectuarse la petición indicada anteriormente, se omitió cualquier notificación o emplazamiento al responsable civil subsidiario, el cual quedó por ello excluido de la causa.

Argumenta el actor que tal omisión le produjo indefensión, pues siendo la constitución de la relación jurídico-procesal una cuestión de orden público, esta defectuosa constitución no sólo implica una infracción de las reglas del proceso, que no fija legitimaciones puntuales para denunciar la infracción, sino que ha impedido practicar las pruebas precisas que todas las partes del proceso hubieran podido proponer.

Este criterio, sin embargo, no puede ser compartido. En efecto, a pesar de que el art. 100 de la L.E.Cr. señala que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta últimas se encuentren en el Código Penal y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado (ATC 161/1983). En virtud de esta distinción la acción civil derivada del delito es renunciable por el ofendido (art. 108 L.E.Cr.), y puede ser ejercitada separadamente de la penal por el perjudicado (arts. 110, 111 y 112 L.E.Cr.), de tal manera que el derecho al resarcimiento se constituye como un derecho subjetivo privado del ofendido cuya renuncia sólo puede perjudicar a éste (art. 107 L.E.Cr.).

En este sentido se ha orientado la jurisprudencia de este Tribunal, al señalar que, aunque es cierto que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes, el mismo ha sido y es objeto de matizaciones con relación con la acción civil derivada del delito ejercitada contra terceras personas, por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio, pues la responsabilidad civil derivada del delito puede resolverse independientemente de la penal (SSTC 4/1982, 48/1984, 18/1985 y 90/1988, entre otras), debido a que la naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la L.E.Cr.).

Por todo lo anterior, hay que concluir que la falta de emplazamiento del responsable civil subsidiario, su incomparecencia en el acto de la vista y su posterior omisión en la Sentencia, únicamente podría perjudicar a las personas ofendidas por el delito, las cuales eran las únicas legitimadas para pedir la subsanación del defecto procesal que originaba su omisión. Estas no actuaron así, e incluso en el trámite de casación desistieron del recurso interpuesto por ellas mismas. De aquí que no se origine indefensión alguna para el acusado, quien no ha visto mermados, por esta causa, sus medios de defensa ni le originaba perjuicio alguno la infracción de un precepto procesal que no tiene trascendencia constitucional (SSTC 53/1989, 90/1988 y 161/1985, entre otras).»

(STC 33/1992, de 18 de marzo, R.A. 2094/88. «BOE» de 10 de abril de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Artículo 110

Ofrecimiento de acciones. Trámite preclusivo de la calificación

Los órganos judiciales razonan que, existiendo dicho ofrecimiento y no habiéndose personado el recurrente antes del trámite preclusivo de calificación señalado en el art. 110 L.E.Crim., se ha respetado el derecho del recurrente a tener la oportunidad de ser oído y que, por tanto, sólo a su inactividad es imputable la improcedencia del recurso de apelación al no haberse mostrado tempestivamente parte en la causa.

No puede ponerse en duda la corrección que dicha afirmación tiene con carácter general. Ahora bien, concurre en el presente caso una circunstancia que modifica radicalmente la razonabilidad del argumento utilizado en las resoluciones impugnadas. Dicha circunstancia es la de que el ofrecimiento de acciones efectivamente llevado a cabo, se realizó en un procedimiento que, por su propia naturaleza, pudo razonablemente inducir al recurrente a entender que no era necesaria su personación posterior en la causa de forma independiente y separada en su comparecencia en juicio. Dicho de otro modo, el ofrecimiento de acciones se hizo en un procedimiento de juicio de faltas, y en esta clase de juicio, a diferencia del procedimiento abreviado o del procedimiento ordinario, es facultativa la intervención del Abogado y Procurador, siendo el acto del juicio el momento procesal adecuado para que el perjudicado pueda mostrarse parte y ejercitar sus acciones, de modo que el Juez tiene la obligación de citarle al acto del juicio al no haber precluido la facultad de mostrarse parte. En este caso, como se ha dicho, el ofrecimiento de acciones se realizó en un momento en que se substanciaba un juicio de faltas, pero con posterioridad —y sin comunicarlo al interesado— se remitieron las actuaciones al Juzgado de Instrucción en atención a la aparente gravedad de las lesiones y se produjo un cambio en el procedimiento, que pasó a tramitarse por los cauces del procedimiento abreviado. Es razonable pensar que el recurrente —que no renunció expresamente al ejercicio de la acción penal ni de la civil— confiara en ser citado al acto del juicio conforme a las normas del procedimiento que creía seguían

rigiendo la tramitación de la causa. De este modo, la inadmisión del recurso de apelación con base en la norma preclusiva para mostrarse parte, cuya observancia al recurrente no le era exigible por desconocer el cambio de procedimiento efectuado, supone una aplicación contraria a la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su faceta en este caso del derecho a los recursos legalmente establecidos. Una interpretación de las normas sobre requisitos del recurso de apelación más acorde con el derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 C.E. debería haber conducido al Juzgado de Instrucción o a la Audiencia Provincial, ante la ausencia de un nuevo ofrecimiento de acciones y dada la falta de constancia de que el recurrente conociese el curso de los autos por otros medios, a admitir el recurso de apelación interpuesto con el fin de que, mediante la sustanciación del mismo, se pudiese analizar y resolver lo procedente sobre la nulidad de la Sentencia y la retroacción de actuaciones solicitada por el recurrente al presentar dicho recurso.

(STC 66/1992, de 29 de abril, R.A. 2135/1989. «BOE» de 29 de mayo de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 166

Notificaciones, citaciones y emplazamientos

Ver Sentencia n.º 17/1992, de 10 de febrero, sobre *Juicio de faltas*. Artículo 962 y 965 L.E.Cr.

Artículo 236

Recurso de súplica

«Este Tribunal ha afirmado en supuestos similares que la interpretación y aplicación que del art. 236 L.E.Crim., hace una constante línea jurisprudencial de los tribunales ordinarios, según la cual no cabe recurso de súplica contra los Autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia, en modo alguno puede calificarse de irrazonable o infundada, pues, de lo contrario, habida cuenta la regulación genérica que el precepto antes citado hace del recurso de súplica, la posibilidad de recurrir sería ilimitada (AATC 814/1987; 1.113/1087; 181/1989; SSTC 203/1989 —fundamento jurídico 1.º— y 212/1991 —fundamento jurídico 1.º—»

(STC 3/1992, de 13 de enero, R.A. 1.564/89. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente: Angel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículos 368 y 369*Reconocimiento en rueda*

**Ver Sentencia n.º 10/1992, de 16 de enero, sobre *Presunción de inocencia*.
Art. 24.2 C.E.**

Artículo 503 y 504*Prisión provisional. Recursos*

«La eventual privación a la demandante del recurso de apelación tampoco ha supuesto quiebra fundamental a un proceso con todas las garantías, puesto que al haber tenido acceso al recurso de queja, y dado que en tema de prisión provisional el recurso de apelación tiene, en principio, efecto devolutivo pero no suspensivo, no se puede entender que esta hipotética infracción procedimental se haya acompañado de una reducción de la garantía de la revisión por un Tribunal superior, de la decisión de pérdida de libertad. La revisión ha sido vista mediante un procedimiento contradictorio, en un plazo breve, y ante un Tribunal superior independiente del que acordó la privación de libertad que es la garantía exigible, también a la luz del art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme a su vez a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SS de Wilde, Ooms y Versyp —18 de junio de 1971—, Winterwerp —24 de octubre de 1979—, Schiesser —4 de diciembre de 1979—, X contra Reino Unido —5 de noviembre de 1981—, van Droogenbreck —24 de junio de 1982—, Sánchez-Reisse —21 de octubre de 1986—, Weeks —2 de marzo de 1987—, entre otras). Lo único constitucionalmente relevante, en cuanto a garantía sustancial del procedimiento, es la existencia misma de un control o recurso ante un órgano superior, y que se preserve la garantía de contradicción y de brevedad en la sustanciación del remedio que la legislación instrumente. La única posibilidad que, teóricamente, cabría efectuar aquí de crítica constitucional sería la de hacerse dilatado por los órganos judiciales la sustanciación del incidente remitiendo al justiciable injustificadamente de uno a otro procedimiento, lo cual, a no dudar, redundaría en diferir la resolución del incidente. Pero, a la vista de cómo se ha tramitado la reclamación contra la medida de privación de libertad acordada por el Instructor, no cabe afirmar que tal dilatación temporal se haya efectuado; ni tan siquiera por no haberse instruido de los recursos a una persona que se encuentra en situación de prisión provisional, pero perfectamente asistida jurídicamente, a sus expensas, desde el momento en que se efectúan las primeras e indiciarias imputaciones. En todo caso, sería a la recurrente a quien corresponde la carga de demostrar que la tramitación ha supuesto para su libertad una ablación injustificada e injustificable constitucionalmente hablando. No obstante, ninguna de estas consideraciones ha sido efectuada y, por lo tanto, no cabe entrar a dilucidar tal posibilidad.»

(STC 3/1992, de 13 de enero, R.A. 1.564/89. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente:Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículo 659*Denegación de prueba*

«Como ha declarado este Tribunal en múltiples decisiones (por ejemplo SSTC 51/1985, 149/1987, 9/1989 y 52/1989), el juicio sobre la pertinencia de la prueba propuesta, pertinencia que condiciona o delimita el derecho a la utilización de los medios probatorios conforme al art. 24.2 C.E., corresponde a los órganos judiciales competentes en cada proceso, de modo que este Tribunal sólo puede revisar esa valoración si la decisión denegatoria de la prueba aparece carente de todo fundamento, o bien su fundamentación o motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable.

Por lo que al presente caso se refiere, es cierto que el Auto de la Audiencia por el que se deniegan las referidas diligencias de prueba carece de motivación, lo que supone la inicial recurrencia del vicio de inconstitucionalidad denunciado. Pero, como declaró este Tribunal en STC 50/1988 (f. j. 4), ese reproche inicial «no puede sostenerse ahora, tras el examen que el Tribunal Supremo hizo de la conformidad a Derecho de tal conducta judicial, objeto del recurso de casación por quebrantamiento de forma, examen en el que dicho Tribunal, expresamente, se refirió a la posible pertinencia de la prueba no realizada, llegando a la conclusión fundada y no manifiestamente irrazonable de tal impertinencia».

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, señala que la finalidad que se pretendía con la prueba inadmitida, esto es, poner de relieve la peligrosidad del fallecido, se había cumplido ya mediante otros medios probatorios, puesto que en la Sentencia de instancia se declara que el «interfecto era de mala conducta, que tenía atemorizados a los dueños de cafeterías y barras americanas de la comarca...», lo que demuestra que la Sala ya se había formado una convicción sobre la personalidad de la víctima. Por esta razón, la decisión de denegar las referidas pruebas propuestas por impertinentes no aparece desprovista de una fundamentación lógica y razonable».

(STC n.º 65/1992, de 29 de abril, R.A. 26/89. «BOE» de 29 de mayo de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 680*Juicio oral público*

Ver Sentencia n.º 65/1992, de 29 de abril, sobre *Derecho a un proceso público*. Artículo 24.2 C.E.

Artículos 730 y 741*Diligencias sumariales y libre apreciación de la prueba*

Ver Sentencia n.º 107/1992, de 16 de enero, sobre *Presunción de inocencia*. Art. 24.2 C.E.

Artículo 746. 3º*Suspensión del juicio oral: Incomparecencia de testigos*

«Nos encontramos aquí con una prueba admitida, previamente, como pertinente y que, en relación con cuatro testigos propuestos por la defensa, no se pudo llevar a cabo por su incomparecencia. Conviene decir, ante todo, que esta incomparecencia no es imputable al órgano judicial pues, contra lo que el recurrente pretende indicar, no existe dato alguno que permita aventurar que la Sala no adoptó las medidas oportunas que estuvieran a su alcance, para que los testigos pudieran deponer con garantías de seguridad personal. La citada incomparecencia no afecta, por tanto, al derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías.

Si puede afectar, en cambio, al derecho a utilizar las pruebas pertinentes, derecho que los órganos judiciales tienen el deber de asegurar en la medida de lo posible. De ahí que el art. 746.3º de la L.E.Crim. disponga la procedencia de suspender el juicio oral «cuando no comparezcan los testigos de cargo y descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos». Ahora bien, la obligación de los Tribunales de suspender el juicio en estos supuestos, para hacer efectivo el derecho a la prueba, reconocido en el art. 24.2 C.E., no es absoluta o automática, sino que depende de la necesidad de la prueba testifical de que se trate. Esta necesidad no puede identificarse con la pertinencia, ya declarada, de la prueba, «pues si el Tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar un juicio completo sobre los hechos, no debe prescribir medidas que, como la suspensión, son dilaciones injustificadas del proceso» (STC 116/1983). En consecuencia, sólo si la prueba testifical no practicada por la incomparecencia de los testigos y por la negativa del Tribunal a suspender el juicio hubiera de considerarse necesaria, es decir, necesaria para la correcta valoración de los hechos y sus circunstancias, habría que entender que el órgano judicial actuó contraviniendo lo dispuesto en el art. 24.2 C.E..

Según tiene declarado este Tribunal en supuestos semejantes, para atender cualquier demanda de amparo frente a una negativa a suspender el juicio es preciso (STC 51/1990) que se hayan hecho constar en el acta, junto con la protesta, «cuales eran los puntos que pretendían aclararse con el interrogatorio, pues sin ello este Tribunal carecería de los necesarios elementos de juicio», para analizar la necesidad de la declaración de los testigos.

Las testigos no comparecidas habían declarado ya en el sumario y, como declara la STC 51/1990 en un caso semejante, «cabe también (STC 64/1986) que se tomen en consideración, sobre todo, declaraciones sumariales cuando éstas se han prestado con las debidas garantías, habida cuenta de que, como doce esta última Sentencia (...), tras las últimas modificaciones de la L.E.Crim., el sumario ha perdido, en gran parte, el carácter puramente inquisitivo que antes tenía y se ha convertido en una preparación del juicio de la que no están ausentes la contradicción y las garantías procesales».

(STC 65/1992, de 29 de abril, R.A. 26/89. «BOE» de 29 de mayo de 1992.
Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 779*Diligencias previas. Procedimiento abreviado*

«El defecto denunciado en la confección de las diligencias por parte del Juzgado de Instrucción a consecuencia de una posible indefinición inicial del delito imputado carece de relevancia a efectos de haber originado una indefensión material y concreta de la actora con alcance constitucional (STC 218/1991, fundamento jurídico 6.º).

Ninguna de las denuncias que formula la representación actora tiene tal carácter, puesto que ni puede considerarse como un trato más desfavorable la aplicación de un procedimiento más rápido del que, en su caso, podrá deducirse además una condena penal menos rigurosa, ni se ha producido efectivamente privación o limitación alguna del derecho de defensa en relación con algún interés del sujeto que invoca el derecho fundamental (STC 90/1988, fundamento jurídico 2 II). La posición de defensa de la recurrente no se ha visto obstaculizada por el hecho de la alteración procedimental reseñada dado que, como recuerda el Ministerio Fiscal, ni ésta pretendida indefensión ni la que se imputa a la falta de instrucción de recursos —que fue remediada— han impedido a la interesada formular cuantas peticiones y reclamaciones ha estimado procedentes, ni recibir respuesta adecuada a las mismas. Tampoco resulta lesión de relevancia constitucional el comportamiento procesal de la Audiencia Provincial al considerar conforme a Derecho la elección del procedimiento que efectuó el Instructor desde el momento en que el hecho presuntamente delictivo pudiera revestir finalmente, un haz tan variado como contradictorio de sub-sunciones.»

(STC 3/1992, de 13 de enero, R.A. 1.564/1989. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

Artículo 884.4*Recurso de casación. Causas de inadmisión. Principio de unidad de alegaciones*

«Manifestábamos en las Sentencias SSTC 185/1988, 69/1990, 98/1991 y 139/1991 que, con carácter general, este Tribunal ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la C.E. 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 de la C.E. al correspondiente órgano judicial ordinario, y, consecuentemente, 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 interpre-

tación 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 (SSTC 19/1983, 57/1984, 60/1985, 36/1986, 3/1987 y 158/1988, entre otras muchas). Y más concretamente, en lo que se refiere a los requisitos exigibles para invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales, es doctrina de este Tribunal, de una parte, 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.Crim., teniendo sólo reflejo la distinción que contempla la propia Ley procesal en su art. 847, esto es, recurso de casación por infracción de Ley y 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 esta última clase de recurso o para el que se funda en el n.º 2 del mencionado art. 849 de la L.E.Crim., conforme previene el propio art. 855 del mismo texto legal. Y, de otra parte, 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 de la pretensión casacional, se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso (por todas, STC 185/1988 y 69/1990).

«Otra es la situación en lo que se refiere al primer motivo de casación. Este, formulado al amparo del art. 849.2 de la L.E. Crim., por falta de aplicación del art. 24.2 de la Constitución —derecho a la presunción de inocencia— fue inadmitido en aplicación del art. 884.4 de la L.E.Crim., por no utilizar la vía casacional abierta por el art. 5.4 de la L.O.P.J., así como por quebrantar el principio de unidad de alegaciones al no haber mencionado el recurrente, al preparar el recurso, la infracción constitucional luego aducida en el escrito de interposición del recurso. Pero es indudable que el criterio de inadmisión en los términos expuestos no se acomoda a las exigencias interpretativas de los requisitos procesales del recurso de casación penal impuestos por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En efecto, y como hemos expuesto en una larga serie de Sentencias (así, 185/1988, 69/1990 y 98/1991), 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 la incorporación al ámbito de la casación penal de la vulneración de derechos fundamentales mediante los cauces previstos en los núms. 1 y 2 del art. 849 de la L.E.Crim., de manera que (como también ha señalado repetidamente este Tribunal) la normativa existente sea interpretada en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial.

Por otro lado, la inadmisión del citado motivo de casación se ha basado en la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición del recurso, lo que representa (cuando la casación se funda en la infracción de preceptos constitucionales) un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al recurso, tal como ha afirmado este Tribunal Constitucional en la doctrina antes citada. Al respecto, es preciso reiterar, una vez más, que resulta desproporcionada, en cualquier caso, la sanción de inadmisión del motivo aparejada a la falta de referencia específica en el escrito de preparación del derecho constitucional a la presunción de inocencia cuando en dicho escrito se había

sin embargo manifestado la intención de utilizar el recurso de casación por infracción de la Ley al amparo de los núms. 1.º y 2.º del art. 849 de la L.E.Crim. y en el escrito de interposición se razonó suficientemente la pretensión casacional basada en la infracción de normas constitucionales (SSTC 185/1988 y 69/1990). En este sentido, la cita de preceptos constitucionales en el escrito de interposición del recurso — en este caso el del art. 24.2: Derecho a la presunción de inocencia— no puede tener un efecto perjudicial sobre el derecho a recurrir (por todas, STC 57/1986).»

(STC 240/1991, de 12 de diciembre, R.A. 72/1989. «BOE» de 15 de enero de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Recurso de casación. Inadmisión

«Ha de examinarse la decisión de inadmisión del recurso de casación ahora impugnada, y que afectó concretamente al motivo tercero de los que fundamentan el recurso —lesión del derecho de presunción de inocencia por la Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Granada—, partiendo para ello del análisis de las razones o motivos en que el Tribunal Supremo basó tal decisión: Que la infracción de la presunción de inocencia... “ni se enuncia con la invocación del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni, lo que es más grave, se insinúa siquiera en aquel escrito —de preparación del recurso— por lo que urge *ex novo* en la interposición y, al romper la unidad de alegaciones, incide en la previsión del art. 884, n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”.

Pues bien, este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad en supuestos similares sobre la inadmisión de tales causas de inadmisión al derecho fundamental que consagra el art. 24.1 de la Constitución. Así, en la STC 185/1988, afirmó al respecto que este criterio se basa en la sustantivación como categoría específica de un recurso de casación por infracción de norma constitucional, a los efectos de la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición, que representa un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al propio recurso.

En particular, por lo que se refiere a la falta de expresa invocación del art. 5.4 de la L.O.P.J., se señala en la anterior Sentencia que, ya antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la doctrina de este Tribunal (STC 56/1982) y de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la naturaleza de la Norma constitucional, como Ley suprema y básica, y la especial fuerza vinculante directa de los derechos fundamentales, no supeditada a intermediación legal alguna, según resulta del art. 53.1 C.E., había podido ya incorporar al ámbito de la casación penal la vulneración de tales derechos mediante la ampliación del cauce previsto en los núms 1.º y 2.º del art. 849 L.E.Crim. y no se advierte razón alguna por la que dicha vía devenga incompatible por el hecho de que el citado art. 5.4 L.P.O.J. consigne expresamente la infracción de precepto constitucional como fundamento del recurso de casación en todos los casos en que según la Ley proceda.»

(STC 71/1992, de 13 de mayo, R.A. 154/89. «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Artículos 962 y 965 y 1 y 3 del decreto de 21 de noviembre de 1952*Juicio de faltas: citación para la celebración del juicio*

«Antes de examinar lo que resulta de las actuaciones en orden a la citación del demandante para la celebración del juicio de faltas, conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la forma en que han de llevarse a cabo los actos de comunicación en el proceso y las consecuencias que pueden derivarse de las posibles irregularidades de la citación o el emplazamiento, cuestión que ha sido objeto de numerosas resoluciones de este Tribunal que conforman un cuerpo jurisprudencial consolidado (entre otras muchas, SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 72/1988, 205/1988, 202/1990). De acuerdo con dicha doctrina, el derecho de defensa y la correlativa interdicción de indefensión establecidos en el art. 24.1 de la C.E. comportan la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí, la esencial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en especial, de aquel que se hace a quien ha de ser o puede ser parte en el proceso, 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. Se trata, pues, con dichos actos de comunicación de garantizar la defensa de los derechos e intereses legítimos de las partes, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que es lesiva del derecho fundamental citado, salvo que la falta de comunicación tenga su causa en la pasividad o negligencia del interesado que adquirió conocimiento del acto o resolución por medios distintos.

Más en concreto, en relación con el juicio de faltas, este Tribunal ha subrayado en diversas ocasiones (SSTC 22/1987, 41/1987, 141/1991) que la finalidad esencial de la citación para la celebración de dicho juicio es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa constitucionalmente reconocido, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales, sino que es necesario que la forma en que se realice la citación garantice en la mayor medida posible que aquélla ha llegado efectivamente a poder del destinatario, siendo esencial al referido acto de comunicación la recepción de la cédula por el destinatario y la constancia en las actuaciones, a salvo los casos de citación edictal, de que se ha entregado a quien debía recibirla, siempre que el designio de que, llegando a poder del interesado, pueda éste disponer su defensa (SSTC 1/1983, 142/1989, 110/1989). Ello significa que cualquiera que sea la forma en que se realice, ha de asegurarse en todo caso el cumplimiento de los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece para las notificaciones, citaciones y emplazamientos, y que, en definitiva, la verificación de la citación ha de proporcionar al órgano judicial elementos necesarios que permitan identificar al receptor de la cédula y comprobar así si se ha cumplido con lo preceptuado en la mencionada Ley.

En este sentido, el art. 271 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, permite que las notificaciones se practiquen por medio del correo, del telégrafo o de cualquier otro medio técnico siempre que se asegure la constancia de su práctica y las circunstancias esenciales de la misma. El Decreto de 12 de noviembre

de 1952, que, con carácter especial, establece la regulación y tramitación procesal del juicio de faltas, se remite a las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y esta última Ley, en sus arts. 166 y siguientes, determina minuciosamente la forma en la que han de practicarse las notificaciones, emplazamientos y citaciones y requiere igualmente la necesaria constancia en autos de la citación practicada, así como, a salvo los casos de citación edictal, de su recepción por el destinatario o, en ausencia de éste, por la persona de las autorizadas en la Ley a la que se le hace entrega de la misma.

Es cierto que las normas sobre citaciones no son meras formalidades procesales y que en toda clase de procedimientos garantiza la posibilidad de un juicio contradictorio para que no tenga lugar indefensión. Asimismo, los Tribunales se hallan obligados al cumplimiento escrupuloso de tales normas para que se satisfaga plenamente la tutela judicial efectiva, como es doctrina reiterada de este Tribunal. Pero también hay que tener en cuenta que la efectividad de este derecho fundamental sólo puede defenderse teniendo en cuenta los derechos fundamentales de todas las partes, cuya colaboración ha de procurar eliminar, sin daño para ninguna de ellas, las lesiones que podría originar la pasividad o negligencia en la conducción del proceso (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/198, 72/1988, 205/1988, 142/1989, etc.). Ahora bien, en el presente recurso, del retraso con que le llegó al recurrente la citación no se deriva necesariamente una lesión material de su derecho fundamental, ya que interponiendo recurso de apelación contó con un juicio contradictorio, donde tuvo ocasión de hacer toda clase de alegaciones y servirse de los medios de prueba pertinentes. Sin embargo, en la vista de esta segunda instancia, en relación con la supuesta infracción, como ya queda reiterado, se limitó a alegar la nulidad de actuaciones no intentando valerse de ningún medio de prueba en relación con el telegrama sin conformar o advenir (art. 16.2 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). Siendo esto así, la contestación que le da el Juzgado de Instrucción no es contradictoria, como pretende el Ministerio Fiscal, ni tampoco incorrecta o infundada. Todo lo cual, nos lleva a la conclusión de que no se ha producido la lesión constitucional que el recurrente atribuye a la Sentencia impugnada.»

(STC 17/1992, de 10 de febrero, R.A. 1282/89. «BOE» de 3 de marzo de 1992. Ponente: José Luis de los Mozos y de los Mozos).

Artículos 969 y 7 del decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Principio acusatorio

«La resolución de la cuestión de fondo —violación del principio acusatorio en un juicio de faltas por accidente de tráfico— requiere recordar la constante doctrina que sobre la materia tiene declarado este Tribunal (entre otras, en las SSTC 54/1985, 85/1985, 41/1986, 163/1986, 57/1987, 17/1988, 168/1990, 47/1991 y 182/1991), y que en síntesis, se apoya en las siguientes líneas directrices: a) Los derechos de tutela judicial sin resultado de indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 de la Constitución conducen, en su consideración conjunta, a establecer que este precepto

constitucional consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, incluido el juicio de faltas, conforme al cual nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia. (SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991, entre otras); b) La pretensión punitiva o acusación debe constar exteriorizada, sin que sea admisible la acusación tácita, si bien debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de la acusación con la calificación jurídica errónea, que hayan efectuado el Ministerio Fiscal o las partes que intervienen en el proceso, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no está vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986 y 47/1991), y c) Debe también distinguirse entre proceso por delito, en el que el principio acusatorio actúa más enérgicamente, imponiendo formas predefinidas de acusación y proceso por falta, en el que tal principio debe compatibilizarse con los de oralidad, concentración y sumariedad, puesto que es un proceso en el que se pasa directamente de su iniciación al juicio oral, donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas de manera minimamente formalizada, lo cual hace que sea una clase de proceso penal muy poco apropiado para ser sometido a formas concretas de acusación, especialmente cuando versa sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencias de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que aparezcan en ellos, como ocurre en el caso de los accidentes de tráfico, en cuyo supuesto las responsabilidades posibles de los que han intervenido en el accidente se entrecruzan de tan íntima manera que cada uno de ellos ostenta la doble condición de acusador y acusado (STC 182/1991). Ello es así porque el juicio tiene por objeto decidir cuál ha sido el culpable del accidente, sin que ninguno de los implicados en el mismo pueda desconocer que, dejando a salvo los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, la absolución de unos conlleva normalmente la responsabilidad de alguno de los otros que hayan intervenido en el accidente.

La doctrina expuesta significa, por lo tanto, que para determinar si en un juicio de faltas por accidente de circulación se ha o no satisfecho el principio acusatorio es imprescindible ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso, comprobando cuidadosamente cuáles han sido los términos en que se desarrolló el debate procesal, ya que, según se deja dicho, la identificación de las personas responsables del accidente formulada en el juicio no impide al Juez o Tribunal rechazar tal identificación y, en su lugar, atribuirla a otros de los que han intervenido en el hecho denunciado, si mediante una valoración jurídica distinta estima que ésta es más acorde con los hechos probados y la legalidad penal. Siempre que no exceda de los términos en que se ha producido el debate procesal y no supla manifiestos vacíos acusatorios.

Tales consideraciones nos conducen a entender que, al menos cuando se trate de juicio de faltas por accidente de tráfico, el concepto de ausencia de acusación y acusación implícita, que nuestra doctrina declara ineficaz para fundamentar una sentencia condenatoria, debe matizarse en el sentido de limitarlo a los supuestos en que la condena se produzca de manera inesperada y sorprendente para el condenado por no ser razonablemente previsible que, pudiera suponer que él también venía implicado

en esa responsabilidad, atendiendo siempre a la forma en que se produce el debate sobre quién fue el responsable del accidente, y cuáles fueron las circunstancias concurrentes en el hecho denunciado.»

(STC 11/1992, de 27 de enero, R.A. 945/89. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Juicio de faltas. Principio acusatorio

«Por lo que se refiere a la primera de dichas vulneraciones, debe recordarse que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 de la C.E.; implicando, en esencia, la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas —acusador y acusado— que ha de resolver un órgano imparcial, con neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: Acusación propuesta y defendida por persona distinta del Juez, defensa con derechos y facultades iguales a las del acusador, y decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúe como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

El indicado principio presupone que la acusación sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y, consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. El proceso penal exige la necesidad de contradicción, esto es, de enfrentamiento dialéctico las partes, de manera que la defensa pueda conocer el hecho punible cuya comisión se atribuye, lo que resultaría imposible de formularse la acusación en el momento de emisión del fallo condenatorio, confundiendo así acusación y condena, y originándose una situación de absoluta indefensión (SSTC 54/1985, 84/1985, 134/1986, 53/1987 y 168/1990, entre otras).

Según ha declarado este Tribunal con reiteración, las mencionadas exigencias del principio acusatorio se extienden al juicio de faltas. Deben, pues, interpretarse las normas legales que regulan este tipo de procedimiento de forma tal que se respete dicho principio, pues es evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”, requiere que todos los implicados en cualquier tipo de proceso penal —y, por consiguiente, también los que lo estén en un juicio de faltas— sean informados de la acusación que contra ellos se formula para poder defenderse contra ella de manera contradictoria. Dicha exigencia debe mantenerse en cada una de las instancias, sin que la formulación de acusación en segunda instancia pueda subsanar la ausencia de la misma en la primera, pues ello supondría una violación del derecho a la doble instancia en materia penal (STC 84/1985, 17/1988 y 240/1988).»

(STC 83/1992, de 28 de mayo, R.A. 231/89. «BOE» de 1 de julio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Artículos 977 y 15 del decreto de 21 de noviembre de 1952*Juicio de faltas: apelación «Reformatio in peius»*

«La vigencia de este principio y su aplicación a las apelaciones de los juicios de faltas, aunque sin un precepto legal ordinario que así lo disponga, ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal (entre otras, SSTC 54/1985, 84/1985, 115/1986 y 202/1988) que, además de otorgar efectividad al principio acusatorio en este tipo de procesos, ya declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva puesto en relación, por un lado, con el deber de los Jueces y Tribunales de actuar con independencia e imparcialidad y, por otro, con la obligación de que exista en el proceso penal una acusación, determina la exigencia constitucional de evitar que el Juez actúe como parte en el proceso contradictorio. Sometido, además, el juicio de faltas a una doble instancia no puede el Juez superior actuar agravando la situación del apelante, con violación del axioma *tantum apellatum, tantum devolutu*, por todo lo cual no puede el Juez *ad quem*, de oficio, imponer superiores sanciones o mayor número de penas o crear o ampliar el contenido de las indemnizaciones establecidas por el Juez *a quo*, salvo si concurren otras partes apelantes que con sus peticiones permitieran efectuar una decisión de superior contenido, pues, aunque la apelación se considere un *novum iudicium*, la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en la segunda instancia.

Por su parte, las SSTC 15/1987 y 202/1988 ya afirmaron que “también en lo que toca a las indemnizaciones por daños resultantes de delito o falta rige en el ámbito penal la regla prohibitiva de la *reformatio in peius*”.»

(STC 19/1992, de 14 de febrero, R.A. 1685/88. «BOE» de 17 de marzo de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

IV. CODIGO PENAL

Artículos 10.15 y 118*Reincidencia. Rehabilitación*

«En conclusión, la decisión del Tribunal Supremo de desestimar el motivo primero del recurso —en el que se denunciaron como infringidos los arts. 10.15 y 118 del Código Penal— por el solo hecho de no constar en la causa que se cumplieran los requisitos para la cancelación de los antecedentes penales y, en concreto, la fecha de extinción de la pena impuesta, ha de reputarse contraria al art. 24.1 de la Constitución, pues en el caso de autos la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial requería que se dictara una resolución de fondo fundada en Derecho acerca de la denominada prescripción de la reincidencia, según concurrieran o no todos los requisitos exigidos por la Ley (STC 64/1983). Todo ello sin olvidar que, como este

Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones, el recurso de casación penal no sólo sirve a los intereses y objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que juega un papel esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagrados en el art. 24 de la Constitución, pues permite al justiciable someter el fallo en el que resultó condenado al “Tribunal Superior” a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aplicable al caso en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución (entre otras SSTC 60/1985; 57/1986; 78/1988; 20/1990, y 60/1990).»

(STC 80/1992, de 28 de mayo, R.A. 999/88. «BOE» de 1 de julio de 1992. Ponente: Jesús Leguina Villa).

Artículos 91 y 111

Responsabilidad personal y subsidiaria por el impago de la multa. Prelación en el pago de las responsabilidades pecuniarias

«No puede desconocerse que la causa del desasosiego que late en el planteamiento de la presente cuestión es el hecho de que, ante la insolvencia del sujeto y su consiguiente imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de una condena penal no privativa de libertad, debe el Juez ordenar tal pérdida de libertad para hacer cumplir efectivamente su Sentencia firme.

Sin embargo, como ya hiciéramos en nuestra anterior STC 19/1988, fundamento jurídico 2.º a), ha de recordarse que la equivalencia entre responsabilidad personal subsidiaria e ingreso en prisión no está en la letra de la Ley y que, desde luego, no es la única interpretación posible de la regulación del sistema de ejecución sustitutiva de la pena de multa, lo cual queda al prudente arbitrio del Tribunal. En efecto, tras la reforma de 1932, la referencia a la prisión en el capítulo que ahora interesa ha dejado de ser, cuando menos, literalmente imprescindible, contrariamente a la dicción del art. 50 C.P. 1870. Por ello existen otras fórmulas de restricción de libertad personal, como, para las faltas, la ya aludida del art. 85 C.P., que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación favorecedora de aquélla, pueden ser igualmente dignas de ser acogidas, y que, tal como el arresto domiciliario, pueden ser extrapoladas a supuestos materialmente análogos. Ciertamente, no corresponde a este Tribunal establecer la doctrina legal ordinaria en esta materia en cuanto no afecte a la Constitución, pero tampoco puede desconocerse que la letra del precepto que ahora de nuevo se cuestiona no impone *per se* el entendimiento tradicional de privación carcelaria de libertad, entendiéndose que hace suyo el Auto de planteamiento.

Dentro del necesario arbitrio judicial para la aplicación cabal de las previsiones naturalmente abstractas del Legislador cabe admitir, como ejercicio constitucionalmente correcto de la potestad jurisdiccional, el dotar de sentido a una institución legal de impreciso contenido. Si tal operación hermenéutica ha sido declarada conforme a la Constitución en la confección de los presupuestos de la pena, v.gr. para el delito continuado (STC 89/1983, fundamento jurídico 3.º), más lo será a la hora de, salvaguardada la prevención general, ejecutar *in concreto* una determinada pena. Mientras

el Legislador no precise o reforme el actual procedimiento de responsabilidad personal subsidiaria, el arresto subsidiario no se impone como único modo de llenar la referida prescripción legal. Y ello sin contar con las posibilidades que al respecto pueden ofrecer otras previsiones legales como, en primer lugar, la determinación cuantitativa de la pena de multa, en la que, junto a la prevención debe también tomar en consideración el Juzgador la proporcionalidad con el patrimonio del acusado, en segundo lugar, mediante el pago aplazado de la multa, pago que goza de total flexibilidad (art. 90 II C.P.); finalmente, a través de institutos materiales, tales como la remisión condicional de la citada responsabilidad (art. 93, 2.ª C.P.) y, en casos de desproporción, incluso, entre otras medidas legales, una posible solicitud de indulto, a instancia de parte o *ex officio*. Por todo ello, “la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones con que nuestro Legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejado a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso, decisión que, como hemos dicho, no pertenece a su libre discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución” (STC 19/1988, fundamento jurídico 8.º, *in fine*). Ello permite concluir que, la responsabilidad personal y subsidiaria, dotada del sentido que cada caso requiera, no genera un trato desigual constitucionalmente reprochable, sino que pretende asegurar el cumplimiento de las sanciones penales de carácter pecuniario y con él la consecución de los fines de prevención general y especial del sistema penal.»

Ver además las referencias a esta sentencia en los artículos 14 (principio de igualdad) y 117 (derecho a la libertad).

(STC 230/1991, de 10 de diciembre, C.I. 602/86. «BOE» de 3 de enero de 1992. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo).

Artículo 240

Desacato

Ver Sentencia n.º 85/1992, de 8 de junio sobre *Injurias*. Art. 451 C.P.

Artículo 340 BIS a) 1º

Conducción en estado de embriaguez

«Pero la existencia del delito del art. 340 bis a) 1.º del Código Penal no precisa, como condición *sine qua non*, la previa práctica de una prueba de alcoholemia que acredite un determinado grado de alcohol en sangre, previamente ratificada por los

agentes que la realizaron. Así, pues, la prueba de impregnación alcohólica constituye el medio más idóneo para acreditar una determinada concentración de alcohol en la sangre del conductor de un vehículo, que puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del mismo, pero ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia.»

(STC 24/1992, de 14 de febrero, R.A. 542/89. «BOE» de 17 de marzo de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Artículos 405 y 410

Parricidio e infanticidio

«Los graves hechos que están en el origen de las diligencias judiciales, que se refieren a la muerte de un recién nacido que apareció con la cabeza seccionada, podrían ser constitutivos de un delito de parricidio (art. 405 C.P.) como de un delito de infanticidio (art. 410 C.P.), siendo éste, según autorizada doctrina, *lex specialis* en relación con el parricidio, pese a la autonomía del delito al que el Código consagra un capítulo especial.»

(STC 3/1992, de 13 de enero, R.A. 1.564/89. «BOE» de 13 de febrero de 1992. Ponente: Angel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículo 457

Delito de injurias

«A este respecto, debemos señalar que, en el delito de injurias (y también cuando adopta la forma de desacato) la calificación penal de los hechos en cuanto a su naturaleza y circunstancias (descrédito, menosprecio, intencionalidad, incidencia en la dignidad del cargo público...) coincide con el objeto de la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, siendo por ello inevitable que el juicio de constitucionalidad deba incluir el grado e intensidad de la lesión que al derecho al honor hayan ocasionado las expresiones que tratan de ampararse en el derecho a la información, siendo por tanto indispensable ponderar si las tales expresiones han o no afectado al carácter de autoridad del sujeto pasivo, puesto que la presencia o ausencia de este hecho diferencial agravatorio es de capital importancia a la hora de pronunciarse sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta en protección del derecho al honor.

Y en este punto, no cabe duda alguna que las frases de descalificación personal incluidas en las informaciones radiofónicas de Autos, según dejamos dicho, constituyen un exceso o uso ilegítimo del derecho a comunicar información, por ser expre-

siones despectivas innecesarias desde la perspectiva del interés público de la información, pero también es indudable que esas expresiones no merecen otra calificación que la de vejación injusta de carácter leve que han sido proferidas en contexto y con propósito totalmente ajenos a la dignidad del cargo público que ostentaba el ofendido y por consiguiente, que su calificación de delito de desacato continuado y la imposición de la pena correspondiente al mismo exceden notoriamente de la importancia y naturaleza de la ofensa recibida, a cuya reparación se manifiesta más proporcionada la valoración que el Juez de Instrucción ha realizado, tanto del contenido y eficacia de cada uno de los derechos fundamentales en conflicto como de la trascendencia, obviamente mínima de la intromisión legítima que el querellante ha sufrido en su derecho al honor.»

**(STC 8571992, de 8 de junio, R.A. 1.105/89. «BOE» de 1 de julio de 1992.
Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

LEY ORGANICA 3/1989 DE ACTUALIZACION DEL CODIGO PENAL

Disposición adicional primera, apartado cuarto

Depósito previo para recurrir

«El art. 14 C.E., que consagra el principio de igualdad ante la Ley, prohíbe la discriminación, entre otras causas, por cualquier condición o circunstancia personal o social. Pero como ya ha declarado este Tribunal en numerosas ocasiones anteriores, tal precepto no constitucionaliza un principio de igualdad en términos tan absolutos que impida tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal ni, mucho menos, que excluya la necesidad del establecimiento de un tratamiento desigual para supuestos de hecho que, en sí mismos, son desiguales y que tengan como misión contribuir precisamente al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que, en tales casos, el régimen jurídico diferenciado vendría exigido por el propio principio de igualdad y sería un instrumento incluídible para su efectividad.

En supuestos análogos, al abordar el tema de las consignaciones en vía laboral para recurrir en suplicación y casación, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar (SSTC 3/1983, 14/1983, 46/1983, 78/1983, 109/1983, 114/1983, 20/1984, 46/1984 y 16/1986) que la exigencia de consignación tiende a asegurar la posterior ejecución de la Sentencia, si es confirmada, evitando la eventual desaparición de medios económicos para pagar lo debido, así como para tratar de que no recaiga sobre el trabajador el peligro de mora y el desplazamiento temporal del cobro, permitiendo a éste evitar la prohibida renuncia de sus derechos. “Desde el momento en que la diferencia de tratamiento en relación con la consignación se vincula a la finalidad compensadora del ordenamiento laboral, no constituye vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 C.E.” (STC 3/1983, fundamento jurídico 3.º, *in fine*).

Asimismo, en materia de arrendamientos urbanos, otro sector en que el legislador ha sometido la viabilidad procesal del recurso de apelación a la acreditación de haber abonado las rentas vencidas al tiempo de la interposición del mismo o de haberlas consignado por parte del arrendatario vencido en primera instancia (arts. 1.566 y 1.567 de la L.E.C. y 148.2 de la L.A.U.), el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cuestión (SSTC 59/1984, 29/1985, 90/1986, 113/1986, 46/1989 y 31/1992). La doctrina sentada en estas resoluciones viene a precisar que la exigencia de consignar las rentas para recurrir tiene la finalidad de asegurar los intereses del arrendador que ha recibido una Sentencia favorable, evitando que el proceso arrendatario sea instrumentalizado por el locatario como una maniobra dilatoria en claro perjuicio del arrendador y de sus legítimos intereses a un pronto lanzamiento.

En consecuencia, la exigencia de consignación para recurrir, tanto en el proceso laboral, como en materia arrendaticia constituyen situaciones materiales de desigualdad o diferenciaciones que gozan de una justificación objetiva y razonable, que las adecuan plenamente a las exigencias del art. 14 C.E.

De la anterior doctrina de este Tribunal claramente se infiere que no toda desigualdad infringe el art. 14 C.E., por lo que se hace necesario precisar si, en el caso ahora considerado, la desigualdad carece de aquella justificación o, dicho en otros términos, hemos de comprobar si la finalidad perseguida por la Disposición adicional primera, apartado 4.º de la Ley Orgánica 3/1989 legítima y se erige en una causa de justificación suficiente de cualquier hipotética limitación al principio de igualdad.

La finalidad del precepto legal, tal como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, estriba en conseguir la agilización de los procesos civiles derivados de los daños y perjuicios ocasionados por vehículos a motor, tratando de evitar, en la medida de lo posible, el planteamiento de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen sin motivo el abono de las cantidades otorgadas en Sentencia en favor de quienes han sufrido las graves consecuencias de un accidente de tráfico, de manera que se disminuyan los efectos que en el tiempo ocasiona la tramitación de una segunda instancia sobre las indemnizaciones concedidas a los supuestos perjudicados. La necesidad de esta agilización es fruto de las actuales tendencias internacionales de protección a la víctima que, como la Declaración 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de la ONU o el Convenio Europeo 116 relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 14 de noviembre de 1983, instan a los Estados signatarios a la adopción de medidas tendentes a obtener una rápida reparación a las víctimas y a evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o Sentencias que concedan indemnizaciones a los perjudicados.

Existe, pues, una justificación objetiva y razonable del precepto en cuanto que permite garantizar a la víctima de un accidente de circulación la percepción futura de la indemnización acordada a su favor, y la protege de recursos temerarios o meramente dilatorios que posterguen y perpetúen en el tiempo el perjuicio sufrido como consecuencia de los daños físicos o materiales derivados del accidente. De lo que se trata con la consignación previa es de proteger el derecho a una eficaz y rápida tutela del perjudicado, plasmada, tanto en la exigencia de garantizar a través del depósito el cobro puntual de la indemnización, como en proteger al mismo frente a recursos

abusivos o dilatorios por parte del responsable civil, que podrían perpetuar en el tiempo el derecho de crédito de la víctima a ser resarcido, una vez que este derecho ha sido reconocido en una Sentencia de condena. Es precisamente ese derecho constitucional, el derecho a la tutela de la víctima, el que legitima al legislador a establecer la referida diferencia procesal de trato, y la que avala la exigencia del depósito para recurrir por ser dicha medida cautelar proporcionada al fin constitucional perseguido.

A los efectos anteriores, como bien afirma el Abogado del Estado, el art. 14 C.E. no faculta para exigir singularizaciones normativas o imponer discriminaciones de trato. Es decir, no existe un deber constitucional para que el legislador de la Ley Orgánica 3/1989 distinguiese expresamente entre condenados solventes e insolventes.

A este respecto es de considerar que en el fundamento jurídico 3.º de nuestra STC 91/1983 señalamos que “no existe diferencia de trato en la norma por el hecho de que los no pobres legalmente puedan encontrarse imposibilitados por el hecho de constituir el depósito, por las circunstancias económicas en que se encuentren transitoriamente, pues la desigualdad se debe a ellos mismos. Por ello, el problema no es el de la desigualdad en la aplicación de la Ley entre unos y otros sujetos, sino el de la eventual imposibilidad extraordinaria de cumplimiento en debida forma del requisito legal, o lo que es igual, lo que se debe determinar no es en puridad si debe existir un trato diferenciado para personas que se encuentren en desiguales circunstancias, sino más sencillamente si la situación en que se encuentra el sujeto obliga a una inaplicación o aplicación matizada de la exigencia de la consignación”.

Así, si el condenado al pago tiene reconocido en autos el beneficio de justicia gratuita nada impide que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30.3 de la L.E.C., el órgano judicial le exima de la obligación de hacer el depósito necesario para la interposición del recurso. Es más, aún cuando el recurrente no hubiera obtenido el beneficio de justicia gratuita, pero pudiera encontrarse en una situación de insolvencia provisional o de falta de liquidez, también es doctrina de este Tribunal —de conformidad con la exigencia de utilizar la alternativa menos gravosa al libre ejercicio de los derechos fundamentales— la de que puede ofrecerse a éste la posibilidad de eludir el depósito en metálico mediante la prestación de otras garantías que aseguren los fines de la caución, tales como el aval bancario, siempre que permitan la inmediata realización del ulterior derecho de crédito una vez que la Sentencia de condena sea firme (SSTC 9/1983, fundamento jurídico 4.º, 14/1983, fundamento jurídico 5.º, 46/1983, fundamento jurídico 8.º y 100/1983, fundamento jurídico 2.º, entre otras).

De todo lo hasta aquí expuesto se deduce que la norma cuestionada en nada se opone al art. 14 C.E.»

**(STC 84/1992, de 25 de mayo, C.I. 187/92. «BOE» de 1 de julio de 1992.
Ponente: Vicente Gimeno Sendra).**

V. OTRAS LEYES

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 5.4

Recurso de casación: infracción de precepto constitucional

Ver Sentencia n.º 71/1992, de 13 de mayo, sobre *Recurso de casación-Inadmisión*. Artículo 884.5 L.E.Cr.

Ver Sentencia n.º 240/1991, de 12 de diciembre, sobre *Recurso de casación. Causas de inadmisión*. Artículo 884.4 L.E.Cr.

Artículo 87.2

Autorización de los Jueces de Instrucción para la entrada en domicilio para la ejecución forzosa de los autos de Administración

«Como ponen de manifiesto en sus alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General, el planteamiento de las cuestiones que examinamos descansa en un entendimiento erróneo de lo que supone la intervención judicial prevista en el art. 87.2 de la L.O.P.J. Como ha declarado este Tribunal en un supuesto en el que también se partía de un entendimiento erróneo del citado precepto —STC 144/1987—, el art. 87.2 de la L.O.P.J. no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución requiera la entrada en domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción, sino que éste actúa en los supuestos del art. 87.2, como dice literalmente la citada Sentencia, “como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquéllas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa”.

De lo dicho se desprende que el Juez de Instrucción, al que se le solicita la autorización para entrar en domicilio o en los lugares indicados en el art. 87.2 de la L.O.P.J., no actúa de un modo automático. Así resulta de dicho precepto que exige resolución motivada y así lo declaramos en nuestra STC 137/1985, pronunciada en un recurso de amparo que versó sobre la autorización judicial para la entrada en domicilio de un procedimiento de apremio por deudas tributarias. Dijimos entonces y debemos reiterar ahora que en una actuación judicial de la naturaleza de la prevista en el art. 87.2 L.O.P.J. no están ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccio-

nal, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado. El Juez puede, en consecuencia, examinar, controlar y, en su caso, no autorizar la entrada en el domicilio sin el consentimiento del interesado (ATC 129/1990). Esta afirmación basta por sí sola para rechazar el razonamiento del Juez *a quo* cuando afirma que el art. 87.2 de la L.O.P.J. viola el art. 117.3 C.E. por que prevé una pseudogarantía, es decir, una intervención ritualaria y de mero auxilio a la Administración para la ejecución de sus actos. Por el contrario, precisamente en virtud de lo dispuesto en dicho precepto constitucional, la ley ha atribuido al Juez de Instrucción la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

Lo que acaba de decirse nos conduce a analizar el reproche de inconstitucionalidad que el Juez *a quo* hace al art. 87.2 LOPJ desde la perspectiva del derecho al Juez predeterminado por la Ley (art. 24.2 C.E.). Razona el Magistrado-Juez proponente que si, como se ha visto, la actuación de los Jueces de Instrucción en estos casos no es puramente mecánica, ello significa que se les permite revisar la legalidad de los actos administrativos con lo cual estarán atropellando las competencias revisoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El argumento debe rechazarse por diversas razones, principalmente y en primer lugar, porque nos encontramos ante una atribución por ley de competencias a un Juez ordinario y es doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la atribución de competencias entre órganos jurisdiccionales condición que tienen sin lugar a duda tanto los Jueces de Instrucción como los del orden contencioso-administrativo, no afectan al derecho al Juez predeterminado por la ley (STC 59/1983 y ATC 1.112/88).

Pero es que además no es cierto, como pretende sostener el Magistrado-Juez que ha planteado las cuestiones, que el art. 87.2 LOPJ permita al Juez de Instrucción revisar la legalidad de los actos administrativos para cuya ejecución se solicita su autorización de entrada en domicilio. Por el contrario, este Tribunal declaró en su STC 144/1987, antes citada, que “el control de legalidad de estos actos, como de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración”. Por tanto no se invaden en absoluto las competencias propias y exclusivas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bajo cuya competencia se sitúa todo lo referente a la legalidad del acto administrativo, su ejecutividad inmediata y su suspensión.

Ahora bien, no podemos ignorar que la duda de constitucionalidad que en realidad se nos está planteando es la relativa al contenido del juicio que los Jueces de Instrucción pueden y deben realizar para adoptar la decisión de autorizar o denegar lo instado al amparo del art. 87.2 LOPJ. El planteamiento del Juez *a quo* es el siguiente: o se entiende que la actuación judicial en estos casos es mecánica, y por

tanto constitutiva de una pseudogarantía contraria al art. 117.3 C.E., o, por el contrario, se entiende que no es una actuación mecánica sino revisora de la legalidad del acto administrativo, contraria por ende al art. 24.2 C.E. en cuanto consagra el derecho al Juez predeterminado por la ley, *tertium non datur*. Sin embargo, este planteamiento desconoce la doctrina de este Tribunal sobre la materia y resulta, por ello, inaceptable. Como ha quedado dicho, el Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio y en los demás lugares enumerados en el art. 87.2 LOPJ, pues este precepto no se refiere sólo a la entrada en domicilio, garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los “restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares” que es el supuesto de las autorizaciones para la entrada en fincas rústicas instadas en este caso del Juez proponente.

Los Tribunales que controlan la legalidad de los actos administrativos y su ejecutividad —dejando ahora al margen conceptos que no viene al caso, tales como la prejudicialidad penal, los interdictos y otros— son los del orden contencioso-administrativo. A su control se somete la legalidad del acto de la Administración y la ejecutividad del mismo, aspecto éste que, como hemos declarado en nuestra STC 66/1984, también forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, no siendo el Juez de la legalidad ni de la ejecutividad de los actos administrativos, como garante del derecho consagrado en el art. 18.2 C.E. tiene que efectuar —como ya hemos dicho— la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo (SSTC 137/1985 y 160/1991), verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimiladas a él por el art. 87.2 LOPJ y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquéllas que sean estrictamente necesarias.

Estas son las funciones y el alcance del control que corresponde hacer a los Jueces de Instrucción en el ejercicio de la misión que les confiere el art. 87.2 LOPJ, control que de ningún modo puede interferir la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos respecto de los actos administrativos y que se extiende, no sólo a la revisión de la legalidad de estos actos sino también a su ejecutividad y, en su caso, a su suspensión.

De todo ello se desprende una importante consecuencia y es la de que quedan excluidos, por tanto, del ámbito del art. 87.2 de la LOPJ como se deduce de dicho precepto, las entradas en domicilio o lugares a los que se refiere el citado artículo que sean consecuencia de la ejecución de Sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991). De no ser así, se podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que, según hemos dicho, comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984), así como la garantía de la potestad jurisdiccional del Juez o Tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (art. 117.3 C.E.), y que, como se ha visto, ha de ser un órgano del orden judicial con-

tencioso-administrativo, pues sólo a éstos compete el control de la legitimidad del acto y de su ejecución o suspensión.»

(STC 76/1992 de 13 de mayo, C.I. 625/88, 765/90 y 766/90 (acumuladas). «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Artículo 232

Actuaciones judiciales públicas

Ver Sentencia n.º 65/1992 de 29 de abril, sobre *Derecho a un proceso público*. Artículo 24.2 C.E.

Artículo 240

Recurso de nulidad

Ver Sentencia n.º 245/1991, de 16 de diciembre, sobre *Derecho a un proceso público con todas las garantías*. Artículo 24.2 C.E.

Artículo 271

Actos de comunicación

Ver Sentencia n.º 17/1992, de 10 de febrero, sobre *Juicio de faltas*. Artículo L.E. Cr.

LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA

Artículo 76.2 j) de la Ley y 43.3 del reglamento penitenciario

«La Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras sentar en su primer apartado el principio de que todos los Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria son recurribles en reforma, dice textualmente en su segundo apartado que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja antes el Tribunal senten-

ciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación de penados.»

«A tenor de lo dispuesto en el art. 43.3 del Reglamento Penitenciario, que en este punto se remite a lo establecido en el art. 76.2 j) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en caso de adopción de la medida penitenciaria prevista en el art. 10 de la misma, deberá comunicarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en un plazo no superior a setenta y dos horas, el acuerdo motivado del Centro penitenciario, para que aquel lo ratifique o lo revoque; dicho acuerdo será notificado al interno el mismo día de su adopción, mediante entrega del contenido literal del mismo, indicándole que, en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes, podrá elevar ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria las alegaciones y proposiciones de prueba que estime oportunas (art. 34.3 del Reglamento Penitenciario.)»

«En consecuencia puede concluirse que, en contra de lo que se dice en el Atilo de 23 de noviembre de 1988, la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña no fue dictada en segunda instancia, resolviendo un recurso de apelación contra la resolución administrativa de la Junta de Régimen del Centro de Preventivos de Pontevedra, sino en primera instancia, otorgando validez a un acto administrativo que, hasta ese momento, no pasaba de ser una mera propuesta necesitada de respaldo judicial. Frente a dicha resolución cabían, por consiguiente, de conformidad con los apartados 3 y 4 de la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no sólo el recurso de reforma efectivamente interpuesto y resuelto por Auto de 5 de octubre de 1988, sino también recursos de apelación y queja, éste último sólo en el caso de que se denegase la admisión a trámite del recurso de apelación, sino que, equivocadamente, se entendió interpuesto y resuelto, procede deshacer el error padecido y restablecer al recurrente en su derecho de interponer los recursos que autoriza la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

(STC 52/1992, de 8 de abril, R.A. 2.121/88. «BOE» de 13 de mayo de 1992. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

LEY GENERAL TRIBUTARIA

Artículo 130

Autorización judicial para entrada en domicilio

«Debemos preguntarnos ahora si el art. 110 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que dio la nueva redacción al art. 130 LGT, está o no dentro del ámbito constitucionalmente legítimo de la Ley de Presupuestos y, por ende, si el precepto mencionado de la LGT, en su nueva redacción, es o no constitucional en atención tanto a la peculiaridad de la Ley en que se inserta la reforma, como al principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 de la Constitución.

El art. 130 LGT, antes de su reforma por la Ley 33/1987, establecía que “previa exhibición del documento acreditativo tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los Jueces de Paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores responsables”. La Ley 33/1987, en su art. 110, dio la nueva redacción al citado precepto, según la cual “previa exhibición del documento individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada».

La disposición controvertida afecta de algún modo a la materia presupuestaria. En efecto, en cuanto se refiere a la ejecución forzosa de las deudas tributarias que implican entrada en el domicilio del deudor, la norma en cuestión está relacionada con la recaudación de los tributos, la cual es necesaria para que se cumplan las previsiones de ingresos que, a su vez, condicionan la realización de los gastos. Pero siendo esto cierto, no lo es menos que esta incidencia en una materia propia de la Hacienda General, cual es la recaudación forzosa de los tributos, no es suficiente para poder afirmar que se dé la necesaria conexión directa de la norma en cuestión con el Presupuesto, en sentido estricto, o con los criterios de la política económica del Gobierno, pues antes al contrario el art. 130 LGT es ante todo y sobre todo una norma de atribución a un órgano judicial de una función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia. Este es, pues, el contenido del precepto cuestionado, por lo que resulta claro su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuesto, cuyo contenido propio y su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 C.E.) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del derecho codificado.

El hecho de que el art. 87.2 de la LOPJ —ya examinado en la primera parte de esta Sentencia—, atribuyera ya con carácter general a los Juzgados de Instrucción y, por tanto, al que plantea la cuestión, esta competencia no excluye que, además de innecesaria, haya de considerarse ilegítima su inclusión en la Ley de Presupuestos por exceder de las atribuciones propias de su contenido.

En suma, no siendo, pues, necesaria su inclusión en la Ley de Presupuestos y tratándose, además, de una materia que no tiene un grado de vinculación suficiente, esto es, directa con el ámbito del contenido posible de este tipo de Leyes tal y como ha sido definido por este Tribunal, debemos declarar que la nueva redacción del art. 130 LGT es contraria a la Constitución por estar contenida en una Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.»

(STC 76/1992, de 14 de mayo, CI 625/88, 765/90 y 766/90 (acumuladas). «BOE» de 16 de junio de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

VI. CONVENIOS

CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES PUBLICAS

Artículos 6.1, 13, 25, 50 y 53

Eficacia ejecutiva de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ver Sentencia n.º 245/1991, de 16 de diciembre, sobre *Derecho a un proceso público con todas las garantías*. Artículo 24.2 C.E.

BIBLIOGRAFIA

Libros

MIGUEL BAJO FERNANDEZ y JULIO DIAZ-MAROTO, «Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil.», Madrid (Editorial Ceura), 1991 (2.^a ed.), 327 páginas.

1. Con inmensa satisfacción acoge el todavía reducido mundo de los manuales de Derecho Penal dedicados a su parte especial la nueva aportación del profesor Bajo Fernández. La segunda edición del tomo III («Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil») de su «Manual de Derecho Penal. Parte Especial.» Supone un paso más en la obra que inició en 1986 con el tomo I («Delitos contra las personas»; segunda edición de 1991) y que continuó en 1987 con el dedicado a los «Delitos patrimoniales y económicos», cuya segunda edición se prepara en la actualidad. En coautoría ahora con el profesor Díaz-Maroto y Villarejo, nos sigue sorprendiendo con una obra sumamente equilibrada, que incorpora algunos de los brillantes planteamientos que anunciaba ya en su reciente obra acerca de «La actualización del Código Penal de 1989», y que añade a la claridad pedagógica propia de un libro dirigido primordialmente a los alumnos de licenciatura la conocida profundidad doctrinal de ambos autores.

El nuevo volumen persevera en el acertado planteamiento de sus predecesores, a la vez que engrandece sus cualidades: la bibliografía se completa y actualiza impecablemente; las notas a pie de página, lejos de aspirar a una erudición espuria, impropia de un manual, aportan con mesura la necesaria información al lector; la doctrina jurisprudencial, que tan esquivada resulta en ocasiones a algunas obras similares, tiene aquí un tratamiento esmerado y diferenciado; la presentación gráfica de esta edición añade a los útiles números marginales —cuya concreta adscripción a los correspondientes párrafos de la edición anterior se respeta—, a la utilización oportuna de la letra en negrita y a la clarificadora diferenciación tipográfica, un mayor espacio entre los párrafos que agradecen la estética y la mejor comprensión del texto.

2. Al hilo de la reciente —¡aunque ya anterior a la antepenúltima!— reforma del Código Penal de 1989 centran los autores las principales novedades de esta edi-

ción en torno a los nuevos delitos de impago de prestaciones económicas al cónyuge o a los hijos (art. 487 bis) y de utilización de menores para la mendicidad (489 bis), y a la reforma de los delitos contra la libertad sexual (arts. 429 y ss.).

Consideran los autores que el primero de los preceptos es innecesario e inoportuno: «una aplicación rigurosa y adecuada de las medidas cautelares previstas en el Código Civil» y, por otro lado, una aplicación conveniente de los delitos de estafa (arts. 528 y s.), de alzamiento de bienes (art. 519), de desobediencia (art. 237) y de incumplimiento de la asistencia indispensable para el sustento (art. 487, pfo. 2º), hubieran obviado las exigencias de creación de un nuevo precepto (páginas 53 y s., número marginal 46 b). El esfuerzo del legislador penal debería haber orientado su mira a la reforma de la excusa absolutoria del artículo 564, que obtura injustificadamente la aplicación a los supuestos en cuestión de los artículos 519 y 528 y s. (p. 54, n. m. 46 d), y a la modificación del delito de desobediencia, «en orden a concederle mayor eficacia» (p. 54; n. m. 46 e). Si a la crítica reseñada se añade que el nuevo delito no requiere denuncia previa (p. 55, n. m. 46 g) y que puede suponer, según los autores, desde un entendimiento ciertamente lato de lo que pretende vetar el principio que resume la expresión, una reintroducción de la prisión por deudas (p. 56, n. m. 46 n), no puede extrañar su calificación final de fruto de una irreflexiva (p. 54, n. m. 46 f) y frívola política criminal (p. 54, n. m. 46 c).

El artículo 489 bis constituye «un inestimable instrumento para proceder a retirar de la vida pública a los menores que (...) practican diversas formas de mendicidad» (p. 63, n. m. 64). Debe acompañarse este instrumento de las necesarias medidas asistenciales para que la mendicidad no se produzca (p. 63, n. m. 65). Resalta la precisión con que los profesores Bajo y Díaz-Maroto perfilan los contornos de los nuevos tipos a través de la definición de sus términos fundamentales («utilizaren», «prestaren», «traficaren»; p. 64; n. m. 69 y ss.) y de las relaciones del supuesto agravado con otros preceptos con los que aparentemente puede concurrir (pp. 64 y s., n. m. 73). Consideramos, sin embargo, que, si partimos de que el bien jurídico no es simplemente la seguridad, sino también la dignidad del menor (pp. 63 y s., n. m. 68) y el adecuado desarrollo de su personalidad frente a una actividad de explotación de una prestación que, además, se estima degradante, en los supuestos de resultado lesivo para la vida, la integridad física o la salud del menor, la solución jurídico-penal oportuna, comprensiva de todo el desvalor del hecho, parece pasar, no por el concurso de normas (pp. 64 y s., n. m. 73), sino por el mecanismo del concurso de delitos.

La reforma del título IX merece decididas objeciones por parte de los autores del manual. Consideran injustificado, en primer lugar, el cambio de rúbrica, pues «la honestidad no es más que una cualidad común de todas las acciones punibles de este título» (p. 196, n. m. 10) y no un elemento típico (p. 195, n. m. 5), y, en cambio, la libertad sexual no amalgama los objetos de protección de determinados delitos relativos a la prostitución (p. 195, n. m. 6). En relación con la tradicional crítica a la severidad de la pena del delito de violación, la reforma de 1989, al ampliar el elenco de comportamientos, ha emperorado las cosas (p. 197, n. m. 12 a). En tercer lugar: con independencia de que hubiera podido merecer una pena similar a la de los preceptos que tipifican otros accesos carnales graves, razones históricas, de frecuencia y de coherencia valorativa aconsejaban la reserva de un delito específico («violación»)

para el acceso carnal genital en el que un varón sea sujeto activo y una mujer sujeto pasivo (p. 200, n. m. 18 c y s.). Frente a la regulación anterior, finalmente, deja de ser indiscutible el que sujeto activo sólo pueda serlo el varón (p. 200, n. m. 25). Se sostiene en el texto con vehemencia que la mencionada restricción debe seguir manteniéndose en el nuevo precepto (p. 200, n. m. 25): porque el comportamiento exige «acceder», sin que baste «ser accedido» (p. 201, n. m. 25 b); porque la interpretación alternativa conduce a penas desproporcionadas («sería al mundo al revés, sería hilarante, grotesco e injusto» el que se castigara con veinte años de prisión a la mujer que ceda a las peticiones de un enajenado al que previamente excita o de un menor de doce años»; pp. 201 y s., n. m. 25 d); porque «sólo casos de laboratorio pueden presentar al varón como sujeto pasivo de un acceso carnal con mujer, ya que la erección, acontecimiento físico-psíquico de naturaleza compleja, no puede ser totalmente ajena a lo que llamamos voluntad, deseo, inclinación, simpatía, placer, etc.» (p. 202, n. m. 25 e). La valiente, en cuanto minoritaria, y persuasiva posición de los autores no parece, sin embargo, quedar libre de objeciones: el argumento gramatical puede cuestionarse si se repara en que el artículo 429 no habla de «acceder», sino de «tener acceso» —al igual, por cierto, que los artículos 434 y 435, dedicados al estupro, cuyo sujeto activo es «la persona», y que «acceso» equivale, según la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia, a «ayuntamiento» o «cópula»; por otra parte, la indudable desproporción punitiva se produce con independencia del sexo del sujeto activo —piénsese en el mismo ejemplo que proponen los autores trocando el sexo de los sujetos—; finalmente: aun admitiendo que la erección presupone en todo caso voluntad, no cabe olvidar que el acceso oral no la exige, que en ciertos sujetos se considera irrelevante y que la voluntad también puede ser intimidada.

3. No se limita la nueva edición a añadir a la anterior las exégesis de los nuevos preceptos. En relación con los delitos que permanecen invariados aportan los autores los comentarios y matices que las contribuciones doctrinales y jurisprudenciales y las nuevas formas de delincuencia hacen menester. Así, en materia de detenciones ilegales, se recogen los nuevos argumentos jurisprudenciales para sostener la solución del concurso de normas como la adecuada a la concurrencia entre los delitos del 481. 1º (detenciones ilegales consecuentes a un delito contra la propiedad) y del 501, pfo. 1º, 4º (robo con violencia o intimidación y toma de rehenes) (p. 9, n. m. 20). No rehúsan tampoco los autores tomar parte en el debate que, en torno a la legitimidad del artículo 483, ha reabierto el famoso caso de «el Nani»: si bien su interpretación como modalidad especialmente agravada del delito de detención ilegal podría eludir su calificación como delito de sospecha (p. 26, n. m. 67 b y s.), el precepto no resiste la crítica de la falta de proporcionalidad de la pena (p. 26, n. m. 67; p. 27, n. m. 68), como resulta patente en el supuesto de que el detenido aparezca tras la condena (p. 27, n. m. 68). Asimismo, no pasan inadvertidos en el texto nuevos problemas para viejos preceptos, tales como el del tratamiento penal de la ocupación de las viviendas deshabitadas (p. 97, n. m. 28 a) o el del fingimiento de parto por parte de la titular del óvulo en los supuestos de fecundación asistida (p. 318, n. m. 23 a). La incidencia de la jurisprudencia constitucional en materia de libertad de expresión y de información, por finalizar con algunos ejemplos de la actualidad del libro que comentamos, es objeto

de especial atención el capítulo dedicado a los delitos contra el honor (p. 289, n. m. 60 a; p. 289, n. m. 64; p. 297, n. m. 104).

4. Nos encontramos, en suma, ante un trabajo excelente: claro, sabio y actual. Rezuma en él la reflexión detenida, incisiva y perspicaz, y, como señala su prólogo, el rico y cotidiano debate que se desarrolla «en aulas, seminarios, bibliotecas y pasillos con los profesores del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid». Estas cualidades, que comparten los otros dos tomos, alejan esta obra de su modesta rúbrica de «manual» y la convierten, con todo merecimiento, en un auténtico tratado; estas cualidades avivan la esperanza de que el mismo tenga pronto su culminación, imprescindible ya para todos los que hemos disfrutado y aprendido con él.

JUAN ANTONIO LASCURAIN SÁNCHEZ.

Profesor Titular Interino.

Universidad Autónoma de Madrid.

Revista de libros

Sección coordinada por

M. MARTINEZ ESCAMILLA y
J. M. SANCHEZ TOMAS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: «Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito».
Edt. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. 201 páginas.

Valga, para comenzar, la transcripción de algunas de las frases con las que el Prof. Cuello Contreras fija el objetivo de este libro, que reproduce íntegramente el trabajo presentado por el autor como segundo ejercicio en el concurso a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura. «Objetivo básico de la presente investigación —escribe— ha sido el de fundamentar una determinada interpretación del artículo 6 bis a) ». Esta interpretación constaría de tres tesis. La primera: que el Legislador de la Reforma ha querido superar definitivamente la vieja doctrina del «versari in re illicita» (pág. 11). La segunda: que esta nueva regulación supone la consagración de la plausible distinción entre antijuricidad y culpabilidad. Y, por último, la tesis central: que en el párrafo II del artículo 6 bis a) «la vencibilidad» del error sobre la tipicidad, que puede dar lugar a una responsabilidad por imprudencia, debe ser entendida en el sentido de que estaremos ante un comportamiento imprudente cuando el autor que, por ejemplo, no se ha representado la muerte de un hombre, sí se ha representado la situación que el Derecho quiere evitar, en atención a los peligros para la vida que aquélla entraña (tipo de imprudencia). Si no ha habido tal representación ni siquiera estaremos ante un comportamiento típico.» (pág. 12). «...Lo que no se puede es, por ejemplo, utilizar la defectuosa terminología del párrafo II para establecer una responsabilidad por imprudencia allí donde el autor no se representó ni la posible muerte de un hombre ni el peligro para la vida humana en base a que lesionó una norma con cuyo cumplimiento habría podido prever una u otro»

(pág. 12). «El autor se ha tenido que representar los elementos que hacen típico su comportamiento; de no ser así, no existe la más mínima base de una posible responsabilidad penal». (pág. 13).

Las frases transcritas encierran una idea sorprendente: la necesidad de que el sujeto conozca el riesgo generado por su conducta para poder apreciar un error de tipo vencible, no pudiendo afirmarse la responsabilidad por imprudencia cuando el sujeto desconoció, no se representó, la situación de peligro.

Consecuencia de esta idea sería el tener que negar la responsabilidad en el ejemplo paradigmático del que dispara contra unas matas sin pensar por un momento que lo que detrás de ellas se mueve no es un conejo, sino otro cazador, posibilidad ésta perfectamente previsible.

Estas ideas, por su trascendencia dogmática y práctica, requerirían un gran esfuerzo de cimentación. No obstante, Cuello Contreras se limita a ofrecernos una pretendida fundamentación histórica, «contrastando las más representativas concepciones del delito defendidas en España con anterioridad a 1931...con las concepciones desarrolladas a partir de esta fecha, que, contando con la construcción del delito en tres escalones, sobre todo con la sistemática finalista, permiten resolver el problema del error en Derecho penal» (pág. 13). Este pormenorizado paseo «histórico» resulta en sí mismo instructivo, entre otras razones, por prestar primordial atención a la doctrina española: el Krausismo, la teoría del delito de Pacheo, Luis Silvela, Dorado Montero, Navarro de Palencia, Jiménez de Asúa, Ferrer Sama, etc, constituyen los hitos de este recorrido. Ahora bien, sin desmerecer sus virtudes, esta evolución se evidencia claramente insuficiente como aval de las tesis erigidas en objeto de la investigación; y es que el conocimiento de los cambios en el tratamiento de un problema resultará útil o incluso necesario para una mejor comprensión del mismo, pero nunca una evolución histórica podrá fundamentar por sí misma la incorrección o el acierto de una determinada postura. Las únicas ideas calificables de argumentos de las afirmaciones realizadas, serían las defendidas recientemente por Struensee, que expone Cuello Contreras y a las cuales se adhiere en bloque (págs. 177-189).

Dado que objetivo de cualquier monografía es avivar la discusión, permitasemé, a riesgo de rebasar los márgenes del tradicional concepto de recensión, una valoración crítica de la tesis de Struensee, que es en definitiva la defendida en el libro recensionado. Al resultar imposible por razones obvias descender al detalle, me limitaré al comentario de las ideas centrales.

Como bien es sabido, el esfuerzo de Welzel por presentar la finalidad como criterio de imputación ontológicamente fijado fracasa estrepitosamente en los delitos imprudentes, llegando el padre del finalismo a reconocer expresamente que en la imprudencia la esencia del desvalor de la acción reside en un momento normativo: la lesión de la diligencia exigida en el tráfico. No obstante, algunos de sus discípulos no cejaron en el empeño inicial, de tal manera que en los delitos culposos asistimos, como metafóricamente señala Armin Kaufmann, a «la caza de la finalidad en la imprudencia». Pues bien, partiendo de una crítica a la teoría de la imputación objetiva por conceder relevancia en el tipo objetivo a un dato de naturaleza eminentemente subjetiva: los conocimientos especiales del autor, retoma Struensee el reto de diseñar el in-

justo imprudente como reflejo de la estructura final de la acción. De nuevo nos encontramos, a mi juicio, ante un intento fallido.

El autor alemán admite que en este ámbito la finalidad no va dirigida a la causación del resultado típico, sino que la base fáctica de la finalidad en la imprudencia la constituyen «una determinada constelación de circunstancias objetivas valoradas negativamente porque el Ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión de un bien jurídico (causación del resultado típico), prohibiendo por ello la producción final de dicha constelación». (JZ 1987, pág. 58). Es la producción o utilización consciente de las circunstancias generadoras del riesgo, su conocimiento, lo que fundamenta el injusto imprudente (JZ 1987, pág. 60). Según este autor, en casos como el de la enfermera que, desconociendo su contenido, suministra al enfermo la inyección letal preparada por el médico, lo determinante en realidad para decidir si se responde o no por el resultado es el conocimiento o desconocimiento del autor de que su acción constituye un comportamiento homicida, dato a tener en cuenta en el tipo subjetivo del delito imprudente, donde también deberá estudiarse la figura del error, pues para este autor la esencia de la imprudencia no es más que «el conocimiento por el actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable («riesgo no permitido»)» (JZ 1987, pág. 60). De esta manera, en el supuesto de la enfermera, la ausencia de desvalor de la acción tendría por fundamento un error en los presupuestos del riesgo.

Pues bien, la configuración del injusto personal propuesta por Struensee y asumida por Cuello Contreras no me parece viable. Por una parte, tan sólo haciendo un gran esfuerzo podría reconocerse una especie de finalidad en la creación consciente de una situación de peligro sin que se desee un resultado lesivo. Pero, además, el ser coherente con las ideas descritas requeriría el tener que afirmar la impunidad de la culpa sin representación, pues precisamente ésta se caracteriza por la falta de consciencia del riesgo. Desde un punto de vista político-criminal esta impunidad resulta inadmisibles. No se entiende por qué no ha a responder de la muerte causada el médico que olvida el instrumental dentro del enfermo o el conductor que por ir distraído no ve el semáforo. Una afirmación de semejante envergadura precisa una muy buena fundamentación, fundamentación que ni Struensee ni Cuello Contreras nos ofrecen.

Si se reconoce la imposibilidad de dejar sin más impune la imprudencia inconsciente, deberá admitirse que no todo desconocimiento de las circunstancias determinantes del peligro puede excluir el injusto personal. A la cuestión de cuándo ese desconocimiento es relevante y cuándo no lo es sólo puede responderse, a mi juicio, normativamente. Lo lógico, desde parámetros preventivo-generales, será acudir, en primer lugar, al baremo del observador objetivo perteneciente al mismo círculo que el autor, figura que, en clara contradicción con sus postulados, parece retomar también el autor alemán. Así al afirmar, por ejemplo, que «el automovilista desatento que atropella a un niño que jugaba al lado de la calzada entre los coches aparcados y saltó a la calzada, comete un homicidio imprudente si un conductor prudente hubiera notado la presencia del niño y evitado el accidente» (JZ 1987, pág. 62) o cuando escribe que «en relación con qué factores de riesgo merece la impunidad (autorización de riesgo) el desconocimiento, es una cuestión normativa prejuizada por la es-

estructura del injusto» (JZ 1987, págs. 62-63). En definitiva, lo decisivo para el injusto imprudente no puede residir en si el sujeto conoció o no conoció las circunstancias generadores del riesgo, sino en si debió percibir las o si no se le puede atribuir semejante deber. Lo decisivo es, pues, el momento normativo. De cualquier forma y se explique como se explique el injusto imprudente, acudiendo al baremo del hombre medio o considerando las posibilidades personales del autor, resulta imposible, por muy buena voluntad que se tenga, el reconocer en la imprudencia inconsciente la tan buscada finalidad que dote a delitos dolosos e imprudentes de un injusto homogéneo.

Por lo dicho considero fracasado este nuevo intento de diseñar un injusto imprudente como reflejo de la estructura final de la acción y con ello el retorno a concepciones psicológicas de la imprudencia, a cuya superación contribuyó en gran medida el propio Welzel, no entendiéndose la obcecación por revitalizar algo cuyo encefalograma hace mucho tiempo que dio plano.

Si bien la disyuntiva: parámetros normativos o parámetros finalistas en el diseño del injusto imprudente ha de considerarse saldada a favor de los primeros, en los últimos tiempos puede constatarse el traslado de este dilema al ámbito de los delitos dolosos. Aunque la clave para la definición del injusto doloso sigue viéndose mayoritariamente en la voluntad final, recientes investigaciones vienen atribuyendo relevancia en este cometido a elementos normativos en detrimento del dolo. En el terreno de lo concreto se afirma que existen problemas, como por ejemplo el de los cursos causales atípicos, las desviaciones del curso causal, el fenómeno del riesgo permitido, etc, que tan sólo pueden ser debidamente explicados acudiendo a criterios objetivo-normativos y no a instancias subjetivas. Nos encontramos en los inicios de la lucha entre el momento objetivo-normativo y el subjetivo-final por su preponderancia, si no exclusividad, en la definición del injusto doloso. Es en este ámbito y no en el de los delitos imprudentes donde la discusión se adivina fructífera.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

HORMAZABAL MALAREE, Hernan: «Bien jurídico y estado social y democrático de derecho». (El objeto protegido por la norma penal). Ed. P.P.U. (Promociones y Publicaciones Universitarias). Colección Estado y Derecho. núm. 2. Barcelona 1991. 188 págs.

En el Derecho penal moderno aparece como unánimemente defendido el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo ese consenso doctrinal comienza y acaba con su mera formulación (1). A partir de ahí, introduciéndonos en

(1) Así, ALVAREZ GARCÍA, J.: «Bien jurídico y Constitución». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, Madrid, 1991, afirma que la pretensión de configurar un concepto de bien jurídico como límite del *ius puniendi* «puede convertirse en mera literatura si no somos capaces de construir un concepto material de bien jurídico», pág. 5. Igualmente,

la evolución histórica del concepto y analizando la situación actual de la cuestión, no puede afirmarse que su contenido sea pacífico. Sobre todo porque las funciones que pretenciosamente quieren asignársele exceden, con mucho, a las que pueden corresponder a un concepto con unos límites tan difusos (2).

Ello no tiene por qué significar el abandono del mismo, en abstracto válido, sino, más bien, la redefinición de sus contornos, que nos permita un mínimo acuerdo sobre qué intereses han de protegerse por el sistema penal o, ante la imposibilidad o fragilidad/versatilidad del mismo, reconducirlo a las funciones que razonablemente pueda cumplir.

El Prof. Hormazábal centra su esfuerzo en la más ambiciosa de esas pretensiones. Parte de la función del bien jurídico como «legitimación material de la norma penal» (pág. 11) —lo que lo pone necesariamente en relación con el concepto de estado en el cual se diseñe el concreto sistema penal— e intenta delinear en este libro la búsqueda de un criterio preciso para definir que ha de entenderse por bien jurídico (3) y, en conexión con ello, poder conocer los posibles parámetros de selección para posteriormente, a partir del mismo, hacer una construcción teleológica de la teoría jurídica del delito (4).

En coherencia con este planteamiento el autor ha sistematizado el estudio de esta problemática en cuatro capítulos: uno primero introductorio donde se apunta la pluralidad de funciones asignada a este concepto; el segundo consiste en un análisis interdisciplinar que permite al autor poner en relación la teoría del estado, la filosofía política y la del derecho con la teoría penal y, sobre todo, el concepto de bien jurídico que se mantiene en cada momento histórico, con lo que realiza un recorrido por su acepción en autores como Feuerbach, Birnbaum, Binding, Von Liszt, Mayer, Welzel, los funcionalistas, el interaccionismo simbólico...; el tercero se dirige a la formulación de una teoría material del bien jurídico y el cuarto al ya referido de las posibilidades de construcción de un sistema teleológico del delito.

Sin despreciar el estudio diacrónico que el autor realiza, sin embargo inclinamos nuestro interés por el momento actual y las diferentes corrientes que en torno al

TERRADILLOS BASOCO, J.: «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal» en *Pena y Estado*, núm. 1 (Función simbólica de la pena). Ed. P.P.U. Barcelona, 1991, para quien «se trata de un principio inane si no se le somete a ulteriores precisiones», página 9.

(2) Vid. en ese sentido RUDOLPHI, H. J.: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico» en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, afirmando que, «a pesar de sus 130 años de historia, sin embargo (...) pertenece a aquellos conceptos que, sin perjuicio de los esfuerzos en ese sentido, todavía presentan una considerable falta de claridad», pág. 329.

(3) Un primer esfuerzo en ese sentido lo realiza el Prof. Hormazábal en su artículo «Política penal en el Estado democrático» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* t. XXXVII, fasc. II, 1984, págs. 333 a 346, donde ya apunta alguna de sus ideas sobre el contenido material del bien jurídico y el problema ideológico que representa.

(4) Construcción teleológica del delito, considerada en este sentido, puede ya verse en BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Política-criminal y Derecho penal» en *Control social y Sistema penal*. Ed. P.P.U., Barcelona, 1987, para quien «una teoría del delito ha de partir, por tanto, del bien jurídico materialmente considerado», pág. 36.

mismo se están desarrollando, o lo que es lo mismo, las posibilidades de encontrar un contenido para este concepto adecuado a un Estado social y democrático de derecho y pluralista, y es un resurgir dogmático del interés por la Política-críminal. Y ello porque, lejos de plantear una visión acrítica, muestra una real toma de posición comprometida con la dotación de un contenido material al mismo. Para ubicar su esfuerzo nada mejor que seguir la propia sistemática y planteamientos del Prof. Hormazábal.

Nos encontramos en la situación actual con dos corrientes, la sociológica y la constitucionalista. Las diferencias entre ambas radican en el referente de búsqueda de estos contenidos: mientras la primera entiende que han de extraerse de la sociedad, donde se desarrollan las relaciones interindividuales; las segundas, sin desconocer lo anterior, dan una relevancia fundamental a los textos constitucionales como catalizadores de las necesidades e intereses de la sociedad, por ello es dentro de la materialidad de los contenidos constitucionales donde han de seleccionarse los intereses y necesidades a proteger.

Por supuesto, ninguna de estas corrientes están exentas de matices y posiciones enfrentadas dentro de su seno, piénsese que, por ejemplo, dentro de la primera se sitúan desde las tendencias del funcionalismo sistémico a las interaccionistas del «labelling approach». Pero tampoco el que dichas corrientes no mantengan una tensión dialéctica de influencia recíproca.

Así, dentro de las teorías sociológicas funcionalistas, Amelung representa, a través del concepto de «dañosidad social», un arquetipo, al entender que la disfuncionalidad de una conducta se manifiesta por la contradicción de la misma con una norma institucionalizada para resolver el problema de la supervivencia de la sociedad (página 110), pero que se limita, y tal es una influencia determinante de la corriente constitucionalista, por los principios referidos a la persona reconocidos en la Constitución. Con él intenta salvar la tan reiterada crítica de mediatización de lo individual por lo social en la sistémica (5), porque la legitimación de la estructura del sistema social se hace depender de la misma Constitución.

Esta posición ecléctica ha sido criticada desde la lógica interna de su construcción al suponer, como afirma Hassemer, que hace depender la legitimidad del sistema social del Derecho constitucional, que no sería sino un subsistema. Desde el punto de vista material, las críticas vienen dadas por no permitir un desarrollo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos por mediatizarse y encubrirse las necesidades reales de los individuos (pág. 112).

Por ello, el más puro representante del funcionalismo, Jakobs, obvia esas consideraciones por hacer objeto de protección de la norma exclusivamente a la propia vigencia de la norma misma, en tanto que institucionalización/formalización de las expectativas, lo que permite a Hormazábal entender que la aportación a la teoría del

(5) Vid. crítica a esta mediatización por la ideología de las decisiones de valores y de intereses adoptadas en la estructura en MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 138.

bien jurídico son pocas (pág. 114) (6). Desde luego esta frustración del autor no proviene tanto de esa falta de aportación como de los diferentes presupuestos que respecto de las funciones del Derecho penal se esperan.

Muestran unas posturas intermedias entre el funcionalismo y el interaccionismo Hassemmer y Callies, el primero asume como únicamente válidas las teorías «trascendentes» al sistema, al posibilitar la crítica al mismo, por lo que no han de limitarse a categorías jurídico-normativas que otorgarían unos márgenes estrechos para saber por qué una sociedad criminaliza ciertas conductas (pág. 117). Callies parte del planteamiento de un Estado social y democrático de derecho, con lo que, de acuerdo con las funciones específicas de éste, serían objeto a proteger por la norma las conductas que cuestionen las técnicas de comunicación que fundamentan un sistema de interacciones; así, el fundamento sería el de la lesión de la «oportunidad de participación del individuo dentro de la estructura social» (pág. 120). A lo que el autor objeta que esa posición parece más responder al fundamento/legitimidad de la sanción penal, que a cuál debe ser el contenido material de un bien jurídico.

Las teorías constitucionalistas han recibido apoyo en Alemania por autores como Roxin, Rudolphi o M. Marx, si bien el mayor desarrollo lo han alcanzado de la mano de la doctrina italiana (7). Aquí el autor, siguiendo la clasificación propuesta por González Rus (8), distingue entre la corriente estricta —Bricola, Musco, Angioni— para quienes sólo puede ser objeto de sanción penal la lesión de un valor constitucional relevante, sobre todo en función del menoscabo de la libertad personal —otro valor constitucional— que supone, en la mayoría de las ocasiones, la imposición de una pena; y una corriente limitada —Pulitano o Fiandaca— para quienes los valores constitucionales no suponen parámetros vinculantes para el legislador, sino directivas programáticas.

Dentro de este marco dogmático de discusión, el Prof. Hormazábal resume su posición en la búsqueda real/material, y no meramente formal, de los contenidos que se protegen en cada norma (pág. 139). Ello le lleva a criticar las teorías constitucionalistas al no expresar lo que el bien jurídico sea, sino la búsqueda de un referente. Así, centra su atención en el análisis de: a) lo que hace que una acción se transforme en delito y b) las causas de que sean esas las conductas penalizadas y no otras. Si-

(6) No puede, sin embargo, entenderse que el sistema de JAKOBS busque un contenido al bien jurídico, máxime si, como hace HASSEMER, se defiende que el bien jurídico no pertenece a la teoría del delito, sino a lo que es la misión del Derecho penal, así en *Introducción a la Criminología y al Derecho penal* (con MUÑOZ CONDE, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 99-100, con lo que la confirmación del reconocimiento normativo es una misión del Derecho penal y no un contenido del concepto de bien jurídico, siendo un concepto sustitutivo de éste, págs. 102-103.

(7) En general, sobre las posiciones de la doctrina italiana puede verse el resumen de González Rus, J.J. del «Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial» celebrado en Siracusa entre los días 15 a 18 de octubre de 1981, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXV, fasc. III. 1982. págs. 705 y ss. y más detalladamente en este mismo autor «Bien jurídico y Constitucional» (Bases para una teoría). Ed. Fundación Juan March. Serie Universitaria. núm. 201, Madrid, 1983. Y ALVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico...»

(8) GONZÁLEZ RUS, *Seminario...*, pág. 706.

guiendo a Hassemer, llega a la conclusión de que tan sólo puede ser proporcionado por las teorías «trascendentes», ya que al ser referentes ajenos al sistema —no immanentes— permiten la confrontación de los mismos con la realidad normativa, lo que posibilita, en última instancia, la crítica y los movimientos de reforma penal. Para ello, debe inquirirse tanto por lo que sea el bien jurídico, como por lo que realmente se protege en cada norma, permitiendo la comparación entre el ser —norma— y el deber ser —necesidades sociales— (9).

Sin embargo, el punto de inflexión del sistema diseñado por el autor, así como en general de todas las teorías sociológicas, está en la poca claridad de la determinación y concreción, a partir de los criterios que aportan, de lo que pueda entenderse como necesidades individuales/sociales a proteger y, en conexión con ello, la problemática que se produce en los centros de decisión política sobre la selección de qué necesidades han de ser protegidas penalmente (10). Eso hace afirmar al autor que «sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico» (pág. 143), al ser el único sistema que posibilita la comunicación real entre la base social —donde aparecen las necesidades a cubrir por la protección penal— y las instancias políticas de decisión —aptas en los sistemas democráticos para institucionalizar esas necesidades convirtiéndolas en bienes jurídicos—.

Para poder describir en toda su materialidad esas necesidades ha de poder caracterizarse realmente el sistema social en que nacen, y el análisis que realiza el autor delinea unas relaciones estructurales basadas en los escritos de Gramsci, por lo que para determinar cuáles sean los objetos a proteger ha de tenerse en cuenta «la naturaleza de su propia estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática» (pág. 153). Así, lo protegido serán las relaciones interpersonales mientras que no estén en contradicción con la subsistencia y fundamenteo del sistema de mercado, aunque siempre deban tenerse en cuenta la libertad y la dignidad de las personas que integran dicha relación social.

No puede dejarse de destacar las virtudes de las teorías sociológicas al caracterizarse por la búsqueda de un referente trascendente al sistema jurídico en su globalidad que posibilite su crítica y evolución, pero tampoco puede dejar de señalarse su vertiente menos afortunada, que radica sobre todo en el ya mencionado carácter difuso de sus formulaciones, lo que hace que, como señala Hassemer, haya una tendencia a convertirse en un concepto vago y espiritualizado que hace difícil su misión crítica (11). La concreción e individualización de la misma sólo podría lograrse a partir de

(9) Vid. sobre el concepto de necesidad TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». En *Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.M.* núm. 63. Ed. F.D.U.C.M. Madrid, 1981. Páginas 123 y ss. y especialmente 129 a 141.

(10) Señalan estos problemas de selección ALVÁREZ GARCÍA, «Bien jurídico...», página 13 y GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Sobre la teoría del bien jurídico». (Aproximación al ilícito penal). En *Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.M.* núm. 69. Ed. F.D.U.C.M. Madrid, 1983, pág. 83.

(11) HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...* pág. 106. Sin embargo, no hace inviable la finalidad legitimadora desde el punto de vista de la superestructura ideológica o de la intelectualidad orgánica de la que hablaba Gramsci (HORMAZÁBAL, pág. 146).

un referente constitucional al constituir los fundamentos de una estructura social en un momento determinado (12). Pero, sobre todo, también ha de señalarse que los criterios para su selección serían igualmente difusos, con lo que convertirían el proceso selectivo de necesidades en una estéril discusión sobre «los mayores sentires sociales» y «porcentajes demoscópicos» —claro ejemplo lo tenemos en los casos de aborto, escándalo público o tráfico de estupefacientes— y que en muchas ocasiones tales necesidades no serían presupuestos de un objeto a proteger por la norma penal, sino el criterio de justificación a posteriori creada para servir de fundamento a una necesidad no preexistente (13). Peligro máximo si además los «creadores», «intérpretes» y «seleccionadores» de necesidades y los que los convierten en bienes jurídicos son los mismos. Esto es, los agentes de los centros de decisión política, que aún presumiendo su legitimidad democrática, en muchas ocasiones aparecen viciados por la propia dinámica de las relaciones sociales que constantemente han de ser corregidos y superados por la democracia (14).

Por ello, parecería más viable la posición constitucionalista que, en formulación de Rudolphi, nos va a permitir producir una síntesis entre un concepto de bien jurídico material, que le dote de contenidos, y formal, que le dote de un carácter obligatorio, que tan sólo podría obtenerse de prescripciones jurídicas positivas que sean previas al legislador penal, pero vinculantes para éste, y eso sólo puede ser la Constitución (15). Ello nos aporta un primer límite negativo que todavía ha de conjugarse con la presencia de otros principios necesarios para hacer de una conducta una acción incriminada, principalmente el de la necesidad preventivo-general de pena (16).

Aparece así, como excesivamente pretencioso el construir la legitimidad de un sistema y el contenido material de una conducta incriminada en el único dato de la

(12) En ese sentido, GONZÁLEZ RUS, «Bien jurídico...», pág. 9. Si bien se critica que someter su contenido a la Constitución sería dejar cercenada la posibilidad del desarrollo y evolución del concepto BUSTOS RAMÍREZ, J. «Los bienes jurídicos colectivos». (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el C.P. de 1932). En *Control Social...*, págs. 192-193, lo cual parece negar las posibilidades progresivas de la interpretación constitucional conforme al sistema social que la entiende como vigente y válida.

(13) Así, HASSERMER señala que la «teoría del bien jurídico parece quedar atrás en el desarrollo del derecho penal», en «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico» en *Doctrina Penal*, año 12, núms. 46/47. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 280 y TERRADILLOS BASOCO para quien ha de producirse una búsqueda estricta y material del bien jurídico que le aleje de «ser, como viene siendo, un mero difusor de ideología». *Función...*, pág. 22.

(14) Sobre la profundización del carácter imperfecto de la democracia se pronuncian BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., «Pena y Estado», en *Papers*, núm. 13, 1981, afirmando que «la Historia del Derecho penal es la Historia del Estado, un largo camino de democratización, que sólo está iniciado y que por ello requiere una constante revisión crítica y, al mismo tiempo, implica renovar permanentemente mitos, ficciones y alienaciones que impiden esta revisión», pág. 88.

(15) RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos...*, págs. 337-338.

(16) En ese sentido GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la teoría...», pág. 110. Para HASSERMER se exige la necesaria puesta en relación con otros principios penales, pues la selección de bienes jurídicos «es necesaria, pero no suficiente». *Lineamientos...*, pág. 278.

exclusiva protección de bienes jurídicos. Por muy importante que éste nos pueda parecer es insuficiente para concluir una incriminación y también para construir toda una teoría del delito en su función, lo cual no resta mérito alguno a la labor del autor en la búsqueda de una guía político-criminal de determinación del contenido material del bien jurídico.

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

LARRAURI, Elena: «La herencia de la criminología crítica». Ed. Siglo XXI de España editores, S.A. Colección Criminología y Derecho. Madrid, octubre 1991. 266 págs.

Con este nuevo volumen de la Colección Criminología y Derecho, la editorial siglo XXI vuelve a acercar a sus lectores a esa sugerente y sugestiva corriente que es la Criminología Crítica. En esta misma editorial aparecieron títulos como «Criminología Crítica» de Taylor, Walton y Young (1) o «Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal» de Baratta (2), ambas representan verdaderos hitos para la comprensión de una visión radical o marxista de las teorías de la desviación.

«La herencia de la Criminología Crítica» viene a suponer un repaso por los presupuestos, desarrollo y logros de esta corriente doctrinal dentro de la Criminología.

Cierto es que en un país como el nuestro, donde los campos de investigación aparecen la mayoría de las veces condicionados por los planes de estudios, el interés por la Criminología aparece recluso en los más voluntariosos que efectivos Institutos Universitarios de Criminología, lo que no impide que en ciertas ocasiones algunos dogmáticos del Derecho penal se sientan atraídos por los estudios criminológicos. Uno de los mejores ejemplos lo representa la autora de este libro, la Profa. Larrauri (3), cuya producción como investigadora se ha dedicado a temas no precisa-

(1) TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *Criminología Crítica*. (Trad. de N. Grab). Ed. Siglo XXI. México. La primera edición en castellano es de 1977 y la segunda de 1981.

(2) BARATTA, A., «Criminología Crítica y crítica del Derecho penal». *Introducción a la sociología jurídico-penal*. (Trad. A. Bunster). Ed. Siglo XXI, México. La primera edición en castellano es de 1986, la segunda de 1989.

(3) Esta autora pertenece a la escuela del Prof. BUSTOS, quien ya en su momento puso uno de los pilares del desarrollo de la criminología en nuestro país con la publicación de los dos volúmenes del libro *El pensamiento criminológico* I (Un análisis crítico) y II (Estado y Control), dirigido por BERGALLI y BUSTOS. Ed. Península. Barcelona 1983. Goza también de estas características un investigador de la indudable calidad del Prof. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, quien ha publicado el que podemos considerar sin duda mejor y más completo estudio sobre la ciencia criminológica en lengua castellana: *Manual de Criminología*. Introducción y teorías de la criminalidad. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1988.

mente técnico-jurídicos (4). Pero mayor mérito, si cabe, tiene el que su dedicación a la Criminología no sea de mera fascinación de espectadora, sino de real creación en este campo.

Por tanto, no es del todo exacto que, como afirma la autora en la «Introducción», ni aporte nada nuevo, ni tome posición sobre determinados temas (págs. XVIII-XIX); aporta, nada menos, que una relectura, un acercamiento en profundidad, una revisión de la globalidad de los postulados y propuestas que significó este movimiento, enmarcándolo en el contexto histórico general, y de la ciencia criminológica en particular, a lo largo del cual ha ido desarrollándose y entrando, tal vez, en crisis.

La evolución y comprensión de los postulados de una criminología de planteamiento marxista ortodoxo no puede entenderse sin la ubicación del mismo en toda una corriente criminológica que mantenía una postura común: la búsqueda de una nueva perspectiva del estudio del comportamiento desviado, lo que se dio en denominar el «cambio de paradigma» y, por lo tanto, una superación de las corrientes positivistas para quienes el centro de su investigación radicaba en el paradigma etiológico —la búsqueda de las causas del comportamiento patológico y diverso que era el delito—. A partir de mediados de siglo el paradigma se traslada al análisis de los controles sociales.

Aparecía, así, claro el enemigo común de la «nueva criminología», la criminología positivista tradicional (pág. 13). Sin embargo, el plurifactorialismo como nueva forma de acercamiento a esta realidad, y sobre todo el enfoque interaccionista del *labelling approach*, no supuso una corriente monolítica, aunque sí raíz común de todo este movimiento conflictual. Quizá por ello todo el primer capítulo: «La bienvenida a las teorías norteamericanas», se dedique al estudio del *labelling approach*, así como de otros grandes movimientos, que aunque no específicamente criminológicos, son fundamentales, por su influencia, para la comprensión de la evolución posterior de esta Ciencia: la etnometodología de Garfinkel, la antipsiquiatría de Goffman y, sobre todo, por lo que a la criminología Crítica interesa, el marxismo, que ya aparece apuntado, aunque no completamente (pág. 54), en *La nueva criminología* de Taylor, Walton y Young (5).

Todo el desarrollo de la determinante influencia de la corriente marxista en la nueva criminología es expuesto por la autora en el capítulo III de su libro, aplicación

(4) Así, algunos de sus más recientes artículos son: «Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos». *A.D.P.C.P.*, 1987; «Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista». *Poder y Control*. núm. 3, 1987; «Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada». *Estudios Penales y Criminológicos*, 1990 o «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español». *A.D.P.C.P.*, 1991.

(5) TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología*. Contribución a una teoría de la conducta desviada. (Trad. A. Crosa). Ed. Amorrortu. Buenos Aires. Primera edición en castellano de 1977, reimpresión en 1990. Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la 1.ª ed. castellana de esta obra coincide con la ya citada de estos autores *Criminología Crítica* (vid. nota 1). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que *La nueva criminología* fue editada por primera vez en la versión inglesa en 1973 y *Criminología Crítica*, en 1975; mientras que en la primera de ellas estos autores realizan una revisión crítica de las escuelas tradicionales-positivistas, en ésta, ya con la contribución de otros criminólogos críticos marxistas —PLATT, H. y J. SCHNENDINGER, PEARSON, CHAMBLISS, QUINNEY y HIRST— se intenta desarrollar el proyecto de esta corriente.

de las teorías materialistas que supuso, entonces, una ruptura con el tronco común del *labelling approach*, que comienza con Gouldner, argumentando la insuficiencia del etiquetamiento para explicar ciertos comportamientos conscientemente desviados, como es la delincuencia política, que no serían fruto del control social (pág. 102), y que sigue con Liazos y la crítica a la inaptitud para explicar la delincuencia de cuello blanco. Al igual que sucede con los postulados de la fenomenología (pág. 110), y que son el embrión, en suma, de la Criminología Crítica.

Un aglutinante de estas corrientes lo representa la NDC (National Deviance Conference), donde se agrupa durante los años sesenta la denominada *new left*. A partir de ese momento puede decirse que la historia de la NDC va unida a la historia de la criminología radical.

De fundamental interés es el decálogo de «cuestionamientos» que analiza la autora, como un recorrido crítico sobre los planteamientos de la criminología positivista, y que se resumen en la revisión de los siguientes axiomas: el del consenso social, la naturaleza patológica de la acción desviada, del estatus del acto desviado, de la naturaleza absoluta de la reacción, del carácter objetivo de las estadísticas, del delito común, del carácter determinado del delincuente, del carácter del desviado, del fin correccionalista de la política-criminal y del propio papel del criminólogo (páginas 78 a 98).

Mientras el momento de formulación y esplendor de estas teorías se produce en los años sesenta y primer lustro de los setenta, las mismas no soportaron, sin embargo, el embate de la nueva situación política que se vislumbra en la segunda parte de los setenta y durante los ochenta. A esta crisis de la realidad a analizar se une también una crisis interna en la NDC, donde las diversas corrientes que lucharon contra la criminología tradicional agudizan sus diferencias en función de la ideología social subyacente, desde los liberales de Downes y Rock, seguidores del interaccionismo, a Cohen, Pearson o Bailey, con su anarquista «enforque escéptico» y los marxistas Young, Taylor, Walton, McIntosh o Pearce, quedando como corriente predominante esta última. A ellos ha de unirse el auge de otras corrientes como «la nueva criminología escandinava» —Christiansen o Mathiesen— y la irrupción de autores italianos afines al PCI —Pavarini, Melosi o Baratta—.

Con todo ello se va a iniciar todo un replanteamiento de las anteriores posturas, maximalistas en exceso, respecto a los postulados de la criminología tradicional. Así, la Prfa. Larrauri, va a resumir esta nueva perspectiva en que: el consenso es «realidad e ilusión», hay «diferentes actos desviados», el acto desviado «exacerba» los valores del sistema, la reacción «no constituye» la desviación, el carácter «no disyuntivo» de la estadística, el delito común «aumenta y es grave», el delincuente «es libre y determinado», el delincuente no es «Robin Hood», la tendencia a una política criminal «intervencionista», así como la concepción instrumental del Derecho (páginas 158 a 183).

La confusión, división y desánimo precipita la crisis, tanto por el carácter altamente especulativo de sus consideraciones como por la falta de unos resultados plausibles, en paralelo a que se desarrolla todavía una criminología oficialista y legitimadora del sistema de justicia penal. Ello provoca que la Criminología se incline hacia otras tendencias más socializadoras, menos ambiciosas en lo teórico, pero también más progresivas en lo práctico, en tanto que, al menos, se ven resultados prácticos de avance. Ejemplos paradigmáticos aparecen en la lucha por las alternativas a la cárcel,

las situaciones penitenciarias, las nuevas consideraciones victimológicas y la toma de consideración del sujeto pasivo y una defensa de la dogmática como contribución a las garantías frente a los controles sociales.

La perspectiva histórica no permite hacer una lectura de las nuevas vías que está abriendo esta corriente. Sin embargo, queda claro a lo largo de la lectura del libro cuáles han sido las aportaciones de la misma y cuál es la situación crítica actual que vive fruto, en ocasiones, de errores propios de planteamiento, de superación de las realidades a analizar y de la impaciencia de sus autores para una situación que, efectivamente, no admite demora.

A partir de aquí, resta por conocer si el abolicionismo que propugnaba la Criminología Crítica (6) ha sido perdido como horizonte de una lectura materialista de la criminalidad, o bien, fruto de análisis de la situación de fin de siglo, sólo se están planteando unas estrategias a corto, medio y largo plazo que, sin perder ese horizonte, han de ir jalonando paulatinamente otros logros que la posibiliten. Como es la efectiva descarceración, en favor de alternativas a la prisión que no tengan como base la propia existencia de las instituciones cerradas —lo que sólo relegitimaría y potenciaría contraproducentemente el sistema carcelario—, el garantismo, como beneficiosa «exacerbación» de lo formalizado en el control social, al unísono de la oportunidad como flexibilización de los mismos, o la opción por un «Derecho penal mínimo» que reduzca lo penal, en favor de otros medios menos costosos en cuanto a las consecuencias para el sistema de libertades en general.

Sin embargo, esta acción, en lo atinente a una reforma interna del propio subsistema de lo penal, no puede aparecer aislada como un camino hacia la abolición, sino secundada con una seria y comprometida política de asistencia social y de reforma global del sistema social que permita atacar las prácticas criminógenas de ciertas relaciones económicas que se desarrollan en las sociedades capitalistas post-industriales.

Para finalizar, no me resisto a reproducir las palabras de Melossi, que pueden resumir perfectamente la situación estratégica actual del abolicionismo: «El problema, a mi entender, estriba en una imaginación social capaz de pensar en formas de control social democrático —es decir, que protejan y garanticen a los débiles— no basadas en el uso del instrumento penal, lo cual significa trabajar para conseguir la abolición tendencial de este instrumento del teatro del control social, sustituyéndolo por formas simbólicas e instrumentales de otra naturaleza. Tales formas se deberían basar en la construcción, en el sentido literal de la palabra, de condiciones de vida que se opongan al surgimiento de comportamientos indeseados a la vez que a la puesta en marcha de un control social no reactivo sino activo» (7).

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

(6) TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva...*, pág. 297.

(7) MELOSSI, D., «Ideología y Derecho penal: ¿El garantismo jurídico y la Criminología Crítica como nuevas ideologías subalternas?» en *Pena y Estado*. núm. 1. (Función simbólica de la pena). Ed. P.P.U., 1991, pág. 63.

SCHÜNEMANN, Bernd (compilador): «El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales». Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez. Ed. Tecnos. Madrid, 1991. 198 páginas. Título original: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, herausgegeben von Bernd Schünemann. Mit Beiträgen von Hans Achenbach, Knut Amelung, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi, Bernd Schünemann, Jürgen Wolter.

A pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, por versar los trabajos reunidos en este libro sobre muy diversos temas, no nos encontramos ante una compilación deslabazada y carente de cualquier elemento aglutinante. En primer lugar, con ella los discípulos más representativos de Claus Roxin quisieron rendir homenaje al maestro en su quincuagésimo aniversario. Sin embargo, tampoco se trata de un típico libro-homenaje. Más allá de la razón coyuntural de su recopilación, todos los artículos poseen una característica común: el ser reflejo y exponente de la actual corriente de la ciencia jurídico-penal alemana que se ha dado en llamar funcionalismo o pensamiento teleológico.

Metodológicamente, la corriente funcionalista se caracteriza por rechazar la forma de proceder axiomático-deductiva, basada en verdades ontológicas, propia del finalismo, propugnando la renormativización de la teoría jurídica del delito, tomando para ello como punto de referencia los fines del Derecho penal. Esta tendencia puede explicarse, además, como producto del cansancio generado por los años de virulenta y estéril discusión entre causalistas y finalistas sobre cuestiones cuya trascendencia práctica era, en la mayoría de las ocasiones, bastante escasa. Para poner fin a esta situación se demanda un acercamiento del Derecho penal a la realidad sin renunciar por ello a la elaboración dogmática que garantice una jurisprudencia imparcial. Ambos fines podrán conseguirse si se tienen en cuenta consideraciones político-criminales en la elaboración del sistema y de los conceptos con los que trabaja. Observé la antítesis existente entre estas ideas y la famosa frase de von Liszt, pronunciada hace casi cien años: «El Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la Política criminal». El pensamiento sistemático —se afirma ahora— ha de estar orientado a la Política criminal si se quiere encontrar la solución justa al caso concreto sin renunciar a la seguridad que proporciona una dogmática jurídico-penal elaborada. Como es sabido, el estudio programático de Roxin: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* representa el paradigma de estas ideas a la vez que su impulso decisivo.

Pues bien, las aportaciones reunidas en esta compilación no son más que un intento de consolidación de las coordenadas descritas mediante su desenvolvimiento y aplicación a las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito. Demos brevemente noticia de su contenido.

La pretendida reconciliación entre Política criminal y sistema de Derecho penal, difícilmente podría realizarse sin previamente decidir cuáles han de ser el valor, funciones y justificación de la construcción sistemática. Precisamente a ello dedica Bernd Schünemann el artículo que encabeza la compilación, titulado *Introducción al razonamiento sistemático en el Derecho penal*. En él nos ofrece además un breve e instructivo recorrido a lo largo de las fases de elaboración del sistema de Derecho penal.

Rudolphi, por su parte, más que aportaciones originales, bajo el título *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, describe cómo desde la óptica de los fines del Derecho penal vienen siendo definidas las diferentes categorías integrantes del sistema. No ocurre lo mismo con Amelung, que nos ofrece una *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, dando precisamente esta finalidad título a su artículo. Así, mientras que Roxin vislumbró en el *nulla poena sine lege* el principio rector en el ámbito de la tipicidad, Amelung concede a esta categoría la función de expresar el injusto agravado. También discrepa del maestro en que la función de las causas de justificación consista en la «solución social de conflictos». Esta solución de conflictos también tendría lugar en la tipicidad, lo que hace necesaria la búsqueda de otra característica que exprese la peculiaridad de las causas de justificación, reconociendo la clave para esta caracterización en el hecho de que las auténticas causas de justificación no resolverían conflictos de naturaleza político-criminal. Por lo que se refiere al tercer nivel de la teoría del delito, Amelung se adhiere a la tesis diseñada por el maestro, que denomina «responsabilidad» a esta tercera categoría. Esta sólo podría afirmarse cuando además de la culpabilidad en sentido tradicional, es decir, entendida como capacidad de determinarse de acuerdo a las normas, concurra también la necesidad de pena, necesidad a enjuiciar desde un punto de vista preventivo-general y preventivo-especial. Aceptada esta idea, los esfuerzos de Amelung se dirigen en este tercer nivel a perfilar político-criminalmente su finalidad, de tal manera que pueda explicar no sólo las penas sino también las medidas de seguridad.

Wolter con su aportación titulada *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez una contribución al estudio de la "aberratio ictus"*, trasciende el plano de las formulaciones genéricas para aplicar el razonamiento teleológico al problema de la imputación objetiva, extrayendo propuestas concretas para las causas de justificación, desviaciones del curso causal, condiciones objetivas de punibilidad, *aberratio ictus*, etc. Si bien lo denso de este artículo impide resumir las diferentes tesis mantenidas, sí que conviene subrayar dos de ellas por su interés para el tema de la imputación objetiva y del injusto en general: La primera: de la concepción de las normas penales como normas que prohíben conductas objetivamente peligrosas se extrae que el comportamiento peligroso constituye la esencia del injusto penal. La segunda: la imputación de un resultado ha de basarse en la previa imputación personal del riesgo.

La colaboración de Achenbach (*Imputación individual, responsabilidad y culpabilidad*) y la segunda de Schünemann (*La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*) se circunscriben, como sus títulos indican, al ámbito de la culpabilidad. Ambos condiscípulos ofrecen respuestas contrarias a la cuestión de si el tercer nivel de la estructura del delito puede ser totalmente reconducido a la idea de prevención general. Mientras que Schünemann se alinea con Roxin, Achenbach, más heterodoxo, propugna el prescindir definitivamente de la idea de culpabilidad como posibilidad de motivarse por la norma y reconducir íntegramente esta tercera categoría, rebautizada por Roxin con el nombre de «responsabilidad», a la necesidad de pena entendida desde la perspectiva de la prevención general de integración.

Y cerrando esta compilación, el artículo de Haffke *Reincidencia y medición de la pena*. El problema de la armonización de la agravación de la pena por reincidencia con el principio de culpabilidad por el hecho le sirve a este autor para llevar a cabo una serie de consideraciones metodológicas, que logran que este trabajo conserve su interés científico a pesar de la derogación en 1986 del § 48 del Código Penal alemán, regulador de la reincidencia.

Hasta aquí la escueta descripción del contenido de los trabajos recopilados. Esta recensión quedaría, sin embargo, incompleta si no se subrayara el impecable trabajo de traducción realizado por el profesor Silva Sánchez, actualmente catedrático de la Universidad Pompeu Fabra. Además de con la ingrata labor traductora, Silva Sánchez nos obsequia con una instructiva introducción en la que retrata el estado actual de la dogmática alemana, en el que hay que situar la tendencia funcional de la cual son exponente los trabajos recopilados. La lectura de estos resulta indispensable para conocer y valorar las inquietudes y forma de hacer del —en palabras del traductor— «sector probablemente más dinámico de la doctrina penal de lengua alemana».

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

Revista de revistas

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

Revista semanal. Año 40, segundo tomo (fascículos 27 a 51, páginas 1577 a 3280). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munich-Franfurt, 1987.

La última recensión de la revista alemana *Neue Juristische Wochenschrift* aparecida en este *Anuario* fue publicada en el tomo XL, correspondiente al año 1987, págs. 991 ss., por el Prof. Díaz y García Conlledo. Habiendo asumido yo este año la tarea de continuar con dichas recensiones, publico ahora la correspondiente al segundo tomo del año 1987, con la intención de completar en sucesivos fascículos del *Anuario* rápidamente las recensiones pendientes y lograr que la información sobre dicha revista alemana llegue al lector español con la mayor celeridad y actualidad posible en lo sucesivo.

DOCTRINA

BENDER, Reinhard: Rechtsfragen im Zusammenhang mit Aids und Schule. (Cuestiones jurídicas en relación con el S.I.D.A. y la escuela.). Páginas 2903-2911

El autor afirma que la existencia de la infección y el peligro que ello puede suponer para quienes rodean al alumno infectado no justifica suficientemente la directa exclusión del mismo de la escuela, dado que generalmente dichos peligros cobran efecto fuera de la misma, no en ella. Sí justifica, sin embargo, la adopción en la escuela de aquellas medidas higiénicas que sean consideradas oportunas, que consistirán en reglas de conducta tanto para el alumno infectado como para quienes le rodean. La exclusión sólo puede emplearse en último extremo, cuando los demás medios sean inútiles para evitar el peligro. Igualmente, con el fin de facilitar la evitación del peligro, puede estar justificado informar a quienes rodean al alumno infectado, así como a los padres de los restantes alumnos, acerca de la situación.

BRUNS, Manfred: Nochmals: Aids und Strafrecht. (De nuevo: S.I.D.A. y Derecho Penal.) Págs. 2281-2282.

El autor critica las tesis mantenidas por Rolf D. Herzberg en un artículo publicado en las páginas 1461 y siguientes del tomo primero correspondiente al mismo año 1987 de esta revista (reseñado por Díaz y García Conlledo, ADPCP 1987, pp. 999-1000).

En primer lugar, niega la posibilidad de castigar a quien transmite la infección dolosa o imprudentemente a un tercero sin el consentimiento de éste por homicidio consumado, en virtud de los problemas de prueba (largo tiempo de incubación de la enfermedad). Por lo que se refiere a la punición por tentativa, ello exigiría la presencia al menos de dolo eventual, lo que en estos supuestos es muy problemático, debido a que en el caso del SIDA no existe seguridad alguna de contagio; e incluso, tampoco la hay de que el infectado vaya a morir.

Por otra parte, cuando la víctima acepte la realización de actividades peligrosas sin protección (relaciones sexuales, utilización de jeringuillas), dicha conducta suya excluirá la punición del autor de la acción de contagio, ya que existe una autopuesta en peligro por su parte, que convierte en atípica la conducta del otro participante. Y ello, con independencia de lo que puedan decir los tests realizados, o de las declaraciones del sujeto infectado; el error causado en la víctima por alguno de estos factores no es relevante. La situación, sin embargo, cambia en el caso de relaciones estables, en las que existen motivos para la mutua confianza: en tal caso, la falta de información por parte de sujeto infectado puede ser relevante para considerar típica su conducta, a pesar del consentimiento de la víctima.

HERZBERG, Rolf.: Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmten Geschlechtsverkehr (Sobre la punibilidad de los sujetos infectados por el SIDA que participan en relaciones sexuales sin medidas de protección) Págs. 2283-2284.

El autor replica aquí a las críticas de Manfred Bruns en su nota arriba reseñada. En primer lugar, rechaza el reproche de que esté proponiendo la aplicación del §226 StGB (lesiones con resultado de muerte) sin la necesidad de probar la relación de causalidad. Por el contrario, lo que Herzberg afirma es que sólo es innecesaria la pregunta acerca de la responsabilidad penal por la muerte en aquellos casos en los que el sujeto no ha aprobado la muerte de su pareja: en estos casos, tan sólo podrá haber responsabilidad penal en virtud del §223a StGB (lesiones peligrosas). Por el contrario, si se exige una prueba completa de dicha falta de aprobación (relación monógama y diagnóstico positivo como portador del síndrome en la pareja), surge de nuevo la cuestión de si el sujeto no debe responder más bien por el resultado de muerte.

Herzberg reprocha también a Bruns el que trate de evitar la cuestión de si no debe limitarse ya la imputación objetiva al contagio; pues, al contrario de lo que sostienen muchos defensores de la teoría volitiva del dolo, este momento voluntativo no evita por sí mismo siempre la responsabilidad por el resultado de muerte. Sin

embargo, el mayor reproche que dirige a Bruns en este sentido es que olvide que no de todo reo puede afirmarse que tenga los mejores deseos respecto de su pareja. El error está, pues, en intentar delimitar el dolo en sí mismo, en vez de hacerlo en su objeto.

Bruns niega incluso la existencia de dolo de lesiones, y con ello la punibilidad de estas conductas de acuerdo con el §223a StGB, debido a la falta de aceptación por parte del autor de la posibilidad de contagiar a su pareja. Ante esto, Herzberg replica que evidentemente, desde una teoría del dolo como consentimiento, aceptación o «tomarse en serio» el riesgo, ello es así. Ahora bien —dice Herzberg—, precisamente lo criticable es el punto de partida: el mantenimiento de una teoría sobre el dolo de esta índole, en vez de una teoría que permita sancionar como dolosas aquellas conductas en las que el autor conoce el riesgo y le resulta indiferente la realización del mismo.

Critica también Herzberg el hecho de que Bruns en la mayoría de los casos niegue la posibilidad de castigar por tentativa de lesión en virtud de la idea de que la víctima realiza una autopuesta en peligro bajo su propia responsabilidad, por lo que el autor resultaría ser tan sólo un partícipe en la misma, impune. En lo que respecta a los efectos político-criminales de esta construcción, Herzberg señala que probablemente resulta más negativo el efecto de la renuncia a la punición que aquél que pueda derivarse de la punición misma; por otra parte, califica este tipo de consideraciones utilitarias de «altamente especulativas y no verificables». Además, las construcciones dogmáticas no pueden hacerse depender de consideraciones políticas concretas del momento. En este respecto, se viene aceptando que no puede alegarse la responsabilidad del sujeto puesto en peligro cuando el autor de dicha puesta en peligro aparenta que no existe peligro o engaña sobre la magnitud del riesgo.

JANKER, Helmut: Heimliche HIV-Antikörpertests-straftbare Körperverletzung?. (Pruebas secretas sobre la presencia de anticuerpos del virus de inmunodeficiencia humana (HIV): ¿lesiones punibles?) Págs. 2897-2903.

Las pruebas realizadas en secreto sobre la presencia de anticuerpos del HIV solamente constituyen lesiones punibles (por la extracción de sangre que implican) en aquellos casos en los que el único fin de dicha extracción sea la de una investigación serológica; no así en los casos en los que al mismo tiempo se persiga una finalidad terapéutica o procesal.

En el caso de que se utilice para realizar dichas pruebas una muestra de sangre ya existente, no existe tal delito, debido a que habitualmente la acción de extraer la sangre está justificada por otros motivos (tratamiento médico, orden judicial); en cualquier caso, resultaría también problemático admitir la existencia de dolo de lesionar en tales casos.

No existe un deber de información al sujeto sobre los métodos de análisis utilizados (que le permitan conocer que pueden realizarse pruebas sobre la presencia de los anticuerpos del HIV), pues no son las medidas ulteriores de diagnóstico las que atentan al derecho de libre autodeterminación del sujeto.

En los casos en los que la extracción de sangre se realice únicamente con el fin de realizar estas pruebas en secreto, sí que podrá haber responsabilidad penal, aunque en muchos supuestos existirá un estado de necesidad.

De cualquier forma, aunque solamente en supuestos excepcionales pueda existir una responsabilidad penal por lesiones en estos casos, dado que la realización en secreto de estas pruebas puede afectar de un modo muy grave a la vida del sujeto pasivo, posiblemente debería concederse a éste una pretensión de indemnización frente al sujeto activo. Esta vía puede proporcionar una mejor protección en estos casos que la vía penal.

**LAUFS, Rainer/LAUF, Adolf: Aids und Arztrecht. (SIDA y Derecho médico)
Págs. 2257-2265.**

Este artículo sintetiza en su primera parte el estado de las investigaciones médicas y epidemiológicas sobre el SIDA. En su segunda parte, se examinan algunos problemas jurídicos que puede plantear el tratamiento de esta enfermedad.

Por lo que respecta al deber de dar tratamiento médico a los enfermos, se afirma que rige en principio la autonomía de la voluntad de las partes: a la libertad de elección de médico por parte del paciente le corresponde la libertad del médico para aceptar o no pacientes, siempre, claro está, de acuerdo con las reglas profesionales. Cuestión distinta es la de los médicos de las entidades aseguradoras médicas: en este caso, la legislación les obliga a aceptar a todos los pacientes beneficiarios de este régimen de asistencia sanitaria. No pueden valer aquí como excusas el peligro de infección (que no es tan grande que haga inexigible la actuación médica), o la existencia de otros pacientes, o el riesgo para sus familiares.

En lo que se refiere a las pruebas sobre la presencia de anticuerpos del HIV, éstas requieren siempre de la existencia de consentimiento del paciente, salvo supuestos de necesidad.

El médico, una vez diagnosticada la presencia de la enfermedad, está obligado a comunicar dicho diagnóstico al paciente.

En el caso del SIDA es especialmente importante el deber de información, dadas las implicaciones para la duración y para las condiciones de la vida del afectado. Por ello es preciso que el médico dé una información exacta acerca del alcance de su diagnóstico: gravedad real de la enfermedad, consecuencias previsibles a corto, medio y largo plazo. Por otra parte, es necesario que el médico haga la comunicación, sin ocultar la verdad, de forma adecuada, para evitar o reducir en lo posible el *shock* del paciente. Igualmente el médico tiene el deber de advertir al paciente de los riesgos de contagio para terceros, recomendándole las necesarias medidas profilácticas; ello es especialmente importante en el caso de ginecólogos, en relación con el contagio al feto.

Finalmente, el médico tiene el deber de mantener en secreto todo lo concerniente a la situación de su paciente. Únicamente en supuestos de estado de necesidad (por ejemplo, cuando el paciente no tome las medidas profilácticas oportunas para evitar el contagio de terceros) el médico podrá infringir este deber.

MEIER, Bernd-Dieter: Strafbarkeit des Anbietens pornographischer Schriften. (Punibilidad del ofrecimiento de publicaciones pornográficas) Págs. 1610-1611.

Comentando la Sentencia del 1º Senado Penal del Tribunal Supremo Federal de 10-6-1986, el autor señala en primer lugar la importancia de que exista una línea clara en la jurisprudencia sobre este tema, lo que parece lograr esta decisión. La decisión judicial declaró impune la propaganda de publicaciones pornográficas en este caso. El autor se plantea dónde ha de establecerse la línea divisoria entre la publicidad punible y la lícita. Para ello, el Tribunal se remite al criterio de lo que entendería un observador medio de dicha publicidad (es decir, si entendería inequívocamente que se trata de material pornográfico). En principio, éste no es un mal criterio. Sin embargo, lo que no se decide es el grado de certeza que el observador ha de tener sobre la naturaleza de la publicación. Parece que ha de exigirse que el sujeto sepa, y no únicamente que se figure, que el material es pornográfico, pues en tal caso se dejaría la cuestión a la imaginación de los sujetos; no debe caber, pues, ninguna duda en el observador.

Otro problema que se ha planteado es el de que, habitualmente, en el caso de que la expedición del material pornográfico se haga mediante aparatos mecánicos, dicho material suele estar cubierto al menos parcialmente. La cuestión que se plantea es si este comportamiento es subsumible en el tipo del §184 I, núm. 5 StGB o en el §21 I, núm. 6 de la Ley sobre la Propagación de Publicaciones Peligrosas para la Juventud. El Tribunal concluye a partir del envoltorio de la publicación la cognoscibilidad del carácter pornográfico de la misma. Sin embargo, es dudoso si basta con esto, o con la aparición de la advertencia «sólo para adultos», para que se pueda afirmar dicha cognoscibilidad. Sería preciso, pues, que se estableciese una línea jurisprudencial clara para los casos en los que los títulos y la apariencia externa de las publicaciones resulte ser neutra o equívoca.

PHILLIP, Wolfgang: Dürfen Krankenkassen die Rechtmässigkeit des Schwangerschaftsabbruches durch einen Arzt unterstellen? (¿Pueden las entidades aseguradoras médicas dar por supuesta la licitud del aborto practicado por un médico?) Págs. 2275-2278.

Sostiene el autor que las entidades aseguradoras médicas y las corporaciones de médicos de las mismas tienen la posibilidad, y también el deber, de comprobar la licitud de los abortos que practican sus médicos. Pues no todos los abortos practicados regularmente por médicos han de reunir automáticamente los requisitos establecidos por las indicaciones del §218a StGB.

Por otra parte, el autor propone que se amplíe en dos sentidos la punición en los casos de aborto: mediante la subsunción en el tipo de aborto de los casos de embriones aún no anidados; y mediante la punición de la comisión imprudente del delito de aborto, al igual que el proyecto de Ley de Protección de Embriones prevé la punición de las conductas gravemente imprudentes contra éstos.

SEIER, Jürgen: Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht. (Alcance y límites de la defensa de terceros en Derecho Penal) Págs. 2476-2483.

En primer lugar, el autor se plantea el problema de si para el tercero defensor rige también únicamente el límite de la necesidad de su actuación defensiva, o si, por el contrario, él, al contrario que quien se defiende a sí mismo, debe observar también el límite de la proporcionalidad de su actuación. En este sentido, concluye que no debe existir ninguna diferencia entre la legítima defensa propia y la legítima defensa de terceros, pues la regulación legal no establece ninguna distinción y parece haber buenas razones para permitir con amplitud la legítima defensa de terceros.

En segundo lugar, aborda la cuestión de si la oposición del sujeto agredido hace que la acción del defensor pueda ser punible. La respuesta que propone es que la voluntad contraria del atacado no puede ser dotada de validez suficiente para fundamentar la punición del defensor, pues para que esto fuese así sería preciso que el agredido tuviera una completa información acerca de la situación real y de las intenciones de defensor y agresor, lo cual nunca sucede en la realidad. Lo único que sucederá será que la manifestación de voluntad contraria a la defensa eximirá al defensor del eventual deber de protección que pudiese tener en relación con el agredido (deberes de garante, deberes de socorro,...).

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: Strafrechtlicher Schutz der toten Leibesfrucht (§168 StGB n. F.). (Protección penal del feto muerto —§168 StGB, en su nueva redacción—) Págs. 2062-2063.

El autor reseña la modificación introducida en el §168 StGB con el fin de dotar de protección, junto con los cadáveres, también a los embriones y fetos muertos. Aun reconociendo la necesidad de tal protección, expresa, sin embargo, sus dudas acerca de algunos aspectos de la regulación. Así, con la misma, las autopsias y los trasplantes de órganos realizados sobre embriones o fetos quedan en una «zona gris». Por otra parte, no se penaliza a quienes realicen actividades de preparación de la comercialización de dichos fetos o embriones. Sin embargo, la crítica fundamental es la de que no se afronte la protección de los embriones vivos mantenidos in vitro.

TÄSCHNER, Karl-Ludwig: Zur Beurteilung der Wahrnehmungsfähigkeit und Aussagetüchtigkeit bei Drogenabhängigen. (Acerca del juicio sobre la capacidad de percepción y la capacidad para testificar de los drogodependientes.) Págs. 2911-1914.

El artículo aborda la cuestión de la validez y credibilidad que hay que otorgar a los testimonios prestados ante la Administración de Justicia por sujetos drogodependientes. La conclusión es que, en el caso de los adictos a opiáceos, por regla general disponen de una correcta capacidad de percepción y por ello son capaces también de prestar testimonio válido. Aunque, evidentemente, en los casos excepcionales en los

que los mismos se encuentren en situaciones de intoxicación extrema, dicha capacidad quedará notablemente mermada; no obstante, dicha merma será en general perceptible externamente con facilidad.

WINTERFELD, Achim v.: Entwicklungslinien des Strafrechts und des Strafprozeßrechts in den Jahren 1947 bis 1987. (Tendencias en la evolución del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal entre los años 1947 y 1987) Págs. 2631-2635.

Con motivo del cuadragésimo aniversario de la revista, el autor realiza un sintético balance de la evolución del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal durante este período de tiempo. En el campo del Derecho Penal sustantivo, destaca la profunda reforma acometida, para adaptar el Ordenamiento penal a los valores de dignidad, libertad e igualdad, establecidos por la Ley Fundamental de 1949: destacan las reformas en materia de delitos sexuales, de protección de los derechos de la personalidad y de la libertad personal; igualmente, se modificó muy profundamente el sistema de penas, unificando y acortando las penas privativas de libertad, estableciendo el sistema de días-multa. Además, se reformó con posterioridad la Parte General. Por otra parte, señala también la presencia constante del debate entre prevención general y resocialización como fines del Derecho Penal. Finalmente, señala como otra tendencia relevante de este período la dirigida a combatir nuevas figuras de criminalidad: concretamente, la criminalidad económica y contra el medio ambiente.

Por lo que se refiere al Derecho Procesal Penal, estos años contemplaron el restablecimiento de la seguridad jurídica en el proceso penal, perdida durante la época nacionalsocialista, mediante diversas medidas. Otro segundo dato importante fue la aparición de legislaciones especiales para combatir el fenómeno terrorista, legislaciones que con posterioridad han sido dulcificadas. Finalmente, en los últimos años se han producido reformas procesales destinadas a mejorar el papel de la víctima del delito en el proceso penal.

NOTICIAS

- Reseña con motivo del 80.º cumpleaños de Thomas Würtenberger (*H. Müller-Dietz*).
- Reseña con motivo del fallecimiento de Heinrich Jagusch (*Hans Faller*).
- Información sobre el XXXVI Semana Internacional de Investigación Criminológica, Tübingen, septiembre 1986 (*Werner Maschke*).
- Información sobre las XI Jornadas de Abogados Defensores Penales, Osnabrück, mayo 1987 (*Thomas Klein*).

BIBLIOGRAFIA

Reseña de los siguientes libros:

- **Brunner, Rudolf: Jugendgerichtsgesetz. Kommentar, 8. Aufl.** (Ley de Tribunales de Menores. Comentario, 8.ª ed.), 1986. (*H. Müller-Dietz*)
- **Festschrift für Theodor Kleinknecht.** (Libro homenaje a Theodor Kleinknecht), 1985. (*C. Roxin*)
- **Festschrift für Karl Lackner.** (Libro homenaje a Karl Lackner), 1987. (*Lutz Meyer-Gobner*)
- **Göppinger, Hans: Angewandte Kriminologie.** (Criminología Aplicada), 1985. (*Alexander Böhm*)
- **Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3 (Alternativ-kommentare)** (Comentario al Código Penal, Tomo III (Comentarios Alternativos)), 1986. (*Lutz Meyer-Bobner*)
- **Lüttger, Hans: Vorträge und Abhandlungen** (Conferencias y trabajos), 1986. (*Ulrich Weber*)
- **Schäfer, Gerhard: Praxis des Strafverfahrens, 4. Aufl.** (Praxis del proceso penal, 4.ª ed.), 1986. (*Rüdiger Molkelein*)
- **Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner: Jugendstrafrecht, 9. Aufl.** (Derecho Penal de Menores, 9.ª ed.), 1987. (*Karlheinz Meyer*)
- **Schumann, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen.** (Injusto penal de la acción y el principio de la propia responsabilidad de terceros), 1986. (*Dieter Meurer*)
- **Wessels, Johannes: Strafrecht-Allgemeiner Teil, 16. Aufl.** (Derecho Penal. Parte General, 16.ª ed.), 1986; **Strafrecht-Besonderer Teil 1, 10. Aufl.** (Derecho Penal. Parte Especial, I, 10.ª ed.), 1986; **Strafrecht-Besonderer Teil 2, 9. Aufl.** (Derecho Penal. Parte Especial, II, 9.ª ed.), 1986. (*Karlheinz Meyer*)
- **Worms, Alexander: Anlegerschutz durch Strafrecht** (Protección de los inversores mediante el Derecho Penal), 1987. (*Hans Achenbach*)

JURISPRUDENCIA

- A) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Tribunal Constitucional Federal):
- Verständigung über Ergebnis eines Strafverfahren. (Notificación del resultado de un proceso penal) R. 27-1-1987. Págs. 2662-2663.
 - Schadenersatz durch Strafanzeigeerstatte. (Resarcimiento de daños por parte de quien presente una denuncia penal) R. 25-2-1987. Págs. 1929-1930.
 - Einsatz eines polizeilichen Lockspitzels. (Empleo de un agente provocador policial) R. 10-3-1987. Págs. 1874-1875.
 - Unschuldsvermutung und Verfahrenseinstellung. (Presunción de inocencia y sobreseimiento del proceso) R. 26-3-1987. Págs. 2427-2429.

- Bestimmtheit von Straftabeständen. (Determinación de los tipos penales) R. 6-5-1987. Págs. 3175-3176.
- Kollision von Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht. (Colisión entre libertad de creación artística y derechos de la personalidad) R. 3-6-1987. Págs. 2662-2662.
- Kollision von Demonstrationsrecht und Persönlichkeitsrecht. (Colisión del derecho de manifestación y derechos de personalidad) R. 10-9-1987. Pág. 3245.

B) BUNDESGERICHTSHOF (Tribunal Supremo Federal):

- Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts. (Límites del derecho de negarse a testificar). R. 23-7-1986. 1955-1957.
- Vermögensverschiebung durch Geschäftsführer einer KG. (Alzamiento de bienes por parte del director de una sociedad comanditaria) R. 6-11-1986. Págs. 1710-1711.
- Nachprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Ladung. (Comprobación de la adecuación a las reglas de la citación) R. 11-11-1986. Págs. 1766-1777.
- Vorhalte aus früherer richterlicher Vernehmung des Zeugen. (Recusación como consecuencia de una toma de declaración anterior del mismo testigo por el juez). R. 26-11-1986. Págs. 1652-1654.
- Begriff der «Arbeitnehmer»-Tätigkeit. (Concepto de actividad de «trabajador») R. 15-12-1986. Págs. 2751-2752.
- Fehlender Eröffnungs und Verbindungsbeschluß. (Falta de decisión de apertura y acumulación) R. 15-12-1986. Págs. 2752-2753.
- Abgrenzung von Beweis Antrag und Beweismittelungsantrag. (Delimitación entre proposiciones de pruebas y proposición de realización de pruebas). R. 19-12-1986. Págs. 2384-2385.
- Rückführung ins Ausland. (Repatriación al extranjero) R. 19-12-1986. Pág. 3087.
- Besonders schwerer Fall bei Regelbeispiel. (Caso especialmente grave legalmente establecido) R. 13-1-1987. Págs. 2450-2451.
- Bedeutung des Tatbestandsmerkmals «vorteilhaft». (Significado del elemento típico «ventajoso») R. 20-1-1987. Págs. 2093-2094.
- Voraussetzung der Täterschaft bei Einfuhr von Betäubungsmitteln. (Requisitos de la autoría en la introducción de drogas). R. 22-1-1987. Págs. 2881-2882.
- Haltung von Legehennen in Käfigbatterien. (Mantenimiento de gallinas ponedoras en hileras de jaulas) R. 18-2-1987. Págs. 1833-1835.
- Unwirksame Honorarvereinbarung. (Convenio de honorarios ineficaz) R. 23-2-1987. Págs. 2451-2452.
- Falsches Geburtsdatum im Führerschein. (Fecha de nacimiento falsa en el permiso de conducción) R. 26-2-1987. Págs. 2243-2244.

- Begriff des strafbaren Beiseitschaffens und der Zueignung. (Concepto de la separación punible de bienes y de la apropiación) R. 17-3-1987. Págs. 2242-2243.
- Unterbringung wegen krankhaft herabgesetzter Alkoholverträglichkeit. (Internamiento debido a una enfermiza tolerancia reducida del alcohol) R. 26-3-1987. Págs. 2312-2313.
- Zu vollstreckender Strafst. (Acerca del resto de pena ejecutable) R. 31-3-1987. Pág. 1833.
- Störung des öffentlichen Friedens. (Perturbación de la paz pública) R. 2-4-1987. Pág. 1898.
- Wertung widersprüchlichen Aussageverhaltens. (Valoración de conductas de testificar contradictorias) R. 2-4-1987. Págs. 2027-2028.
- Voraussetzungen der Unterbringung. (Requisitos del internamiento) R. 2-4-1987. Pág. 2313.
- Weltrechtsprinzip bei Betäubungsmittelhandel. Unzulässige Verlesung ausländischer Zeugenprotokolle. (Principio de justicia mundial en actuaciones en relación con drogas. Lectura indebida de actas de testimonio extranjerías) R. 8-4-1987. Págs. 2168-2172.
- Begriff «strafschärfender Umstände». (Concepto «circunstancias agravantes») R. 10-4-1987. Págs. 3014-3015.
- Berücksichtigung von Umständen außerhalb des Europäischen Auslieferungsabkommens. (Investigación de circunstancias no contempladas en el Convenio Europeo de Extradición) R. 15-4-1987. Págs. 3088-3089.
- Eigenmächtiges Ausbleiben des Angeklägten. (No comparecencia arbitraria del reo) R. 21-4-1987. Págs. 2592-2593.
- Sachverständigenbestellung bei Kompetenzüberschneidungen. (Designación de peritos en las cuestiones de competencia) R. 21-4-1987. Págs. 2593-2595.
- Annahme bedingten Tötungsvorsatzes. (Afirmación de la existencia de dolo eventual de homicidio) R. 21-4-1987. Pág. 2883.
- Beweisverwertungsverbot einer V-Mann-Aussage. (Prohibición de valoración como prueba del testimonio de un agente provocador) R. 28-4-1987. Págs. 2525-2526.
- Unzulässige moralisierende Erwägungen in Urteilsgründen. (Consideraciones moralizantes indebidas en los fundamentos de una sentencia) R. 29-4-1987. Págs. 2685-2687.
- Entlastenden Angaben des Angeklagten. (Declaración exculpatória del reo) R. 29-4-1987. Págs. 2882-2883.
- Einrechnung von Freiheitsentziehung in die Vorführungsfrist. (Inclusión de la privación de libertad en el plazo de comparecencia) R. 30-4-1987. Págs. 2524-2525.
- Beendigung des Diebstahls. (Consumación del hurto) R. 5-5-1987. Págs. 2687-2688.
- Begriff der schwerer Beleidigung. (Concepto de injurias graves) R. 12-5-1987. Págs. 3143-3144.

- Beginn der Revisionsbegründungsfrist. (Comienzo del plazo de fundamentación de la revisión) R. 13-5-1987. Págs. 2824-2825.
- Wirkstoffgehalt von Cannabisharz. (Contenido estupefaciente de la resina de cannabis). R. 13-5-1987. Pág. 2881.
- Unberechtigtes Führen des roten Kfz-Kennzeichens. (Utilización ilegítima de la matrícula roja) R. 14-5-1987. Pág. 2384.
- Zweckmäßigkeit eines Vermerks in der Sitzungsniederschrift. (Adecuación de una nota en el acta de la sesión) R. 9-6-1987. Págs. 3210-3211.
- Saunaclub als bordellartiger Betrieb. (Las saunas como negocios con características de burdel) R. 30-6-1987. Págs. 3209-3210.
- Pflichtwidrige Unterlassung ärztlicher Behandlung. (Omisión contraria al deber de tratamiento médico) R. 8-7-1987. Pág. 2940.
- Erzwungene Hingabe eines Schuldscheins. (Cesión ficticia de un título de deuda) R. 9-7-1987. Págs. 3144-3145.
- Unzulässige Strafzumessungserwägungen. (Consideraciones indebidas en la determinación de la pena) R. 10-7-1987. Págs. 3015-3016.
- Eintragung im Fernsprechverzeichnis. (Inscripción en el listín telefónico) R. 20-7-1987. Págs. 3270-3271.

C) OTROS TRIBUNALES PENALES:

- Umfang des versammlungsrechtlichen Uniformverbots. (Alcance de la prohibición de utilizar uniformes en el Derecho de asociaciones). BayObLG. R. 20-1-1987. Pág. 1778.
- Betrug durch Unterlassen. (Estafa omisiva) BayObLG. R. 5-2-1987. Págs. 1654-1656.
- Dauer der Wartepflicht. (Duración del deber de espera) BayObLG. R. 6-2-1987. Pág. 1712.
- Berücksichtigung von Vermögenswerten. (Investigación del valor de la propiedad) BayObLG. R. Pág. 2029.
- Aufkleber als Druckwerk. (Las etiquetas adhesivas como impresos) BayObLG. R. 26-3-1987. Págs. 1711-1712.
- Betrug beim Pkw-Verkauf. (Estafa en la venta de un automóvil) BayObLG. R. 26-3-1987. Págs. 2452-2453.
- Fehlende örtliche Zuständigkeit. (Falta de competencia territorial) BayObLG. R. 26-3-1987. Págs. 3091-3092.
- Kein Betrieb von automatischen Autowaschanlagen an Sonn- und Feiertagen. (No debe haber negocios de lavado automático de vehículos abierto en domingos y días festivos) BayObLG. R. 27-5-1987. Pág. 3146.
- Betrieb einer genehmigungspflichtigen Abfallbeseitigungsanlage. (Negocio de eliminación de residuos necesitado de autorización) BayObLG. R. 29-6-1987. Pág. 2757.
- Bestrafung des Verstoßes gegen Anordnung im Abfallbeseitigungsrecht. (Punición por infracción de las disposiciones de la legislación sobre eliminación de residuos) BayObLG. R. 13-8-1987. Pág. 2757.

- Ablassen der Luft aus Fahrradreifen. (Dejar sin aire la rueda de una bicicleta) BayObLG. R. 21-8-1987. Págs. 3271-3272.
- Neue Tatsachen i. S. von §359 Nr. 5 StPO. (Nuevos hechos, en virtud del §359, núm. 5 del Ordenamiento Procesal Penal) OLG Düsseldorf. R. 23-6-1986. Pág. 2030.
- Voraussetzungen der Auslieferung. (Requisitos de la extradición) OLG Düsseldorf. R. 26-11-1986. Págs. 2172-2173.
- Betrieb eines Sonnenstudios an Sonn- und Feiertagen. (Negocios de bronceado artificial en domingos y días festivos) OLG Düsseldorf. R. 12-12-1986. Págs. 2595-2596.
- Pornographischer Versandhandel in das Ausland. (Expedición de material pornográfico al extranjero) OLG Karlsruhe. R. 27-11-1986. Págs. 1957-1958.
- Unterdrücken von Postsendungen. (Supresión de envíos postales) OLG Köln. R. 18-11-1986. Págs. 2596-2598.
- Anwendung der «Erstverbüßerregelung». (Aplicación de la «regla de la primera condena») OLG Zweibrücken. R. 3-9-1986. Pág. 1777.
- Zerstörung einer fremden Sache durch den Besitzer. (Destrucción de una cosa ajena por el poseedor) OLG Düsseldorf. R. 9-1-1987. Págs. 2526-2527.
- Objektiver Tatbestand der Verfolgung Unschuldiger. (Tipo objetivo de la persecución penal de inocentes) OLG Düsseldorf. R. 4-3-1987. Pág. 2453.
- Grenze der Geringwertigkeit. (Límite del escaso valor económico) OLG Düsseldorf. R. 16-3-1987. Pág. 1958.
- Identifizierung durch Radarfoto. (Identificación mediante foto por radar) OLG Düsseldorf. R. 19-3-1987.
- Betrug bei Krankenhausaufnahme. (Estafa en el ingreso en un hospital) OLG Düsseldorf. R. 29-7-1987.
- Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe bei besonderer Schwere der Schuld. (Ejecución de la cadena perpetua en casos de especial gravedad de la culpabilidad) OLG Düsseldorf. R. 18-2-1987. Pág. 2029.
- Gewässerverunreinigung durch Abwasserebleitung. (Contaminación de aguas por vertido de aguas residuales) OLG Düsseldorf. R. 22-5-1987. Págs. 2753-2757.
- Schriftliche Verwarnung. (Amonestación escrita) OLG Hamburg. R. 14-5-1987. Pág. 2173.
- Verkehrsmittelbenutzung ohne Fahrausweis. (Utilización de medios de transporte sin billete) OLG Hamburg. R. 3-6-1987. Págs. 2688-2689.
- Betrug durch Unterlassen. (Estafa omisiva) OLG Hamm. R. 13-1-1987. Pág. 2245.
- Strafzeitberechnung bei Vollstreckungsunterbrechung. (Medición del tiempo de pena en los casos de interrupción de su ejecución) OLG Hamm. R. 9-2-1987. Pág. 2030.
- Ungehörige Äußerung eines Fluggastes bei Gepäckkontrolle. (Manifestaciones indebidas de un pasajero de avión en el control de equipajes) KG. R. 11-5-1987. Pág. 3146.

- Vorfahrt bei Einfahrt in die Autobahn. (Adelantamiento en la entrada a una autopista) OLG Koblenz. R. 27-2-1987. Págs. 2689-2690.
- Abgrenzung von Irrtumsausnutzung und Irrtumsunterhalten. (Delimitación entre simple aprovechamiento del error y acciones dirigidas a mantenerlo) OLG Köln. R. 16-1-1987. Págs. 2527-2528.
- Begriff der Bereicherungsabsicht. (Concepto de intención de enriquecimiento) OLG Köln. R. 24-2-1987. Págs. 2095-2096.
- Einspruchsverwerfung in Verhandlung über Rechtsfolgenauspruch. (Inadmisión del recurso en materia del pronunciamiento sobre las consecuencias jurídicas) OLG Köln. R. 27-2-1987. Pág. 2030.
- Anforderungen an Beweisantrag; Austausch von Beweismitteln. (Requisitos en la proposición de pruebas; cambio de los medios de prueba) OLG Köln. R. 31-3-1987. Pág. 2096.
- Verfahrenseinstellung durch das Beschwerdegericht. (Sobreseimiento del proceso por el tribunal de apelación) OLG Köln. R. 7-4-1987. Pág. 2386.
- Betreiben einer Abfallentsorgungsanlage. (Negocio de recuperación de residuos) OLG Köln. R. 26-5-1987. Pág. 3146.
- Zurverfügungstellung eines Selbsttötungsmittels für einen Freitod (Fall Hackethal). (Puesta a disposición de un medio de causarle la muerte para un suicidio —caso Hackethal—) OLG München. R. 31-7-1987. Págs. 2940-2946.
- Begriff der Schwarzarbeit. (Concepto de trabajo clandestino) OLG Stuttgart. R. 21-1-1987. Págs. 2385-2386.
- Voraussetzungen einer Bilanzverschleppung. (Requisitos de la ocultación de balance) OLG Stuttgart. R. 2-7-1987. Pág. 3211.
- Widerruf eines Gnadenerweises. (Revocación de un acto de gracia) OLG Stuttgart. R. 6-7-1987. Págs. 3211.
- Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht. (Infracción del deber legal de alimentos) OLG Zweibrücken. R. 4-2-1987. Pág. 1899.
- Entschädigungsentscheidung bei vorläufigen Schlachtverbot. (Decisión de indemnizar a causa de la prohibición de sacrificar animales) LG Köln. R. 14-11-1986. Pág. 1836.
- Taschengeld nach grundloser Arbeitsverweigerung. (Ayuda económica inicial a ex presos en los casos de rechazo injustificado del puesto de trabajo) LG Krefeld. R. 22-12-1986. Pág. 2030.
- Aufruf zum Entfernen der Kennziffern auf den Volkszählungsbögen. (Llamamiento a suprimir el número identificativo en el impreso de empadronamiento) LG Bonn. R. 26-6-1987. Págs. 2825-2826.
- Beschlagnahme harter Pornografie. (Incautación de pornografía extrema) LG Duisburg. R. 16-2-1987. Pág. 2029.
- Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens. (Requisitos del proceso de revisión) LG Hamburg. R. 2-6-1987. Págs. 3016-3017.
- Beschlagnahme von Flugblättern. (Incautación de libelos) LG Koblenz. R. 13-7-1987. Pág. 2828.
- Beugehaft gegen den die Aussage verweigernden Zeugen des Aufrufs zum Volkszählungsboykott. (Flexibilidad frente al testimonio de los testigos que

- rehusan contestar en el caso de llamamientos a boicotear el censo) LG Trier. R. 12-8-1987. Págs. 2826-2828.
- Verstoß gegen Smog-Verordnung. (Infracción de la reglamentación sobre contaminación atmosférica) AG Berlin-Tiergarten. R. 3-7-1987. Págs. 2757-2758.
 - Körperverletzung durch Aidsinfizierung. (Lesiones por la transmisión del SIDA) AG München. R. 6-5-1987. Pág. 2314.

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Universidad de León

FASCICULO II

	<u>Págs.</u>
IN MEMORIAM	
<i>Emilio González López, in memoriam</i> , por Carlos Martínez Pérez	465
SECCION DOCTRINAL	
<i>Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario)</i> , por Gerardo Landrove Díaz	471
<i>Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I)</i> , por Antonio Cuerda Riezu	491
<i>La tentativa con dolo eventual</i> , por Josep María Tamarit Sumalla	515
<i>Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español</i> , por José Manuel Valle Muñoz	561
<i>Unidad de hecho y concurso medial de delitos</i> , por Ujala Joshi Jubert	613
<i>La Criminología y su función: el momento actual del debate</i> , por Carlos González Zorrilla	637
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Un planteamiento estratégico y comprehensivo de cooperación internacional para la prevención, control y represión de la criminalidad internacional y transnacional, incluyendo la creación de un tribunal internacional</i> , por M. Cherif Bassiouni	665
<i>Causalidad</i> , por Ingeborg Puppe	681
<i>Del sistema de conminación de la multa en el Código Penal brasileño</i> , por Luis Regis Prado	695
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i>	707
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig. <i>Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)</i> , por Elena Farré Trapat	711
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García	741
BIBLIOGRAFIA	
<i>Libros</i>	791
<i>Revistas de Libros</i>	795
<i>Revista de revistas</i>	811

INDICE

Págs.

IN MEMORIAM

<i>Emilio González López, in memoriam</i> , por Carlos Martínez Pérez	465
---	-----

SECCION DOCTRINAL

<i>Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario)</i> , por Gerardo Landrove Díaz	471
<i>Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I)</i> , por Antonio Cuerda Riezu	491
<i>La tentativa con dolo eventual</i> , por Josep María Tamarit Sumalla	515
<i>Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español</i> , por José Manuel Valle Muñoz	561
<i>Unidad de hecho y concurso medial de delitos</i> , por Ujala Joshi Jubert	613
<i>La Criminología y su función: el momento actual del debate</i> , por Carlos González Zorrilla	637

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Un planteamiento estratégico y comprehensivo de cooperación internacional para la prevención, control y represión de la criminalidad internacional y transnacional, incluyendo la creación de un tribunal internacional</i> , por M. Cherif Bassiouni	665
<i>Causalidad</i> , por Ingeborg Puppe	681
<i>Del sistema de conminación de la multa en el Código Penal brasileño</i> , por Luis Regis Prado	695

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	707
----------------------------	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig. Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)</i> , por Elena Farré Trapat	711
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García	741

BIBLIOGRAFIA

<i>Libros</i>	791
<i>Revistas de Libros</i>	795
<i>Revista de revistas</i>	811

