

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLV
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE
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

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

BERNARDO FR. CASTRO PÉREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2ª del
Tribunal Supremo

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

FERNANDO DIAZ PALOS

Ex-Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex-Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

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 III



SEPT.-DICIEMBRE
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.: 84-7787-276-7 (Fascículo III)
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)

Concurso de leyes, error y participación en el delito

(A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

I

Enrique Peñaranda Ramos ha irrumpido espectacularmente en la ciencia penal española. Su libro «Concurso de leyes, error y participación en el delito» (1), y el que había publicado un año antes sobre «La participación en el delito y el principio de accesoriadad» (2), ponen de manifiesto la aplicación de un rigor científico simplemente insuperable, un conocimiento y un manejo de la bibliografía juridicopenal que le permiten elaborar lo que en principio parecía inabarcable, y una familiaridad con los autores clásicos que a mí me parece cada vez más necesaria: porque no está escrito en ninguna parte que un libro de 1989 tenga que aportar mejores soluciones y razonamientos más convincentes que otro de 1919, de 1931 o de 1969, porque en Alemania una fascinante y fructífera aprehensión sistemática de los problemas y de las instituciones penales ha sido sustituida, desfavorablemente, por una tópica exasperante y caótica (sólo *Roxin*, con su genio, es capaz de avanzar sobre el solar de problemas inconexos en que se ha convertido la dogmática alemana), y porque todo ello demuestra qué razón tenía *Freud* cuando afirmaba que «no toda evolución significa un progreso».

(1) Civitas, Madrid 1991, 204 pp.

(2) Tecnos, Madrid 1990, 379 pp. Este libro constituyó la tesis doctoral de PEÑARANDA, de cuyo tribunal el autor de este artículo tuvo el honor de formar parte.

Rodríguez Mourullo, autor de los prólogos de las dos monografías, no oculta el orgullo que siente por su discípulo *Peñaranda*. Y ese orgullo lo sentimos también todos los que nos ocupamos de la dogmática juridicopenal; sobre todo, porque *Peñaranda* —y su ya decisiva obra investigadora— no constituye un caso aislado, sino que forma parte de una joven generación de profesoras y de profesores de Derecho penal que en los últimos años están publicando una producción de una calidad intelectual que les honra a ellos y que honra a la ciencia española.

II

1. a) *Peñaranda* mantiene la tesis de que entre los delitos contra la vida en sentido estricto (art. 405, parricidio; art. 406, asesinato; art. 407, homicidio; art. 409, inciso segundo, homicidio consentido; art. 410, infanticidio), cuya acción típica consiste en «matar», existe la siguiente relación: el art. 407 es el *concepto genérico* que abarca a todos los demás y los restantes tipos no son sino *especies* de ese concepto (3). De acuerdo con ello, en el «matar a otro» del art. 407 serían subsumibles todas las conductas siguientes: la muerte de alguno de los parientes del 405 y, al mismo tiempo, la de quienes no lo son; la muerte con alevosía o con alguna otra de las circunstancias cualificativas del asesinato y asimismo la muerte sin que concurra ninguna de esas circunstancias; la muerte de otro que consiente en que le priven de la vida, pero también la de quien está de acuerdo en que le maten; y, finalmente, tanto la causación de la muerte cuando se cumplen los requisitos del infanticidio del 410 (sujetos activos: madre o abuelos maternos; sujeto pasivo: hijo o nieto recién nacidos; móvil: ocultación de la deshonra de la madre) como cuando no se dan. El contenido del 407 sería por consiguiente, según *Peñaranda*, el resultado de un proceso de abstracción: eliminando todas las diferencias específicas contenidas en los arts. 405, 406, 409, inciso 2, y 410 se llegaría a lo que todos ellos tienen en común: «matar a otro», y, a su vez y lógicamente, y contemplando ahora la escala conceptual desde la cima de la pirámide, descendiendo desde el 407, y mediante la adición de sus correspondientes elementos diferenciadores, surgirían las especies del parricidio, del asesinato, del homicidio consentido y del infanticidio.

Esta comprensión de la relación conceptual entre los distintos delitos contra la vida constituye, en opinión de *Peñaranda*, un primer ar-

(3) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 38-39, 72, 148 y ss. y *passim*.

gumento contra la teoría que mantuve por primera vez en mi libro «Autor y cómplice en Derecho penal» (4) de que si, por ejemplo, un extraño induce a un hijo a matar a su padre, el inductor debe responder también por parricidio (5). Frente a mi razonamiento de que ese extraño no puede responder de un homicidio, porque este delito no se ha dado en la realidad, sino únicamente del que sí se ha cometido, esto

(4) 1966, pp. 272 y ss. Cuando la formulé era la posición minoritaria, pero desde entonces se ha convertido posiblemente en la dominante en la ciencia (indicaciones en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 26-27, nota 5). La jurisprudencia sigue siendo partidaria, sin embargo, de la ruptura del título de imputación: tanto cuando el extraneus participa en que, por ejemplo, el hijo mate a su padre (el TS estima que en este caso el partícipe responde de un homicidio y el autor directo de un parricidio), como cuando el intraneus, por ejemplo, como inductor, convence a un extraño para que mate al padre del partícipe (el TS condena entonces al partícipe por parricidio y al ejecutor por homicidio) (referencias jurisprudenciales en GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 266-267). El TS se ha reafirmado en su tesis tradicional la última vez que, por lo que alcanzo a ver, se ha pronunciado sobre la participación de extraños en delitos especiales contra la vida: en la sentencia de 6 de noviembre de 1972, A. 4768 (referida a la intervención de sujetos no cualificados en un infanticidio), donde se expone lo siguiente: «La cooperación de extraños a la comisión del delito de infanticidio no desnaturaliza su prístina condición de asesinato ... y, por tanto, el que realiza hechos que contribuyen a la consecución del hecho punible queda al margen de la relación personalísima de la autora y recién nacido y recobra todo su sentido el hecho cometido con independencia del parentesco y los móviles del hecho, para encuadrarse, siendo extraño —como en el caso presente— en el verdadero significado de muerte alevosa del recién nacido, esto es: en un asesinato».

(5) Si bien con la concurrencia de una atenuante analógica del art. 11 en relación con el 9.10 (cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 285 y ss.). La apreciación de una atenuante se puede justificar también, prescindiendo de la relación 9.10-11 y de forma genérica, acudiendo a una interpretación teleológica, válida para todos los delitos especiales, caracterizados porque una cualidad personal agrava (delitos especiales impropios) o fundamenta (delitos especiales propios) la penalidad; pues si esa cualidad tiene efectos perjudiciales para aquel en quien concurren, entonces su ausencia debe atenuar a quien no pertenece al círculo estricto de autores. Cfr. en este sentido y por lo que se refiere a la participación de extraños en delitos especiales propios, la sentencia del TS de 12 de febrero de 1992, A. 1157: «Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el Derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad (art. 60 CP). La Ley no contiene, por el contrario, una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría de los delitos especiales propios ... Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito de la culpabilidad y esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menos es la entidad de lo ilícito. A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del art. 60.1.º (efecto individual de las relaciones personales) en forma analógica *in bonam partem*, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos similares a los de una circunstancia atenuante. Esta solución ha sido propugnada ya en la teoría por varios autores».

es: de la muerte de un padre causada dolosamente por su hijo, esto es: de un parricidio (6), *Peñaranda* me objeta que el hijo autor en sentido estricto que mata al padre comete al mismo tiempo un homicidio (porque «mata a otro») y un parricidio (porque «mata a su padre») por lo que, en consecuencia, nada se opone a que el extraño partícipe responda por inducción a homicidio —*todo* parricidio es *también* un homicidio— porque él no es pariente de la víctima, mientras que al autor directo, cuya conducta es simultáneamente subsumible en el 407 y en el 405, se le debe aplicar este último precepto porque es el que prevalece frente al homicidio por un concurso de leyes en relación de especialidad (7).

En cambio, y por lo que se refiere a la inducción de, por ejemplo, un padre a que un extraño mate al hijo del inductor, *Peñaranda*, y a pesar de que estima que el concurso de leyes tiene, no naturaleza objetiva, sino *personal* (8), prescinde de esa característica personal del inductor (la de ser el padre de la víctima) y le hace responder por participación en un homicidio (9), dado que el hecho principal (muerte de un extraño) es un homicidio, y dado que, así como, según *Peña-*

(6) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 278-279: «Del extraño que interviene en un parricidio [la tesis dominante] dice que lo hace en un homicidio, a pesar de que los presupuestos típicos (muerte de un extraño por un extraño) de ese delito no existen... Estos parricidios de la doctrina dominante que aparecen y desaparecen ... que de pronto están ahí (para los autores en sentido estricto) y luego ya no están ahí (para los partícipes) suponen una construcción extraordinariamente rara que violenta la simple verdad de que el extraño que interviene en un parricidio lo hace en un parricidio». Véase también página 282: «El punto de partida dogmáticamente correcto lo es hasta tal extremo que sólo se puede formular tautológicamente: ... el extraño que participa en un parricidio ... ha de ser condenado por participación en un parricidio».

(7) «No se puede afirmar con rigor que castigar al extraño, que induce a un padre a dar muerte a su hijo o a una madre a matar a su hijo recién nacido para ocultar su deshonra, como partícipe de un delito de homicidio suponga hacerle responder de un hecho que en realidad no se ha cometido: si bien es cierto que en tales casos se han dado todos los requisitos para que el hecho principal pueda ser calificado como parricidio o infanticidio, respectivamente, también lo es que en él concurren todos los presupuestos que la ley exige para que se cumpla el tipo del delito de homicidio» (PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 38-39). Véase también pp. 148-149: «Entre el parricidio y el homicidio no existe una relación de exclusión, sino de especialidad en sentido lógico-formal (inclusión), y ... , en consecuencia, todo el que comete un delito de parricidio comete al mismo tiempo uno de homicidio del que no responde autónomamente en tanto que su punición está implícita en la de aquél».

(8) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 153 y ss.

(9) Esta es, en mi opinión, y porque concibo el concurso de leyes no personal sino objetivamente, la solución correcta, si bien al padre inductor habría que aplicarle la agravante genérica de parentesco (cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, páginas 284-285).

randa, todo parricidio es un homicidio, no todo homicidio es un parricidio (10)

La concepción de *Peñaranda* de que el homicidio del 407 es el concepto genérico que abarca, como especies suyas, a los tipos de los arts. 405, 406, 409, inciso 2, y 410, no puede convencer. Porque si en el supuesto de hecho del 407 estuviesen comprendidos, al mismo tiempo, también los de los restantes delitos contra la vida, entonces ello tendría que tener reflejo en la consecuencia jurídica, lo que quiere decir: la pena del homicidio tendría que extenderse entonces desde prisión menor, que es el castigo previsto para la modalidad menos grave (para el infanticidio), hasta reclusión mayor en su grado máximo, que es la sanción que se impone al delito contra la vida más grave: al asesinato; y en ese caso la pena del asesino alevoso —al mismo tiempo asesino, porque *mata a otro con alevosía* (art. 406, 1.^a), y homicida, porque *mata a otro* (art. 407)— sería, a pesar de que su conducta cumpliría los dos tipos, la de reclusión mayor en grado máximo, ya que el art. 406 restringiría esa hipotética pena del 407 de prisión menor a reclusión mayor en su grado máximo a *únicamente* este último tramo penal, que sería el previsto para aquellos «homicidas» del 407 que matasen de la forma *específica* prevista por el 406.

Pero como todo ello no es así, como el 407 tiene una pena de «sólo» reclusión menor, de ahí se sigue que en él no están incluidos, omnicomprendivamente, otros supuestos de hecho que tienen señaladas penas superiores (asesinato: reclusión mayor en su grado máximo, parricidio: reclusión mayor en toda su extensión) o inferiores (infanti-

(10) Véase PEÑARANDA, *La participación en el delito*, pp. 355-356: «Si se entiende el parricidio como un delito que se fundamenta en razones de carácter altamente personal, es posible dejar de aplicar la sanción agravada al partícipe extraño y sancionarle por el delito común de homicidio que se comete y se pena conjuntamente por aquél. En cambio, el pariente no podrá responder en *calidad de partícipe* por un parricidio, si el autor de la muerte no es también un sujeto cualificado» (subrayados en el texto original). Véase también *el mismo*, *Concurso de leyes*, pp. 189-190: «Si entendemos por 'hecho', en el sentido de los artículos 14 y 16, aquel comportamiento del autor principal que reúne el conjunto de las características definitorias de una determinada figura legal de delito —un entendimiento que, conviene advertirlo, no es unánime—, parece insostenible, en efecto, defender la ruptura del título de imputación en aquel primer grupo de casos. El sujeto que ejecuta la muerte de una persona con la que no le une relación de parentesco alguna no puede realizar, por definición, un hecho susceptible de ser valorado, conforme a la ley, como parricidio (acción de matar a un ascendiente, descendiente o cónyuge del agente) o infanticidio (acción de dar muerte a un recién nacido ejecutada por su madre o abuelos maternos para ocultar la deshonra de aquélla). Castigar a quien le instigó o auxilió a efectuar un comportamiento que únicamente puede ser calificado de homicidio como inductor o cómplice de un parricidio o infanticidio supondría ciertamente tanto como decir que ha tomado parte no ya en un 'delito', sino incluso en un hecho que no se ha cometido en realidad».

cidio: prisión menor) (11): es imposible que en el homicidio sea también subsumible *genéricamente* el supuesto de hecho del asesinato, cuando la pena del 407 no llega, por arriba, a la señalada para ese delito, ni que sea subsumible *genéricamente* el supuesto de hecho del infanticidio cuando, por debajo, la sanción del 407 tampoco llega a la del 410. Expresándolo de otra manera: El 407 sólo podría abarcar, tal y como defiende *Peñaranda*, *todo* (desde el 405 al 410) si abarcase realmente *todo*, es decir: los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas. Pero si no comprende las consecuencias jurídicas —y no las comprende porque el legislador ha decidido castigar el homicidio simple con reclusión menor—, entonces es que tampoco comprende los supuestos de hecho (12).

Por todo ello, me reafirmo en la siguiente tesis: El art. 407 no es, como piensa *Peñaranda*, el concepto genérico de todos los delitos contra la vida, sino que es, por el contrario, un tipo *residual*: en él sólo son subsumibles aquellas muertes que *no* tienen como sujetos pasivos a los especificados en el 405, en las que *no* concurren las circunstancias del 406, que *no* se llevan a cabo con el consentimiento de la víctima (409, inciso 2), y que *no* se causan ni por los autores ni con el móvil descritos en el 410. Y por todo ello también es dogmáticamente indefendible que el extraño que induce a un hijo a matar al padre pueda ser hecho responsable de una inducción a un *inexistente* homicidio, porque el autor directo, en contra de la tesis mantenida por *Peñaranda*, no ha co-

(11) Que el homicidio consentido (art. 409, inciso 2), a pesar de ser reprimido con la misma pena de reclusión menor del homicidio simple, debe ser considerado, no obstante, un tipo privilegiado frente al del 407 deriva de que la muerte de otro *sin* su consentimiento y por precio se sanciona, como asesinato, con los grados mínimo o medio de reclusión mayor en su grado máximo, mientras que la misma muerte por precio, pero con el acuerdo del sujeto pasivo, se castiga, como homicidio consentido con la agravante de precio (art. 10.2.ª), con los grados medio y máximo de reclusión menor (cfr. GIMBERNAT, «Inducción y auxilio al suicidio», *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid 1990, páginas 284/285).

(12) Naturalmente que *lógicamente* es perfectamente viable construir un concepto genérico de «matar a otro» en el que sean subsumibles todas las modalidades *dolosas* de causación de muerte del Código Penal. Pero teniendo en cuenta la pena prevista para el 407, ese concepto genérico no está en el Código Penal, sino que es una creación del pensamiento que se encuentra *fuera de la ley positiva*, y que abarca, además de a las especies del 405, 406, 409.2 y 410, también a la especie residual del 407. Y continuando el proceso de abstracción, todavía se podría ascender en la escala y establecer un concepto genérico que abarcase no sólo a todas las causaciones *dolosas* de muerte, sino a todas las *punibles*, es decir: no sólo a las previstas del 405 al 410, sino también a las *imprudentes* (art. 407 en relación con el 565 o, en su caso, con el 586 bis); pero por supuesto que este concepto (más) genérico de muerte *punible* de otro, independientemente de cuáles son sus sujetos, sus móviles, sus formas de ejecución o su título doloso o imprudente de imputación, seguiría siendo un *concepto extralegal*, esto es: *no incorporado a ningún tipo concreto del Código Penal*.

metido un homicidio y un parricidio, sino solamente este último delito, dado que el homicidio del 407 tiene, *entre otros requisitos típicos negativos*, el de que la víctima no sea ascendiente, descendiente o cónyuge del autor directo.

b) Y lo que rige para la relación homicidio, por una parte, y, por otra, arts. 405, 406, 409, inciso 2, y 410, rige también, por dar un ejemplo más, para la relación entre el art. 514 (hurto) y los arts. 501 (robo con violencia o intimidación) y 504 (robo con fuerza en las cosas). Por consiguiente, el 514 no constituye el concepto genérico: «sustracción de una cosa mueble ajena» (13), que abarcaría esa sustracción tanto si se emplea violencia o intimidación, o fuerza en las cosas, como si no es ese el caso. Y no lo constituye, en primer lugar, porque así lo dice expresamente el Código Penal, que define precisamente al hurto especificando sus características positivas y *negativas*: «Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y *sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas* toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño» (art. 514); y, en segundo lugar, porque si el 514 fuera un concepto genérico al cual se pudieran reconducir todas las modalidades de sustracción de una cosa (con violencia o intimidación, o sin ellas, con fuerza en las cosas o sin ella), entonces la pena tendría que abarcar desde la básica del hurto (arresto mayor) hasta la prevista para la sustracción más grave: la de reclusión mayor con la que se sanciona el robo con homicidio doloso. Por consiguiente y frente a *Peñaranda* (14) hay que mantener: Al igual que sucede en el homicidio, el hurto no es un tipo genérico, sino, por el contrario, un tipo *residual*: en él sólo es posible subsumir aquellas sustracciones que no van acompañadas ni de violencia ni de intimidación ni de fuerza en las cosas, elementos *negativos* del hurto éstos a los que, por lo demás y como ya se ha indicado, hace referencia *expresa* la misma letra de la ley.

2. En la teoría del error *Peñaranda* cree ver también ulteriores argumentos a favor de su tesis de que el homicidio del 407 es un concepto genérico en el que está incluido, entre otros supuestos de hecho, el del parricidio:

a) Como según la teoría dominante (15) el que, queriendo matar a un extraño, mata a su padre responde, por lo menos, de un *homicidio*

(13) El concepto genérico que abarca al 501, al 504 y al 514 es, como en el caso del «homicidio genérico» (véase *supra* nota 12), una construcción *lógica* que se encuentra *fuera de la ley*.

(14) Véase *Concurso de leyes*, pp. 176 y ss.

(15) Indicaciones en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 82, nota 86 y p. 145, nota 184.

doloso (16), de ahí deduce Peñaranda (17) que esa solución sólo es lógicamente viable para los que, como él mismo, conciben el homicidio como concepto genérico y no como tipo residual: para Peñaranda, si alguien, queriendo matar a un extraño, mata al padre, ese hecho constituye objetivamente tanto un parricidio como un homicidio, y como el primer delito, por faltar el dolo, no puede entrar en juego como tal parricidio doloso, no existe inconveniente alguno en calificar el hecho de homicidio doloso; pues en todo parricidio se daría objetivamente, siempre y al mismo tiempo, el tipo del homicidio del que aquél no es sino una especie. La aplicación del homicidio doloso a estos supuestos no la pueden fundamentar, en cambio y según Peñaranda, quienes concebimos el 407 como un tipo *residual*, ya que, según la teoría que defiende, si alguien, sin quererlo, mata al padre, ello afecta únicamente al dolo, pero el tipo objetivo que se ha dado en la realidad es el del parricidio: se ha matado al padre, y no el del homicidio, caracterizado, entre otras cosas y *negativamente*, porque se mata precisamente a alguien que no es el padre.

Frente a todas estas objeciones de Peñaranda hay que decir: Ciertamente que quien queriendo matar a un extraño mata al padre realiza *objetivamente*, no un homicidio, sino un parricidio, y que éste no se le puede imputar a quien no ha abarcado con el dolo la cualidad del sujeto pasivo; pero como esa conducta obviamente no puede quedar impune, porque el autor ha querido matar y ha matado a

(16) Un sector de la doctrina (referencias en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, páginas 83 y 85, notas 87 y 88 y p. 142, nota 180) estima que responde, además y en *concurso ideal* y si la muerte del pariente era previsible, de un parricidio imprudente. Prescindiendo del problema de si el parricidio es o no inculparable en su forma imprudente, y aunque lo fuera (sobre esto véase *infra*, nota 19), en mi opinión en estos casos no puede entrar en juego un concurso ideal: estamos *siempre* ante un concurso de leyes, y *nunca* ante un concurso ideal, y ello como consecuencia del principio general del *non bis in idem*, cuando los tipos en conflicto cubren todos ellos, total o parcialmente, un *mismo* segmento de la realidad desvalorada; y si en los casos que nos ocupan aplicáramos un concurso ideal entre homicidio doloso y parricidio imprudente, entonces un *único* elemento del suceso —la muerte del padre— se vería sometida, a título de dolo, por una parte, y a título de imprudencia, por otra, a un doble juicio de desvalor. El concurso ideal entre dos delitos contra la vida es posible, sin embargo y por ejemplo, cuando un ocasionamiento de muerte empieza con alevosía y acaba sin ella (cfr. GIMBERNAT, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», *Estudios*, 3.ª ed., 1990, p. 272); pues los dos tipos en conflicto que entran ahí en juego en concurso ideal: el asesinato frustrado y el homicidio consumado, abarcan los *distintos aspectos* de la realidad desvalorada sin que ninguno de ellos sea sometido a un doble juicio axiológico de carácter negativo: como el asesinato alevoso frustrado se caracteriza porque se quiere matar a otro *con alevosía sin conseguirlo* y el homicidio doloso porque *se consigue matar a otro sin alevosía*, de ahí que no se produzca ningún solapamiento.

(17) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 141 y ss.

un ser humano, de ahí que, sobre la base de una aplicación directa o indirecta del art. 6 bis a) (18), se estime —y con razón— que en estos casos la responsabilidad criminal debe venir determinada «*como si*» el elemento de agravación —que se ha dado en la realidad, pero que el sujeto no conocía, quedando excluida, en consecuencia, la aplicación del tipo *doloso del 405*— no hubiera existido. Cuando el 6 bis a) expresa que la falta de dolo «excluye ... la agravación», ello no se puede entender en el sentido de que objetivamente no se ha dado la agravación —porque sí que se ha dado: se ha matado al padre—, sino sólo en el de que la pena se debe aplicar, acudiendo al tipo residual del 407, «como si» ese aspecto del acontecimiento no hubiera sucedido. El art. 6 bis a), por consiguiente, no convierte a lo que objetivamente —pero no subjetivamente— es un parricidio en un homicidio, sino que únicamente contiene una *regla de aplicación de la pena* que determina la imposición de la del tipo residual doloso para aquellos casos en los que el autor, que quiere matar a un extraño, realiza no obstante, imprudente o fortuitamente, el tipo objetivo del 405 (19).

(18) Que dispone, en sus párrafos 1 y 2, lo siguiente: «El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.— Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuera vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa».

Sobre cómo interpreta la doctrina la expresión: «elemento de agravación», cfr., ampliamente, PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 79-82, nota 85.

(19) Cuando el 6 bis a) 1 y 2 se refiere, por una parte, a «elemento esencial integrante de la infracción penal», y, por otra, a «elemento ... que agrave la pena», no está tomando posición —ni tiene por qué tomarla— sobre cuál es la relación lógico-conceptual entre los *distintos tipos* que protegen *un mismo bien jurídico*, sino que únicamente está *describiendo* lo evidente: que en esos tipos existen dos clases de elementos [existe un tercer elemento, el de atenuación, que puede incorporarse típicamente junto al elemento esencial, y del que nos ocuparemos *infra* c) bb) y ss.], y, además, *vinculando* diversas consecuencias jurídicas a las diferentes combinaciones imaginables de errores vencibles o invencibles que pueden tener por objeto esos dos elementos.

En el grupo de delitos de apoderamiento, por ejemplo, el elemento esencial es la *sustracción*, y el de *agravación*: la violencia o intimidación o la fuerza en las cosas, y el de *atenuación*, que surge cuando retiro el elemento de agravación, es: sin violencia, ni intimidación ni fuerza en las cosas. En el grupo de delitos de aborto, el elemento *esencial* es la interrupción del embarazo, el de *agravación*, actuar sin el consentimiento de la embarazada (411.1.º), y el de *atenuación* —que se produce cuando se *suprime* el de agravación— la práctica del aborto con el consentimiento de la mujer (411.2.º). En el grupo de los delitos contra la vida, el elemento *esencial* es causar la muerte de otro, el de *agravación* —y por operar sólo con un ejemplo de parricidio— la cualidad de *padre* del sujeto pasivo, y el de *atenuación* que la víctima no sea padre del autor.

Sobre la base de lo expuesto, y en referencia al caso que ahora nos ocupa (elemento esencial: causación de muerte, elemento de agravación: víctima-padre), pueden construirse las siguientes variantes:

b) Dentro todavía del error sobre los «elementos de agravación», pero referido, no ya al autor directo de un delito contra la vi-

Primera variante. Supuesto de hecho: Errores *invencibles* tanto sobre el elemento esencial (causación de la muerte) como sobre el de agravación (víctima-padre), porque el hijo, por ejemplo, echa azúcar en el café del ascendiente, ignorando que un tercero ha cambiado el edulcorante por cianuro. Consecuencia jurídica: «Exclusión de la responsabilidad criminal» [art. 6 bis a) 1].

Segunda variante. Supuesto de hecho: *Conocimiento* del elemento esencial y error *invencible* sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el hospiciario, abandonado desde la infancia, mata a un desconocido quien, por un azar del destino, resulta ser su padre. Consecuencia jurídica: El elemento de agravación realmente existente no se tiene en cuenta, y entra en juego el tipo (art. 407) que describe la causación de muerte de no-parientes: «exclusión de la agravación» [art. 6 bis a) 1 *in fine*].

Tercera variante. Supuesto de hecho: *Conocimiento* del elemento esencial y error *vencible* sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el autor podía haber previsto que aquel a quien quiso matar era su padre. Consecuencia jurídica: Esta tercera variante coincide en todo con la segunda: conocimiento del elemento esencial «causación de muerte» y error sobre el de agravación, diferenciándose sólo en que en la segunda este error es *invencible*, mientras que ahora es *vencible*. La pena a imponer es, por consiguiente y como en la segunda variante y en lo que coincide con ella, la del tipo (407) que describe la causación de muerte de no-parientes, mientras que por lo que se refiere al tipo agravado, y al ser error *vencible*, no se «excluye ... la agravación» [art. 6 bis a) 1], sino que «la infracción [en este supuesto, el parricidio] será castigada, en su caso, como culposa» [art. 6 bis a) 2 *in fine*], lo que abre la posibilidad de un concurso ideal entre homicidio doloso y parricidio imprudente, posibilidad que, sin embargo, debe ser rechazada, porque la doble imputación —como intencional y como negligente— de un *único* resultado (muerte) que afecta a un *único* bien jurídico lesionaría el principio *non bis in idem* (véase *supra* nota 16 y, más ampliamente, sobre concurso ideal y *non bis in idem*, GIMBERNAT, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida*, ADPCP 1990, páginas 433 y ss.).

Cuarta variante. Supuesto de hecho: Error *vencible* sobre el elemento esencial causación de muerte e *invencible* sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el conductor adelanta con su vehículo en un cambio de rasante y choca frontalmente con otro que viene en sentido contrario, matando a uno de los ocupantes del último vehículo, quien *casualmente* es el padre del conductor imprudente. Consecuencia jurídica: «Exclusión de la agravación», dado que el error sobre el elemento de agravación fue *invencible* [art. 6 bis a) 1 *in fine*], y responsabilidad por homicidio imprudente [art. 6 bis a) 2].

Quinta y última variante. Supuesto de hecho: Errores *vencibles* tanto sobre el elemento esencial como sobre el de agravación, porque, por ejemplo, el hijo conductor no respeta un «stop», muriendo en el accidente el padre que ocupaba el asiento del acompañante, con lo que lo previsible era que a quien se podía matar era precisamente al padre. Consecuencia jurídica: Este hecho constituye un parricidio imprudente, y es la única variante imaginable de aplicación de la posibilidad *expresamente prevista* en el 6 bis a) 2 de que el tipo agravado entre en juego como culposo. [Como es sabido, mi maestro, QUINTANO, mantuvo reiteradamente la tesis de que no admitían la incriminación imprudente los tipos que, en su forma dolosa, exigían, como el parricidio, un «dolo reduplicado» o «doble dolo» (cfr. sólo *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. I, 2.ª ed., puesta al día por GIMBERNAT, 1972, p. 176); esta tesis de QUINTANO, que no es seguida por la jurisprudencia (véase, por todas, la sentencia del TS de 16 de noviem-

da, sino al *partícipe* de uno *contra la propiedad*, Peñaranda (20) sostiene, de acuerdo con la unánime —y correcta— doctrina jurisprudencial (21) y científica, que quien cree ayudar a, por ejemplo, un hurto, y finalmente y sin dolo coopera a un delito más grave contra la propiedad, porque el autor directo ejecuta, por ejemplo, y sin conocimiento del cómplice, un robo con homicidio, responde por participación, no en el delito efectivamente cometido, sino sólo en el del 514; esta solución, estima Peñaranda, únicamente se puede fundamentar de forma coherente, entendiendo que el autor directo realiza, al mismo tiempo, la especie —el robo con homicidio— y el género —el hurto—, por lo que en esos casos no existe ninguna contradicción lógica en imputar al autor directo un robo con homicidio, y al partícipe un hurto, pues este último delito, por ser un concepto genérico que abarca al robo con homicidio, *también* ha sido cometido por el ejecutor (22). Como ya sabemos y sin embargo, la explicación de todo ello es otra: El partícipe no ha contribuido *objetivamente* al tipo residual del hurto porque éste no se ha dado en la realidad: no se ha sustraído una cosa mueble *sin violencia* —que es un elemento típico negativo *expreso* del 514—, sino *con violencia*, dado que el autor directo ha matado dolosamente a otra persona; pero como *subjetivamente* el partícipe no conocía que el autor iba a matar al sujeto pasivo, de ahí que, sobre la base de la *regla de aplicación de la pena* del artículo 6 bis a), se le haga responder a aquél «*como si*» únicamente hubiera colaborado en el tipo residual del artículo 514.

bre de 1987, A. 8511), es, en mi opinión, y desde la entrada en vigor del 6 bis a) 2, incompatible con esta última disposición, que deja abierta la posibilidad de incriminación imprudente de tipos que, por constar de elementos esenciales y de agravación, exigen por definición, en su forma dolosa y de acuerdo con la terminología de mi maestro, el llamado «dolo reduplicado»].

(20) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 163 y ss.

(21) Cfr., por ejemplo, TS 17 de enero de 1991, A. 129, y, por todas, y en relación a la eventual responsabilidad por robo con homicidio de los partícipes, la declaración de principio de la sentencia del TS de 13 de noviembre de 1991, A. 8299: «*rompiéndose el título delictivo* complejo cuando los copartícipes convinieron la acción depredatoria con intimidación desconociendo el porte o empleo del arma o medio peligroso o cuando explícitamente acuerdan 'ab initio' excluir todo riesgo para la vida de la víctima».

(22) «La necesidad, por todos reconocida, de anudar la responsabilidad del partícipe, al menos en esos casos de error, al delito que queda desplazado para el autor por efecto del concurso de leyes, constituye un buen argumento, si no el mejor, para rechazar una concepción de dicho concurso que lo reduzca a un puro fenómeno de delimitación y exclusión recíproca de los tipos delictivos 'aparentemente' concurrentes» (PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 188). Aunque no lo diga expresamente, de la exposición de PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 176 y ss., parece deducirse que considera a la relación hurto-robo igualmente una de género-especie.

c) aa) Finalmente y aun dentro del campo del error, *Peñaranda* cree ver otro argumento a favor de su tesis en el tratamiento que recibe el error in persona cuando el hijo, que quiere matar al padre, mata por equivocación a un extraño. Según la correcta doctrina dominante, este hecho debe ser reprimido, por lo menos, como un homicidio doloso (23). Desde su punto de vista, estima *Peñaranda*, esa solución no presenta ninguna dificultad de carácter lógico: como el homicidio constituye el concepto genérico de todos los delitos contra la vida, aquí se da tanto el elemento objetivo (se mata a otro) como el subjetivo (el que quiere matar al «padre» también quiere matar a «otro») del 407, por lo que es por este delito por el que debe responder, efectivamente, el autor. La existencia en estos casos de un homicidio doloso es imposible de fundamentar, en cambio y según *Peñaranda* (24), para quienes consideramos al art. 407 como un tipo residual; pues si el hijo quiere matar a su padre, pero mata a un extraño, ciertamente que lo que se ha producido *en la realidad* es el tipo del homicidio, pero como éste *no ha sido abarcado por el dolo* del autor porque no ha querido matar a «otro» (de acuerdo con la tesis del tipo residual, el «otro» del 407 habría de interpretarse en el sentido de, entre otras cosas, un «otro» distinto del padre), de ahí que, por faltar el dolo, no pueda entrar en juego un homicidio consumado (25).

A la vista de todo ello, *Peñaranda* estima que en estos casos, si se fuera consecuente con la tesis del tipo residual, el hecho debería calificarse, a lo sumo, además de como un eventual parricidio imposible (o, según otra tesis, como una eventual tentativa de parricidio) (26), como un homicidio *imprudente* (27). Pero «esta solución», prosigue *Peñaranda* (28), «sumamente consecuente con el punto de partida adoptado, presenta, sin embargo, algunos inconvenientes. En primer lugar, porque es difícilmente justificable desde un punto de vista valorativo: nadie duda que si el sujeto de nuestro ejemplo, en lugar de creer que iba a dar muerte a su padre, hubiese pensado que mataría a un extraño distinto del que realmente mató debería responder por un delito de homicidio doloso consumado, porque el error sobre la identidad de la víctima sería en tal caso irrelevante; no se puede explicar entonces por qué el haber querido cometer algo aún más grave (la

(23) En mi opinión y además y de acuerdo con un importante sector doctrinal (indicaciones en PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 140-141, nota 178), en concurso ideal con un parricidio imposible.

(24) Cfr. *Concurso de leyes*, pp. 163 y ss.

(25) Ya que «falta ... un dolo congruente con el tipo de ese segundo delito [sc. del homicidio]» (PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 138).

(26) Véase *supra* nota 23.

(27) Cfr. PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 137 y ss.

(28) *Concurso de leyes*, pp. 139-140.

muerte de su padre) lleva a aplicarle una sanción potencialmente más leve que la prevista en el art. 407 (prisión mayor en su grado máximo, en vez de reclusión menor). Y en segundo lugar, porque para hacer responder al autor (a título de homicidio imprudente) de un resultado de muerte que en definitiva quiso producir, sería preciso plantearse la peregrina cuestión de si el error sobre la condición de extraño de la víctima era o no vencible: si el autor se hubiese preocupado de examinar ‘cuidadosamente’ que la persona contra la que dirigía su ataque era realmente su padre, su error podría reputarse invencible, quedando vedada de ese modo su punición por un delito de homicidio imprudente. Salta a la vista, pues, que la solución del concurso ideal de delitos entre tentativa de parricidio y homicidio imprudente es insatisfactoria».

bb) *Peñaranda* tiene razón en que es «insatisfactorio» solucionar estos casos calificándolos de concurso ideal entre tentativa (o delito imposible) de parricidio y homicidio imprudente. Pero esa solución que, según *Peñaranda*, es la única «consecuente» para los que consideramos al 407, no un tipo genérico, sino uno residual, la hace seguir *Peñaranda* de un concepto de congruencia que es tan absolutamente dominante (29) como equivocado, porque no tiene en cuenta el decisivo elemento de lo *implícito*.

Cuando se dice que *para que se pueda responder por un delito doloso* tiene que existir congruencia entre el acontecimiento objetivo —tanto por lo que se refiere a los elementos que *fundamentan* como a los que *agravan* la punibilidad— y el tipo subjetivo, todo ello tiene su buen sentido. Pues si el sujeto toma una cosa mueble ajena pensando que es propia —*incongruencia* entre el aspecto objetivo y el subjetivo sobre un elemento *fundamentador* de la punibilidad: la «ajenidad»— o mata a su padre pensando que es un extraño —*incongruencia* entre el aspecto objetivo y el subjetivo sobre un elemento de *agravación* de

(29) PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 77-78, toma expresamente «como punto de partida ... la observación de JESCHECK de que “el tratamiento del error de tipo descansa en un sencillo principio fundamental” que se podría formular del modo siguiente: “puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo”. Esta regla» —prosigue PEÑARANDA apoyándose en JESCHECK— «deducible tanto del § 16 I StGB como del artículo 6 bis a) del Código Penal español, permite afirmar, por lo pronto, que la responsabilidad a título de dolo por un delito consumado exige, en principio y como mínimo, dos cosas: por una parte, que se hayan cumplido todos los requisitos típicos objetivos del delito en cuestión; por otra, que tales requisitos hayan sido captados por el dolo del agente. Si falta sólo lo primero puede surgir, aunque no surge necesariamente, una responsabilidad por tentativa (o frustración) de ese delito; si falta lo segundo cabe, en su caso, una responsabilidad por imprudencia» (subrayados en el texto original).

la punibilidad: la condición de ascendiente de la víctima—, esos hechos tienen obviamente *menor entidad desvalorativa* que los que cometen quien sustrae algo «ajeno», sabiendo que lo es, o quien lleva a cabo la muerte de su padre sabiendo igualmente que lo es. Y como los dos primeros casos son *menos graves* que los dos segundos, de ahí que sea de toda justicia calificar el primer hecho de un hurto fortuito o imprudente (y, por tanto y en cualquier caso, impune), de castigar el segundo *como si* fuera «sólo» un homicidio doloso (30), y de sancionar los dos últimos como, respectivamente, un hurto y un parricidio dolosos.

La situación es distinta, en cambio, cuando *dentro de un grupo de delitos que protegen el mismo bien jurídico*, la congruencia ha de ser establecida en relación a un elemento que *atenúa* la punibilidad. Acudiendo a sólo dos ejemplos al margen de los delitos contra la vida, ello es lo que puede suceder, por ejemplo, en el aborto y en los delitos de apoderamiento.

El aborto viene regulado en el CP básicamente mediante dos tipos *excluyentes*: el aborto sin el consentimiento de la embarazada (artículo 411.1.º) y el efectuado con su consentimiento (art. 411.2.º). De ahí que si el autor piensa que la mujer no consiente, cuando en realidad sí que estaba de acuerdo con la interrupción del embarazo, la doctrina dominante, y, con ella, *Peñaranda*, tendría que calificar el hecho de un aborto imposible del 411.1.º en concurso ideal con un eventual aborto imprudente del 411.2.º (pues el elemento de atenuación, consentimiento de la embarazada en el aborto, no habría sido abarcado, eso se dice, por el dolo del sujeto), y condenar, teniendo en cuenta que el aborto imprudente sólo es punible en el supuesto del artículo 412, únicamente por el primer delito imposible de aborto; con ello, se castigaría más a quien, *sabiendo* que la embarazada estaba de acuerdo, causa un aborto con la anuencia de aquélla (delito doloso consumado del 411.2.º) que a quien realiza un comportamiento más grave: causa el mismo aborto consentido, pero lo lleva a cabo *pensando* que, además, lesiona un ulterior bien jurídico: la libertad de la mujer, porque cree equivocadamente que ésta se opone a la interrupción.

Un segundo ejemplo paralelo al anterior sería el de quien rompe a martillazos un arca abierta —pensando erróneamente que estaba cerrada— y se apodera de su contenido. El tipo del 504.3.ª no concurre objetivamente, ya que, en primer lugar, y desde un punto de vista literal,

(30) Véase *supra* II 2 a).

el arca no estaba «cerrada», sino abierta, y ya que, en segundo lugar y sobre la base de una interpretación teleológica, no existe robo cuando el propietario no ha colocado obstáculos materiales de protección. En principio, pues, la solución debería ser la de calificar estos hechos de robo imposible en concurso con un en todo caso impune hurto imprudente (31), un resultado injusto, porque si se hubiera hecho algo menos grave: sustraer el mismo objeto a martillazos, pero sabiendo que el arca que se rompía estaba abierta, la responsabilidad por hurto doloso consumado (en concurso con unos simples daños causados sobre el mueble) estaría fuera de discusión.

cc) En las págs. 77 y ss. de su «Concurso de leyes», Peñaranda examina, de la mano de la literatura científica, el desconcierto que provoca en ella la existencia de esta clase de supuestos en los que la letra de la ley excluye *expresamente* («con el consentimiento», «sin violencia ni intimidación ni fuerza») la posibilidad de considerar conceptos genéricos a los tipos menos graves del grupo de delitos en cuestión (aborto: 411.2.º, sustracción: 514), y los intentos de encontrarles solución en los *tipos objetivos* a los que, como si fueran maleables, se les trata de estirar para que, según los casos, abarquen más supuestos de lo que permite su sentido literal posible. Pero todos estos intentos de solución están condenados al fracaso, porque los tipos objetivos no son maleables, sino que son, por el contrario, inflexibles, ya que en ellos se plasma el *principio de legalidad penal*; de ahí que quien aborta con el consentimiento de la mujer o fractura un arca «no cerrada» estén realizando, independientemente de que los autores piensen que obran en contra de la voluntad de la mujer o de que rompen un arca «no cerrada», únicamente los tipos objetivos de, respectivamente, el 411.2.º o el 514.

dd) Otra vía a la que acude la literatura científica —cuando comprende que las posibilidades de extender el ámbito de aplicación literal de los tipos objetivos es limitada— para salir de la trampa que ella misma se ha tendido con su concepto de congruencia, es el de formular propuestas de *lege ferenda*, solicitando la intervención del legislador (32). Pero sobre estas propuestas hay que decir.

En primer lugar, que es absolutamente legítimo el procedimiento seguido por el legislador de delimitar los distintos tipos que protegen

(31) El hurto sería imprudente porque el elemento delimitador de atenuación: «sin fuerza en las cosas», del 514 no habría sido abarcado por el dolo del autor, que pensaba que el arca estaba cerrada.

(32) Cfr., nuevamente, PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, pp. 77 y ss.

a un bien jurídico sobre la base de establecer factores de agravación (aborto sin el consentimiento de la embarazada, sustracción con violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas, muerte con sujeto pasivo ascendiente) o de prescindir de ellos, lo que lleva entonces a introducir factores de atenuación (aborto con el consentimiento de la embarazada, sustracción sin violencia o intimidación en las personas y sin fuerza en las cosas, muerte sin sujeto pasivo ascendiente).

Y en segundo lugar, que la solución legislativa que se pretende ni es plausible ni tendría prácticamente campo de aplicación (33). Porque esa solución consistiría, en el caso del aborto, en crear un *nuevo* tipo, que ahora sí que sería *genérico*, que castigase la práctica de un aborto *tanto con como sin el consentimiento de la embarazada*; pero como en cualquier aborto sólo existen *dos posibilidades*: o se actúa con (411.2.º) o en contra (411.1.º) de la voluntad de la mujer, el ámbito de ese nuevo tipo *genérico* quedaría limitado a los raros supuestos en los que el sujeto practica un aborto creyendo que la embarazada se opone, cuando ello no es así. En el caso de la sustracción, en crear un *nuevo* tipo, igualmente *genérico*, que castigase el apoderamiento con violencia o intimidación o sin ellas, con fuerza en las cosas o sin ella, y cuyo prácticamente nulo ámbito de aplicación quedaría reducido a los raros supuestos en los que el sujeto realizase una sustracción creyendo que concurre la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas, a pesar de que no era eso lo que sucedía en la realidad. En el caso de los delitos contra la vida, finalmente, en introducir un *ulterior* tipo —asimismo de carácter *genérico* y no como el vigente 407 que, como he tratado de demostrar, es residual— que comprendiera la muerte de ascendientes, descendientes y cónyuge, y la muerte de no-ascendientes, no-descendientes y no-cónyuge, la muerte con el consentimiento y sin el consentimiento de la víctima, etc., y que sólo podría entrar en juego en los casos de laboratorio de quien, por ejemplo, matase a un extraño creyendo que era su padre.

La supuesta necesidad de estas esotéricas reformas legislativas —que serían ininteligibles para cualquier jurista que no fuera especialista en Derecho penal— encuentra su explicación en que la doctrina científica piensa que aquí estamos ante un problema de tipos objetivos, cuando la realidad es que esas aparentes dificultades tienen su origen en unos conceptos de la congruencia y del dolo que no se quieren poner en cuestión. Pero que, porque no tienen en cuenta el elemento de lo *implícito*, hay que ponerlos en cuestión.

(33) Más críticas a esta hipotética «solución legislativa», *infra ff in fine*.

ee) Si el autor ignora un factor de *agravación* realmente existente: por ejemplo, no sabe que la embarazada se opone al aborto, es lógico y equitativo que se le aplique el 6 bis a) y que se le castigue *como si* la oposición de la mujer no se hubiera dado en la realidad. Pero ese tratamiento no se puede trasladar automáticamente al caso inverso, cuando el problema va referido a un factor de *atenuación*: no se puede privilegiar igualmente al autor, y decir que, independientemente de la eventual imputación de un delito imposible del 411.1.º, *sólo existe, como mucho, un impune aborto imprudente*, cuando creía que obraba en contra de la voluntad de la embarazada, siendo así que ésta estaba de acuerdo en la interrupción del embarazo. Por qué el primer caso es distinto del segundo y por qué, en consecuencia, no pueden recibir ambos el mismo tratamiento, deriva de la siguiente evidencia: mientras que de quien está dispuesto a provocar un aborto con el consentimiento de la mujer, no sabemos si lo habría hecho también en el caso de que ésta se opusiera, quien es capaz de interrumpir un embarazo aunque la gestante se oponga, *implícitamente* también lo habría interrumpido aunque hubiera prestado su acuerdo. Y análogamente: quien está dispuesto a sustraer un objeto rompiendo un arca, también está dispuesto a hacerlo *implícitamente* si le ponen las cosas aún más fáciles porque el recipiente está abierto; y quien es capaz de matar a un ser humano que, además, es su padre, es que *implícitamente* es capaz de matar a un ser humano sin más.

ff) Con ello llegamos a la verdadera relación existente entre, por ejemplo: 411.2.º-411.1.º, 514-501 y 504, 407-405. No es una relación de género-especie porque en el «con consentimiento de la embarazada» no está contenido (sino excluido) el «sin consentimiento», en el «sin violencia ni intimidación ni fuerza» no está contenido (sino excluido) el «con violencia, con intimidación o con fuerza», y en el «víctima no ascendiente» no está incluido (sino excluido) el «víctima-ascendiente». Se trata, por el contrario, de una relación de exclusión y residual: el 411.2.º es el aborto residual después de retirarle el «sin consentimiento»; el 514 es la sustracción que queda después de quitarle la violencia, la intimidación y la fuerza; y el 407, finalmente, es la causación de la muerte a la que se ha restado, entre otros elementos, el carácter de ascendiente de la víctima. Y, sin embargo, el que quiere el 411.1.º, el 504 o el 405, quiere también *implícitamente*, y respectivamente, el 411.2.º, el 514 o el 407. Pero no porque la relación entre los tipos en cuestión sea la *lógica de género-especie* (plus-minus) —lógicamente es la de aliud-aliud— y porque, por consiguiente, quien quiere el género quiere también la especie, sino porque la relación es la *valorativa de más grave-menos grave*: y

quien está dispuesto a lesionar el bien jurídico concurriendo elementos de agravación, también *está implícitamente de acuerdo* en hacerlo aunque dichos elementos no estuvieran presentes (34): si el autor, porque le ha tiranizado desde la infancia, llega tan lejos que mata a quien cree que es su padre, también le habría matado aunque hubiera conocido la (menos grave) realidad: que el marido de su madre no era su progenitor, porque el embarazo había sido consecuencia de una relación sexual extramatrimonial que la madre había ocultado a su hijo (35). Por consiguiente: la relación entre, por ejemplo, el 407 y el 405 no es la *lógica* de que quien quiere el género quiere también la especie (plus-minus logico), sino la *normativa* de que quien quiere lo más, también quiere, implícitamente, lo menos grave (plus-minus, pero de carácter valorativo).

Peñaranda, siguiendo a la doctrina dominante, parte de una idea de la congruencia —y, con ello, del dolo— que no puede convencer, porque el dolo no es una construcción *lógica*, sino, por el contrario, una *valorativa*: nadie quiere provocar, al mismo tiempo, un aborto con y sin el consentimiento de la embarazada, como nadie quiere tampoco sustraer una cosa simultáneamente con fuerza en, pero, también, sin fuerza en las cosas. El dolo no va referido a *conceptos lógicos genéricos*, sino a *hechos desvalorados concretos*. Quien pensando que el arca está cerrada —sin estarlo— la fractura apoderándose del objeto que se encuentra en su interior, realiza el tipo del 514 dolosamente, no porque ese dolo abarque un concepto genérico producto de la lógica (sustracción de una cosa, tanto con como sin fuerza en las cosas), sino porque quien quiere lo más (grave): es capaz de romper un mueble que cree cerrado para sustraer su contenido, quiere lo menos (grave): con ese

(34) A lo largo de esta exposición, y para no oscurecer con ulteriores cuestiones lo que ya es de por sí suficientemente complicado, hemos operado con ejemplos de dolo directo de primer grado, en los que se persigue directamente el resultado producido; pero lo que rige para el dolo directo, rige también para el dolo eventual: quien con su conducta está dispuesto a someter al bien jurídico a un muy alto riesgo de lesión concurriendo elementos de agravación, implícitamente también haría lo mismo aunque esos elementos no se dieran.

(35) A diferencia de lo que sucede en los delitos contra la propiedad, donde si uno está dispuesto a apoderarse de una cosa con fractura de objetos cerrados, con mayor motivo aún estará dispuesto a efectuar la sustracción si el arca está abierta, independientemente de cuál sea *en concreto* el objeto ajeno con el que se va a enriquecer, en los delitos contra la vida, por lo general, el autor no quiere matar a cualquier habitante del planeta, sino a una persona determinada; pero este dato de la identidad no tiene mayor importancia, porque lo relevante es *que* se quiere matar y no *por qué* se quiere matar: de ahí que si el autor persigue matar a su enemigo A y mata, sin embargo y por equivocación, a su mejor amigo B, no por ello dejará de responder de un homicidio doloso, aunque si hubiera sabido quién iba a ser su víctima nunca habría actuado.

hecho está demostrando, implícitamente, que también habría llevado a cabo la sustracción con el arca abierta.

III

Resumo todo lo expuesto hasta ahora.

El art. 407 no es el concepto genérico de todos los delitos contra la vida. En primer lugar, porque si el 407 comprendiera a todos los *supuestos de hecho*, desde el 405 al 410, tendría que comprender asimismo a todas las *consecuencias jurídicas* de éstos, desde prisión menor hasta reclusión mayor en su grado máximo. En segundo lugar, porque la calificación como homicidio doloso de la conducta de quien da muerte a su padre pensando que es un extraño, no significa que ahí se dé el tipo objetivo del homicidio, sino únicamente que, dado que el autor no ha aprehendido ese factor de agravación, ello se tiene en cuenta dentro del marco de penalidad aplicable y se le castiga «como si» el desconocido elemento agravante no hubiera existido. Y, finalmente, porque quien acepta lo *desvalorativamente más*: matar a quien cree que es su padre, sin serlo, acepta obvia e implícitamente también lo *desvalorativamente menos*: matar a esa persona aunque no fuera su padre: de ahí que al darse tanto el tipo objetivo como el subjetivo del homicidio, deba responder por éste (en concurso ideal con parricidio imposible).

IV

Peñaranda ha construido su monografía sobre la base de las relaciones lógicas entre concurso de leyes, error y participación y por ello no se ocupa —ni tenía por qué hacerlo— de ulteriores argumentos distintos de los lógicos a los que yo acudía en «Autor y cómplice en Derecho penal» para fundamentar mis soluciones (36), y en los que, sin embargo y ahora, quiero volver a insistir.

(36) Por otra parte, hasta ahora nadie ha intentado rebatir el contenido de los cuadros que figuran en las pp. 286-287 de mi «Autor y cómplice en el Derecho penal», y en los que trato de fundamentar mis tesis, también y además, con unos criterios de justicia material (penalidad diferenciada por la distinta gravedad que existe entre los comportamientos del hermano que induce al hermano a matar al padre de los dos, del extraño que induce a un hijo a matar a su padre, del padre que induce a un extraño a matar al hijo del inductor, y del extraño que induce a un extraño a matar a otro extraño) que me parece que siguen plenamente vigentes.

Cuando *Peñaranda* afirma que el extraño que ayuda a un hijo para que éste mate a su padre debe responder por participación en homicidio, la solución a la que llega coincide en los resultados, aunque no en la fundamentación, con la tradicional, que es la que sigue manteniendo el Tribunal Supremo (37), que argumenta todo ello con el art. 60 (38).

Pero esa argumentación con el art. 60 tampoco puede prevalecer contra las tesis que aquí se defienden. Si el régimen de agravantes no opera en la construcción de los tipos específicos de los delitos contra la vida: porque la concurrencia del parentesco en una muerte —en contra de lo dispuesto en el 61.2.^a— no condiciona la imposición de la pena de reclusión menor en sus grados medio o máximo, sino la de reclusión mayor; porque la presencia de una atenuante en el parricidio no trae consigo —en contra de lo dispuesto en el 61.3.^a— la imposición de la pena de reclusión menor en toda su extensión, sino la de reclusión mayor en su grado mínimo; y porque, *a pesar de la presencia de la «agravante» de parentesco* —y en contra de lo dispuesto en el 61.5.^a— es posible imponer la pena inferior en uno o dos grados a la de reclusión mayor si el autor está cubierto por dos o más atenuantes o por una sola muy cualificada. Si todo ello es así —y así es—, entonces es que para los delitos contra la vida, y, en general, para los delitos especiales ha quedado derogado todo el régimen de las circunstancias genéricas y, con ello, también el del art. 60.

Y ello no podía ser de otra manera. Porque ese régimen está pensado para determinar la pena cuando ésta está sujeta a leves oscilaciones de matiz, por lo que es lógico y justo que en un aborto en el que el autor actúa con la circunstancia subjetiva de precio (39), se imponga —dentro

(37) En cambio, y como ya se ha reflejado supra II 1 in fine y a pesar de que PEÑARANDA parte de una concepción *personal* del concurso de leyes, cuando es el padre el que induce a un extraño a matar al hijo del inductor, PEÑARANDA se aparta de la tesis jurisprudencial y estima que ese inductor lo es, no de un parricidio, sino de un homicidio, coincidiendo ahí, por consiguiente, con la solución que doy a ese grupo de casos, si bien yo aplico al partícipe intraneus la agravante de parentesco (cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 284-285).

(38) Que dispone: «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.— Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación al delito».

(39) El TS mantiene que el precio sólo agrava la pena de quien lo recibe («cometer el delito mediante precio»), pero no de quien lo pagó. Véase TS 5 de noviembre de 1985, A. 5377, y para la jurisprudencia anterior, y en relación al delito de aborto, QUINTANO, *Tratado I*, vol. I, 2.^a ed., Madrid 1972, pp. 643-644.

de la misma pena de prisión menor— el grado medio o máximo al autor directo y el grado mínimo o medio al partícipe inductor o cooperador necesario sobre la base del art. 60. Pero cuando en la causación de muerte el precio ya no opera para el ejecutor con esas leves oscilaciones *dentro del mismo marco penal*, sino que dispara la pena desde reclusión menor (art. 407) hasta la de reclusión mayor en su grado máximo (406.2.^a), entonces, si ese factor de agravación tiene unos efectos tan devastadores para el autor directo, no se comprende que ello no tenga ninguna repercusión en el partícipe y que éste responda sólo por homicidio como si la muerte no hubiera sido ejecutada por un mercenario (40). Además: si, como piensa el TS, el art. 60 fuera aplicable a los delitos especiales impropios, también y consecuentemente debería tener vigencia para los propios, en el sentido de no aplicar al partícipe la circunstancia de agravación subjetiva que no concurre en él, sino sólo en el autor directo. Pero si se estima que al partícipe no funcionario en una prevaricación, esto es: en un hecho que consiste en dictar una resolución injusta, prevaleciendo el culpable de su carácter público (art.10.10), no le puede perjudicar esa circunstancia personal, entonces —y como aquí, a diferencia de lo que sucede en el delito especial impropio, donde es posible trasladar para el partícipe la responsabilidad del especial al común (del parricidio al homicidio)— y porque la prevaricación no es reconducible a un inexistente delito común, el partícipe no funcionario debería quedar impune, consecuencia ésta que, no obstante y con razón, no se le ha pasado nunca por la cabeza al TS (41).

V

He llegado al final.

Peñaranda ha enfocado todo el problema desde una nueva perspectiva. A diferencia de los anteriores planteamientos (42), la cuestión no es para él: art. 60, sí, o art. 60, no, sino la de relacionar distintas institu-

(40) Por lo demás, en el asesinato en general —también en el de por precio— el TS no aplica el art. 60 y hace derivar la responsabilidad del partícipe —y con razón— del hecho principal cometido: cfr. la sentencia del TS de 16 de marzo de 1981, A. 1176, donde se declara «excluida jurisprudencialmente [sc. al asesinato] la aplicación de la citada regla [sc del art. 60]», y la sentencia del TS de 27 de marzo de 1991, A. 2698, y adhiriéndose a esta doctrina jurisprudencial y propugnando su aplicación al «caso Amedo», GIMBERNAT, *La accesoriadad en el asesinato*, El Mundo, 2 de septiembre de 1991.

(41) Cfr., por ejemplo, la sentencia del TS de 12 de febrero de 1992, citada *supra*, nota 5.

(42) Véase, sin embargo, la argumentación de DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, recogida en GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 276-279.

ciones juridicopenales y fundamentar sus conclusiones en que lo que rige para la participación delictiva tiene que regir también para el concurso de leyes y para el error. Como creo que ese planteamiento es tan nuevo como correcto, a lo largo de este artículo he tratado de demostrar, aunque llegue a resultados distintos de los de *Peñaranda*, que mis tesis sobre la participación expuestas en mi monografía «Autor y cómplice en Derecho penal» son perfectamente compatibles con (y, consiguientemente, superan la prueba de) la teoría del concurso de leyes y la del error. En cualquier caso e independientemente de quien tenga razón: a partir de *Peñaranda* ya no será posible estudiar esas tres instituciones sin interrelacionarlas entre sí, y el resultado de todo ello no puede ser otro que el de un muy importante progreso para los conocimientos juridicopenales. Termino, por ello, como empecé (pero ahora el lector ya sabe por qué empecé así): *Enrique Peñaranda Ramos* ha irrumpido espectacularmente en la ciencia penal española.

Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento

LUIS RODRIGUEZ ENNES

Decano y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo

PILAR ALLEGUE AGUETE

Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo

SUMARIO: I. El marco histórico: la Ilustración.—II. Aproximación a la figura de Fr. Martín Sarmiento.—III. Situación del Derecho Penal en el siglo XVIII.—IV. Posición del P. Sarmiento frente a la tortura y la pena de muerte.

I

En el siglo XVIII Francia no tenía un rey de la talla de los mejores déspotas ilustrados, pero tenía una clase media poderosa y era en el punto de donde partían los rayos de «las luces». Inmediatamente al Sur estaba España, inmejorablemente situada, en virtud de esta proximidad, para recibir la influencia del concepto laico de la vida. Pero España era la nación que, desde hacía siglos, había mantenido con mayor tesón la religión católica en el suelo y la había sostenido con su oro y su sangre en el extranjero. Era también la nación donde los comerciantes e industriales habían ido perdiendo importancia, desde el siglo XVI; mientras su nobleza —una de las más orgullosas de Europa— había conservado la totalidad de sus tierras. Todo parecía indicar que —a pesar de estar tan próxima a las luces— España no se vería iluminada por ellas (1).

(1) Cfr. HERR, *España y la Revolución del Siglo XVIII* (Madrid, 1975), p. 8.

«Con una obstinación a veces irritante —dice Sarrailh (2)— la crítica europea ha descrito a España como un país esencialmente discordante en el concierto universal». Pero no solamente extranjeros adoptaron la posición negativa; Ortega y Gasset apunta: «cuánto más se medita sobre nuestra historia, más clara se advierte esta desastrosa ausencia del siglo XVIII. Nos ha faltado el gran siglo educador» (3) y Artola afirma: «sin temor de pecar de exagerados bien puede decirse que España no llegó a conocer siquiera el espíritu ilustrado» (4). Por contra, el precitado rector de La Sorbona descubre con sorpresa en el siglo XVIII «el esfuerzo gigantesco de un puñado de hombres ilustrados y resueltos con toda la fuerza de su espíritu, con todo el impulso de su corazón, que quisieron dar a su país prosperidad y bienestar, cultura y dignidad» (5).

Así las cosas, en nuestra opinión, no se puede caracterizar un movimiento tan complejo como la Ilustración en pocas frases, y cada historiador hace resaltar un aspecto distinto. Empero, sin ánimo de entrar en la polémica antes apuntada lo cual excedería —con mucho— los límites de este trabajo, no cabe duda de que, en el siglo XVIII, España experimenta una profunda alteración aunque con menor intensidad y con claro retraso respecto a otros países, y no es menos cierto que, aquí, los aires innovadores provinieron del extranjero. Con todo, conviene no olvidar que la transición del Antiguo Régimen al mundo contemporáneo es una de las épocas más críticas de la historia de Occidente y ningún país europeo queda al abrigo de las contradicciones. Piénsese, en efecto, el anacronismo de las instituciones, que permitía coexistir las luces ideales de que se vanagloriaba la centuria, con las reales de las hogueras en que se hacía perecer a heréticos y brujas —la última de las cuales fue quemada nada menos que en Suiza en 1782 (6)— e incluso a reos de fútiles delitos en el Berlín de 1823, treinta años después de la proclamación de los derechos del hombre (7).

La Ilustración española forma parte del movimiento general europeo del siglo XVIII, pero tuvo su aspecto individual. Queda para los historiadores sentenciar este pleito en su totalidad. Aquí debemos limitarnos a observar un sector parcial, aunque importante en cuanto es termómetro de la vida de un pueblo: el de la justicia criminal, para mostrar unos cuantos datos —pues la ocasión no permite más— sobre

(2) SARRAILH, *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII siècle* (París 1954), pp. III-IV.

(3) ORTEGA Y GASSET, *El Espectador*, en *Obras completas II* (Madrid, 1987), página 600.

(4) ARTOLA, *Los afrancesados* (Madrid, 1953), p. 11.

(5) SARRAILH, *loc. cit.* en nt. 2.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal I* (Madrid 1963) p. 46.

(7) Vid. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch 25* (Berlín-Leipzig, 1927), p. 357, nt. 3.

el pensamiento al respecto del eximio Padre Fray Martín Sarmiento, cuyas ideas en punto a la necesaria reforma de nuestro ordenamiento punitivo «sorprenden por su audacia» en decir de Filgueira Valverde (8) y, a mayor abundamiento, conservan vigencia aun cuando provengan —cual es el caso del sabio benedictino— de autores no juristas. Es claro que Sarmiento no actúa como un jurista profesional, ni tampoco como un consejero del legislador, proponiendo a éste un sistema por él construido. Su función es crítica. El es un pensador ilustrado dispuesto a censurar las leyes penales partiendo de los supuestos racionalistas de la Ilustración (9). El expone con rigor la convicción de ideas que flotaban en el ambiente, lo que después se ha llamado la ideología penal de la Ilustración, «manteniéndose constantemente dentro de la más severa ortodoxia» (10).

Ha sido lugar común entre los penalistas españoles tener por precursor de Beccaria a Fray Martín Sarmiento (11), abstracción hecha de la errónea datación de la obra del benedictino que sirvió de base para tamaño aserto (12); entendemos que pretender combatir lo que Rodrí-

(8) FILGUEIRA VALVERDE, *Ideas y Sistema de la Historia en Fray Martín Sarmiento, Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia* (Madrid 1981), p. 39.

(9) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, p. 101.

(10) El párrafo entrecomillado constituye transcripción literal del pensamiento de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento y el siglo de Feijoo* (La Coruña 1901), página 158. Antolín López Peláez, que falleció en 1918 siendo arzobispo de Tarragona, metropolitano de Cataluña y primado de las Españas, fue anteriormente preconizado para la diócesis de Jaca. Durante su etapa de juventud ocupó, por oposición, la canonjía magistral de la catedral lucense; lector empedernido sus afanes investigadores se polarizaron, primordialmente en esa época, en torno a aspectos históricos de la Iglesia de Lugo con esporádicas incursiones a las obras de Feijoo y Sarmiento. Con todo, cumple constatar que en su faceta de historiador fue un autodidacta y tenía la mala costumbre de no indicar la procedencia de los datos que aportaba (Cfr. LÓPEZ VALCARCEL, s.v. *López Peláez, Antolín*, en GEG, T. XIX, pp. 160-161; para un elenco completo de su producción bibliográfica, vid.: *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, C.S.I.C. Madrid, 1972, s.v.).

(11) Vid., por todos, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, en adelante REP-174 (1966), p. 597.

(12) La datación errónea proviene de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., pp. 157-158, donde afirma: «El que pasa por haber sido el primero que impugnó la pena de muerte (...) es el milanés Beccaria, pero su libro vio la luz pública en 1764, y dos años atrás había principiado Sarmiento la *Impugnación del escrito de los abogados de La Coruña contra los foros benedictinos*, obra en la que hace las reflexiones citadas, las cuales fueron escritas antes de que apareciese el libro del Marqués de Beccaria». En realidad el título completo de esta obra —según el propio autor— fue el de *Obra de Seiscientos Sesenta pliegos que trata de Historia Natural y de todo género de Erudición con motivo de un Papel que parece se había publicado por los Abogados de La Coruña contra los Foros y Tierras que poseen en Galicia los Benedictinos*. PENSADO califica a esta gigantesca obra de «verdadera Silva de Varia Lección Crítica», en donde se trata y

guez Molinero (13) llama «el mito de Beccaria» para sustituirlo por otro mito no conduce a nada válido. Es sabido que Beccaria no creó la Ciencia del Derecho Penal, entre otras razones porque ya existía desde tiempo ha y, por lo demás, no se lo propuso. Beccaria no fue un científico-penalista, sino un reformista ilustrado, Sarmiento tampoco fue un penalista en el sentido actual del término, sino un polígrafo preocupado de servir a la Monarquía (14). Porque no hay duda de que Sarmiento era «progresista» en un doble sentido, muy propios ambos de su tiempo; era un hombre que creía en el proceso histórico del ser humano racional sobre la tierra, y era por ello un pensador consciente de que con sus críticas profundas del presente impulsaba la realidad social hacia cambios innovadores y perfeccionadores. Es, dicho con más precisión, un reformista, uno de los adalides del reformismo ilustrado. Y tampoco de los más radicales. Su psicología, su personalidad y su pensamiento rehuyen todo extremismo. A modo de conclusión de este punto, opinamos que para enaltecer glorias locales no es conveniente desfigurar y extralimitar una personalidad eximia tan bien definida.

II

Moure-Mariño, con harto expresivas palabras, afirma que «la figura más densa de saberes que en todo tiempo ha producido Galicia —el espíritu que buscó en más ramas y curiosidades, aquel que sintió

crítica de todo lo divino y humano, pero que en su propósito inicial responde —y se responde— a un escrito de los Abogados de La Coruña que pretendían demostrar que todo el atraso de Galicia era debido a la Orden Benedictina, dueña y señora de la mitad del reino. Sarmiento comienza defendiendo a su orden y tratando de demostrar la falsedad del escrito de los abogados coruñeses (Cfr. *Fr. Martín Sarmiento, testigo de un siglo. Discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1972-1973*, Salamanca, 1972, p. 34). Por lo que hace a la datación, en el prólogo al Vol. III de la *Obra de los 660 pliegos*, fol. 3, Recto dice: «En los números 3.526, 3.797, 3.849 y 4.421 señala escribía esta obra en el año 1764, y, f. al n.º 3582 manifiesta lo que en otras partes della tiene ya dicho de haberse ido empeñando en su composición sin designio formado y que por eso tendrá algunas repeticiones, aunque nunca contradicción» (*Col. Dávila*, B.N. ms. 20.392).

(13) RODRÍGUEZ MOLINERO, *Origen español de la Ciencia del Derecho Penal* (Madrid, 1959), p. 15.

(14) El respeto de Fray Martín al rey es indiscutible; las ácidas y agresivas condenas son contra los intermediarios recaudadores, contra los burócratas y los cortesanos políticos; pero nunca contra el monarca. Sus demandas a la Corona son de atención para informarla y solicitar ayuda. Las injusticias, aunque no se pueden atribuir directamente al soberano, son consecuencia del desconocimiento que éste tiene acerca de los problemas que pesan sobre la nación y sus súbditos (Cfr. ALLEGUE, *La Filosofía ilustrada de Fr. Martín Sarmiento: Experiencia y Lenguaje*, tesis doctoral inédita, Madrid, 1990, página 379, con abundante profusión de citas textuales al respecto).

la incitación de los más variados temas y problemas y, sobre todo, el que más estudió agavillando pasmosa erudición—, fue el padre Martín Sarmiento». Y concluye: «al pronunciar su nombre nos parece que una figura de gigante emerge sobre la tierra gallega» (15). Filgueira Valverde, por su parte, corrobora: «Leía siempre. Infatigable. Anotando con avidez cuanto los libros ofrecían al horizonte sin linderos de su red de conocimiento. Leía para sí y para los demás, porque entregaba los frutos generosamente a quienes solicitaban de él información» (16).

Con todo, ese «no se qué de vida frustrada» que Marañón columbraba en Sarmiento (17), todavía en nuestros días no lo ha abandonado y parece como si sobre su eximia figura gravitase un *factum* que obnubila en el presente su auténtica dimensión. Pasó el siglo XIX sin que a nuestro gran monje se le diera el relieve que debía, después de que en vida y durante todo el siglo XVIII fuera tan admirado (18). El siglo XX va siendo más justo con él, y aunque todavía hay personas que nada interesante encuentran en sus escritos, otras obtienen y obtenemos de su lectura grandes enseñanzas, grandes conocimientos respecto a la evolución mental e incluso social de España en una época importantísima y poco conocida, pese a todo. Llegada es la hora de que —siguiendo el imperativo marañoniano (19)— sea pagada la deuda que España entera contrajo hace más de doscientos años con nuestro sabio benedictino.

Nadie mejor que el profesor Pensado para exponernos los motivos de este plurisecular desconocimiento de la *magna opera* sarmientana: nacida en el oscuro remanso de su celda, el «Siglo de las Luces» rodeó su obra de una brillante niebla, de una aureola mítica de sabio oficial que llega a nuestros días, conservando sus escritos casi tan intactos e ignorados como lo fueron en su tiempo. Perecieron ahogados entre un pasado barbarie y aquel presente de charlatanería. Sólo unos

(15) MOURE-MARIÑO, *La Galleguidad del Padre Sarmiento*, en *Temas Gallegos* (Madrid, 1979), p. 54.

(16) FILGUEIRA VALVERDE, *Ideas y Sistema de la Historia*, cit., p. 45.

(17) No nos resistimos a transcribir las lúcidas palabras de MARAÑÓN al respecto: «Hay un no se qué de vida frustrada que seduce en este gran español del siglo XVIII, que en el mundo se llamó Pedro José García y Balboa, y en la religión Martín Sarmiento. Tenemos con él una deuda los españoles de ahora y se la pagaremos cuando sea la ocasión propicia». (Cfr. *Las ideas biológicas del Padre Feijoo*, Madrid, 1941, p. 147).

(18) El embajador de Venecia dijo a presencia de muchos, en su última despedida para Roma, que «solamente llevaba el sentimiento de verse privado del P. Sarmiento, cuya ciencia no había hallado en corte alguna, y no satisfecho con este elogio, volvió algunos pasos atrás, obligado de su amor, a besar la puerta de su celda» (Cfr. *Carta de J. Armona a Sarmiento desde Huelva a 12 de junio de 1761. Col. Dávila*. VI-VII, f. 51 r.).

(19) Cfr. la nota 17.

raros amigos, poco después de su muerte, se dedicaron a recoger su colección de escritos (20). Es el caso que de su obra ingente tan sólo vieron la luz de la imprenta opúsculos diversos, de materias heterogéneas (21). ¿Por qué se negó a publicar sus obras? ¿Acaso —como se pregunta Moure-Mariño (22)— porque los tiempos que vivía no le permitían manifestarse con la libertad deseada? ¿Quizás por orgullo? En nuestra opinión, por una concatenación de ambas circunstancias?. Por lo que hace a la primera, se ha apuntado: la repugnancia a sujetar los escritos a la aprobación de la autoridad laical; la censura no siempre justa y discreta de los superiores de la Orden; el tener que esperar después de escrito el libro «una cuarentena de semanas antes de que el impresor ponga la primera mano»; el suceder con harta frecuencia «que a la mitad de la impresión se pone *nihil transeat*, se pone embargo y se da por perdido todo lo hecho» (23). En punto al orgullo, ante todo debemos convenir en que Sarmiento es un hombre de sensibilidad poco comunicativa (24). El P. Feijoo le decía en una carta: «Yo me pasmo, me confundo y me aturullo cuando contemplo que V.P. no piensa sino en meterse en su rincón y cerrarse en su celda, hallándose en una edad flamante, con buena salud, que podría servir mucho a Dios y al mundo» (25); pero, sobre todo, Sarmiento desprecia a la generalidad de sus semejantes. En el curiosísimo ensayo suyo, *El Porque*

(20) PENSADO, *Fr. Martín Sarmiento, testigo de su siglo*, cit., p. 9.

(21) Transcurridos más de dos siglos del fallecimiento del P. Sarmiento todavía carecemos de un inventario fiable de todos sus escritos; la única posibilidad de acercarnos a un exacto deslinde de la fuente más primigenia de sus textos es la denominada «Colección Medina Sidonia» (sobre los avatares de esta Colección de manuscritos sarmentianos y sobre los de su copia posterior —la denominada «Colección Dávila»—, vid., PENSADO, *ibid.*, pp. 17 y ss.).

(22) MOURE-MARIÑO, *La galleguidad del Padre Sarmiento*, cit., p. 55.

(23) Las frases entrecomilladas son de progeñe sarmentiana y aparecen reproducidas sin indicación de la fuente concreta, en LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 11. Transcribimos unas declaraciones que, en epístola a Fray Mauro Martínez, hace respecto a su decisión de no publicar, a propósito de las mil desazones que sufre Feijoo por la publicación de su 5.º Tomo: «A mí no me cogen ni me cogerán esas desazones pues no me alisté en la cofradía de los muertos antes de la invención de la Imprenta, que jamás vieron impresos sus escritos» (Cfr. *Carta a Mauro Martínez*, fechada en Madrid el 21 de diciembre de 1759. El texto de la misiva aparece transcrito en la *Ilustración Gallega y Asturiana*, T. I., pp. 262-263).

(24) Sobre su reputación social dice él mismo: «¿Quién habrá que tenga alguna noticia de mi persona que no esté imbuido al mismo tiempo de mil historia, necedades e imposturas contra ella? (...) Puesto «a elegir entre todo calle o todo celda, optar por esto último y no le importa el juicio de las gentes». Para MARAÑÓN, su aislamiento, su hospitalidad y la defensa que hace de ésta denuncian a un psicópata depresivo, que concuerda con su arquitectura corporal rechoncha o pícnica; su manía de escribir y no publicar es patológica (Cfr. *Las ideas biológicas del P. Feijoo*, cit., p. 144, nt. 2).

(25) *Carta de Samos*, septiembre de 1740.

no y el Porque sí, proclama sin ambages que «cree que Madrid, la flor humana de España está poblada por cincuenta mil idiotas» y, por lo tanto, no ve qué sentido tiene escribir (26); como ha puesto de manifiesto Marichal (27), es lógico que Sarmiento dé a su prosa, en este ensayo, un aire quevedescamente fustigador, como expresión de su actitud de encerramiento, postura ésta que contrasta notoriamente con la de su amigo y maestro Feijoo (28).

III

Si bien no faltan autores como Herr, que afirman que el Derecho penal español dieciochesco «se encontraba en un estado de verdadero caos» (29), lo cierto es que la situación de la justicia criminal en España a lo largo de la Edad Moderna y en particular en el siglo XVIII, no difería en mucho, y —en todo caso no era peor— que la del resto de los países europeos. El caos de la legislación era semejante. La más importante de las compilaciones hasta el siglo XIX la constituían las Partidas. A ella se añadían colecciones de leyes, como la Nueva Recopilación, en las que se acumulaban pragmáticas frutos de las necesidades del momento.

El altísimo elenco de delitos era reflejo del estado de descomposición en que se encontraba la sociedad española. Aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castigan con la mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes como los delitos de magia y hechicería, que se juzgaban por tribunales especiales con el rigor más inhumano (30). Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos el poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles, incluso la de muerte, que se inflingía a infracciones actualmente de gravedad nimia, entre ellas la del «tercer hurto», que persistió en casi toda Europa hasta vísperas de la Codificación. La pena capital iba acompañada de formas de agravación auténticamente espeluznantes en los delitos de estado. La historia y las crónicas locales nos ha dejado noticias de estas inhumanas torturas

(26) *Semanario de Valladares*, VI. Sarmiento abundó siempre en la misma argumentación y así le escribía a Armona que «España no está para imprimir, ni aún para saber, sino cada uno para sí mismo» (Cfr. *Carta a Armona del 15 de mayo de 1761*, en *Col. Dávila VI-VII*, fol. 46 v.).

(27) MARICHAL, *La voluntad de estilo* (Madrid 1971), p. 148.

(28) FEJOO —lo contrario en esto que su compañero de orden— es hombre de sensibilidad comunicativa, aspira a que sus escritos sean temporalmente operantes y, como él mismo dice «Sacrifica su pluma al bien común» (*Ibid*), p. 149.

(29) HERR, *España y la Revolución del Siglo XVIII*, cit., p. 51.

(30) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte General*. (Madrid, 1953), p. 61.

en los relatos horripilantes de la «cuaresma viscontea», de Galeazzo Visconti II de Milán (31); de la muerte de Juan de Cañamas, seguramente loco, ejecutado en Barcelona en 1492 por regicidio frustrado en la persona del Rey Fernando el Católico (32); de Ravailac muerto el 27 de mayo de 1610 por el asesinato de Enrique IV de Francia (33); de Damiens, el 27 de marzo de 1757, por heridas leves causadas, sin ánimo homicida, al rey Luis XV (34); del tormento y muerte de los nobles portugueses Marqués de Tavara, de sus hijos y de su mujer y del duque de Aveiro, comprometidos en el atentado contra el rey José I, suplicados en Lisboa en 1758, en plena ilustración pombalina (35), y de la terrible forma de ejecución reservada en Inglaterra para los condenados por alta traición que todavía estaba en vigor en tiempos de Bentham (36).

Por lo que hace a nuestro país, los monarcas españoles, imposibilitados por sus propios intereses para realizar cambios sustanciales en la sociedad, se limitaron a dictar leyes durísimas sin atacar directamente la causa que producía el mal. Ejemplo de ello es la pragmática dada por Felipe V el 23 de febrero de 1734 que imponía la pena de muerte para todo aquel mayor de diecisiete años a quien se probara «haber robado a otro en la Corte o en las cinco leguas de su Rastro, ya sea entrando en las casas o acometiéndole en las calles y caminos,

(31) Descripción pormenorizada de este infernal suplicio, en ROSSI, *Guicciardini criminalista* (Milán, 1943), p. 65.

(32) BERNÁLDEZ, *Historia de los Reyes Católicos D. Fernando y D.^a Isabel escrita por el bachiller...*, en B.A.E. LXX (Madrid 1953) pp. 567 y ss. Horroriza la descripción que el cronista hace de la pena que se impuso al traidor y de la ejecución de la misma.

(33) Referencias al horrendo suplicio de Ravailac, en RYLEY SCOTT, *The History of Capital Punishment* (Londres, 1950), pp. 156 y 157.

(34) Fue análogo al suplicio de Ravailac, empero se trata del caso más conocido merced a las acerbas críticas que sobre el proceso vertió Voltaire dándole ocasión para proclamar a todos los vientos de Europa las lacras del viejo sistema, tan anacrónico promediado ya el siglo XVIII. No nos resistimos a transcribir las lúcidas palabras del sabio de Ferney: «En el proceso de ese fanático de la toga —Damiens— se probó que su intención no era matar al rey, sino inflingirle una ligera corrección. El desdichado había sido fámulo en el colegio de los jesuitas, colegio donde yo he visto a veces a los escolares repartir pinchazos con los cortaplumas, y a los fámulos devolvérselos. Damiens fue, pues a Versailles con esa determinación, e hirió al rey, rodeado de sus guardias y cortesanos con un cortaplumas». (VOLTAIRE, *Memorias de su vida escritas por él mismo*, trad. esp. Manuel Azaña, Madrid-Barcelona, 1920, pp. 83-84). En punto al tormento y muerte de Damiens, vid. la detalladísima descripción tomada de documentos de los «Archives Nationales» de París, redactada por ANCHEL, *Damiens Tod.* en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie* (1933), pp. 641 y ss.

(35) Relación del suplicio recogida de un testigo presencial en GONZÁLEZ NANDÍN, *Estudios sobre la pena de muerte* (Madrid, 1872), pp. 72 y ss.

(36) BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, Trad. esp. (Madrid, 1980), pp. 320 y ss.

ya con armas o sin ellas, solo o acompañado, y aunque no se siga herida o muerte en la ejecución del delito»; y la misma pena imponía a los cómplices, sin exceptuar a los nobles que no eran ahorcados, sino agarrados (37); si el ladrón cortesano era menor de diecisiete años y mayor de quince la pena era de doscientos azotes y diez años de galeras (38). También denotaba severidad extrema el decreto que Carlos III dicta en 1769, poco después de subir al trono, que imponía pena de horca por los hurtos violentos, hurtos de ganado e incendios cometidos contra los colonos de las poblaciones creadas en Sierra Morena.

A pesar de esta legislación inhumana no disminuyó el número de hurtos, «pues ni los robados se atrevían a denunciar a los ladrones, ni los testigos a declarar la verdad, consintiendo más bien en gravar sus conciencias, quebrantando el juramento, que en ver condenado a nadie a muerte por un delito que no tenían por tan grave, ni digno de semejante pena» (39). Como ha apuntado Tomás y Valiente (40), tales pragmáticas al contener penas desproporcionadas, eran no sólo ineficaces, sino contraproducentes. La experiencia demostraba que ningún ciudadano se atrevía a denunciar al criado que le había hurtado algo en su propia casa, pues nadie tenía el ánimo tan duro como para condenar a muerte a quien le había quitado unas monedas o unos cubiertos de plata. Con lo cual, el ladrón doméstico o el ladrón callejero que no empleara la violencia, se sentía favorecido y casi amparado por la opinión pública. Además, dado que esta legislación confundía en orden a la pena el hurto simple y el robo, parecía invitar al ladrón a que utilizase el procedimiento que tuviera para él más garantías, ya que todos le ofrecían el riesgo de un mismo castigo; y así se le inducía a la violencia e incluso al asesinato de la víctima para que ésta no pudiese declarar contra él (41). En suma, la legislación borbónica continuó siendo anticuada, con un sistema de penas rígido y burlado en la práctica con demasiada frecuencia y, por ende, sin proporcionalidad entre penas y delitos, punto clave de toda legislación penal (42).

La necesidad de reformar las leyes penales se evidenciaba a todos los que tenían relación con los asuntos jurídicos. Sempere dice: «Nues-

(37) Nov. Recop. XII, 14,3.

(38) Ibid. VIII, 11.7.

(39) SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, 3 (Madrid, 1785-89), p. 168.

(40) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., página 360.

(41) También MONTESQUIEU cuenta que «en Moscovia, en donde la pena de los ladrones y de los asesinos es la misma, se asesina siempre. Los muertos, se dice, no hablan» (*De l'esprit des lois*), Lib. VI, cap. 16.

(42) Análoga situación se planteaba en la Iglesia de fines del XVIII según se infiere de las observaciones tomadas *in situ* por MIRABEAU: «La primera cosa que llama mi

tros tribunales y el Ministerio están llenos de abogados que conocen los vicios de nuestros códigos y que desean remediarlos» (43). Y es que los sistemas punitivos que persiguen como fin único o preponderante la intimidación se desorbitan fácilmente. Ante el fracaso del castigo por el delito anterior que pone de relieve el nuevo, se cree en la insuficiencia del rigor, por lo que parece lógico aumentarlo, y así sucesivamente (44). De aquí la necesidad de prolongar la escala de las penas por arriba de la muerte creando sobre la simple privación de la vida suplicios largos y dolorosos, con fuerza de intimidación para quienes tengan en desprecio su existencia (45).

Contra esta lamentable situación del ordenamiento punitivo, cuya contradicción con el desarrollo cultural de la época era palmario, reaccionó una pléyade de pensadores cuyas opiniones contribuyeron poderosamente a la necesaria reforma de la legislación penal en diversos países. Sería desde luego interesante un estudio comparativo de las ideas penales de la Ilustración. No puede ser tan ambicioso el tema de este artículo en el que nos limitaremos a ahondar en el pensamiento de los autores que dejaron su impronta en el ideario punitivo sarmientano.

atención en el examen de las leyes penales inglesas es que entre las diferentes acciones que los hombres están obligados a hacer diariamente, hay ciento sesenta que un acto del Parlamento ha declarado crímenes capitales e irremisibles, es decir, que deben ser castigados con la muerte. Cuando se busca la naturaleza de los crímenes que componen este formidable catálogo, se encuentra que son sólo unas faltas que merecían apenas unos castigos corporales, mientras que omiten las maldades de naturaleza más atroz. El robo más simple cometido sin ninguna especie de violencia es tratado algunas veces como el crimen más enorme. Descarriar una oveja o un caballo, arrancar alguna cosa de las manos de un individuo y echar a huir, robar cuarenta chelines en una casa en que se habita, o cinco en una tienda, tomar de la faltriquera de alguno el valor de doce peniques, son otros tantos crímenes que merecen la muerte, al paso que no se juzga digno de una penal capital un falso testimonio que amenaza la cabeza de un acusado, ni un atentado sobre la vida, aunque fuese la de un padre. La multa y la cárcel son la sola expiación de que se exige de aquel que ha dado de puñaladas a un hombre de manera más cruel, siempre que después de un largo padecer le quede a este desgraciado bastante vida para arrastrar aún unos días enfermizos y dolorosos. Tampoco la pena es más severa contra el incendiario, siempre que haya pasado escritura de la casa que quema, aun cuando ésta esté situada en el centro de la ciudad, y por consiguiente la vida de algunos centenares de ciudadanos se exponga a perecer en las llamas» (Cfr. *Observations d'un voyageur anglais sur Bicetre*, 1788).

(43) SEMPERE Y GUARINOS, *loc. cit.*, en nt. 39, p. 117.

(44) ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en REP 166 (1964), p. 416.

(45) MUYART DE VOUGLANS, describe, sin perdonar detalle, cinco clases de penas de muerte desde la «más rigurosa» hasta la «más favorable para el reo»: I) el descuartizamiento por tiros de caballos; II) el fuego; (III) la rueda; IV) la horca; V) la degollación (Cfr. *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, París, 1780, p. 58).

La recepción del «iluminismo» penal en España tuvo, como en otros países, por vehículo la pequeña gran obra del Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (46). Este libro, de reducidas páginas y de enorme repercusión (47), no es un tratado de materia criminal, es ante todo una ardiente acusación contra la barbarie del Derecho penal del antiguo régimen, lanzada en el momento crítico con fortuna sin par, sintetizando ideas que estaban en el ambiente y que el autor reconoce modestamente deber en su mayor parte a los filósofos franceses. Sin mayor originalidad, Voltaire insistió sobre los mismos tópicos, enriquecidos por la galas literarias y el arma, siempre poderosa de la ironía (48). Con todo, en 1762, dos años antes de la aparición del libro de Beccaria, ve la luz el «Contrato Social», de J. J. Rousseau, base del pensamiento beccariano (49) y que por su enorme difusión (50), contribuyó a extender ideas —como las relativas al fundamento de las penas— que luego repetiría el marqués italiano.

Beccaria recoge estas críticas contra la Justicia del Antiguo Régimen y, lo que es más importante, formula un programa de reformas que ha ido imponiéndose en las legislaciones, a través de los monarcas del

(46) El libro sale en 1764 en Livorno. La primera edición es anónima por temor a las dificultades que pudiera proporcionarle su publicación en Milán. El éxito fue fulminante: las ediciones se sucedieron rápidamente (seis en dos años) y finalmente se conoció el nombre del autor. Los enciclopedistas franceses expresaron su entusiasmo, y en 1766 fue puesto en francés por el abate Morellet. El libro se traduce a todas las lenguas cultas (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*, trad. esp. de Juan Antonio de las Casas, ed. de Juan Antonio Delval, Madrid, 1990, p. 13).

(47) Sobre Beccaria y su obra: CANTU, *Beccaria e il diritto penale* (Florencia 1882); PESSINA, *Il diritto penale vigente in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice vigente*, en *Enciclopedia*, Vol. II (Milán, 1906) pp. 550 y ss.; LANDRY, *Cesare Beccaria. Scritti e lettere inedite* (Milán, 1910).

(48) Sobre Voltaire y Beccaria y sobre la actividad de Voltaire encaminada a la reforma de la legislación, puede verse: MAESTRO, *Voltaire and Beccaria as Reformers of Criminal Law* (Nueva York), 1942.

(49) Para ROUSSEAU, los hombres, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, sacrificaron una parte de su libertad para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad forma la soberanía de una Nación. Pero no bastaba formar este depósito; era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas, para evitar las cuales se necesitaban motivos sensibles. Estos motivos sensibles son las penas, porque la experiencia ha demostrado que la multitud necesita de ellos para compensar los ímpetus parciales que se oponen al bien universal. Fue la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de sus libertades, y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible. El agregado de todas estas porciones pequeñas de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho y no derecho (ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, París, 1954, *passim*).

(50) Probablemente no hubo otro autor extranjero que fuese tan bien ni tan generosamente acogido al sur de los Pirineos en la segunda mitad del siglo XVIII (Sobre el tema, Vid.: SPELL, *Rousseau in the Spanish World*, pp. 20 y ss.).

despotismo ilustrado. Se le ha negado la originalidad basándose en que sus ideas constituyeran lugar común entre los iluministas (51); pero ya es bastante mérito haber sabido recoger y concretar un ambiente ideológico, convirtiéndose en símbolo de una nueva época. Su pretendida ausencia de originalidad no puede erigirse en demérito si tenemos en cuenta que expone el ideario de los filósofos galos con una sencillez y sentido común que no es el menor de sus encantos. Otro es el de saber transmitir con detenimiento sus claras y firmes convicciones sobre el fin y los caracteres de la pena. Pero ninguno de los que habían escrito antes que él contra los abusos jurídicos lo había hecho de un modo tan coherente y sobre todo en una coyuntura histórico-cultural tan propicia y esto explica el sorprendente éxito de su librito y la fama que proporcionó al autor (52). En decir de Tomás y Valiente: cuando un libro tiene tanto éxito es porque dice aquello que muchos querían leer y que otros muchos temían ver escrito (53).

En 1774 —sólo diez años después de su aparición— el público español tenía a su disposición una traducción (54), cuando ya muchos ilustrados lo conocían a través de alguna de las ediciones italianas o francesas (55). El Consejo de Castilla no estaba seguro de la acogida que obtendría la obra y mandó poner un aviso en la portada advirtiendo que se había permitido la publicación «sólo para la ilustración pública sin perjuicio de las leyes del Reino». El prólogo del traductor hacía la misma observación e iba seguido de una protesta: si el libro se oponía en algo al sentir de la Iglesia o a las regalías del rey «desde luego con toda sumisión y respeto lo detestamos».

(51) Sobre esta polémica vid.: SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, I (Roma, 1925), p. 25; HEATH, *Eighteenth Century Penal Theory* (Oxford, 1963), pp. 109 y ss.

(52) DEL VAL, *op. cit.* en nt. 46, p. 11.

(53) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., página 103.

(54) CESARE BONESANA, MARCHESE DE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido del italiano por Juan Antonio de las Casas (Madrid, 1774). Siguen las de 1820 (Madrid) y de 1821 por Juan Ribera (Madrid, Villalpando) y la de 1822 publicada en París reeditada en 1828. Otras versiones castellanas vieron la luz en 1851 y 1870. En 1930 (Madrid) se publica la traducción originaria con un estudio preliminar de Saldaña en el que se analizan las influencias de Montesquieu sobre Beccaria, de éste sobre Lardizábal, etc. En Buenos Aires, 1958, se publicó una traducción por Sentís y Ayura con prefacio y notas de Calamandrei. Más recientemente la traducción de Jordá Catalá (Barcelona, 1983), con un estudio de Venturino sobre las reacciones en Italia y Europa surgidas al socaire de la publicación y, por último, la edición a cargo de Del Val, ya citada.

(55) El Tratado de Beccaria era conocido en España antes de que apareciera su traducción. En 1770 es citado por Alonso de Acevedo, en *De reorum*, como apoyatura de su tesis condenatoria del tormento. Parece que igualmente Jovellanos conocía el libro antes de su aparición en castellano (Más detalles al respecto en DEL VAL, *ibid.*, p. 169).

Sin embargo, tanto las protestas del traductor como su intento de presentar la obra en sus aspectos menos peligrosos y más tolerables para la clase dominante, sirvieron de bien poco. El libro objeto de durísimos ataques por el estamento clerical fue prohibido por edicto de la Inquisición de 20 de junio de 1777 para toda clase de lectores. Empero, pese a la condena inquisitorial que pesaba sobre él, no fue prohibido por el poder civil y continuó circulando. El indicio es inequívoco. Se tolera que circulen unas ideas que muchos califican de nefastas y peligrosas; pero se deja a salvo la continuidad e inamovilidad del sistema legal vigente. Así se actuó ya que el ansiado Código Penal no vio la luz hasta pasado medio siglo.

Y es que en España, salvo el pequeño círculo de ilustrados, la tradición mantenía su imperio. Se esforzaron mucho los pensadores iluministas de la segunda mitad del siglo XVIII en España, empero, la resistencia de los juristas y de los intelectuales tradicionalistas fue superior a sus anhelos y trabajos en muchas ocasiones y en terrenos tan fundamentales como el que acabamos de ver (56). La Inquisición era consciente de su incapacidad para impedir que los libros prohibidos se continuaran leyendo; con todo, varios escritores se arrogaron la tarea de refutar los errores que contenían, unas veces recurriendo a la traducción de apologistas católicos franceses (57), otras poniendo a prueba sus facultades personales para combatir a los «philosophes» (58). Sería fácil mostrar más ejemplos de esta reacción contraria al reformismo en cuestiones penales, pero creemos que lo expuesto basta para mostrar que los enemigos de las «luces» recurrían a los textos franceses en procura de pertrechos con la misma falta de reparos que los partidarios de ellas.

Todos los apologistas españoles estaban de acuerdo en que los nuevos filósofos eran peligrosos para el trono y el altar y aunque no se encuentran indicios de que existiesen en España personas que ataca-

(56) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., página 109.

(57) En 1765 el *Mercurio histórico y político de Madrid*, publicó una traducción de la obra que escribió OMER JOLY DE FLEURY, refutando las ideas de Rousseau, particularmente su *Emilio*, por «sus principios impíos y abominables contra la religión católica y contra J.C., su autor» (Cit. por SPELL, p. 43). Entre 1769 y 1771 uno de los predicadores del rey, el P. RODRÍGUEZ MORZO, tradujo dos impugnaciones dirigidas a Voltaire, al que consideraba —junto a Rousseau— «enemigos *in primo capite* de la Sociedad, del Alma, de Dios y de la Religión» (Cfr. HERR, *España y la Revolución del siglo XVIII*, pp. 176-177).

(58) El más importante fue el fraile jerónimo FERNANDO DE ZEVALLOS, autor de *La falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas de crimen de Estado contra los soberanos y sus regalías, contra los magistrados y potestades legítimas* (Madrid, 1775-76, 6 tomos). En un embrollo de argumentos repetidos a menudo con apariencias distintas donde con estilo farragoso se acusaba de sediciosos y libertinos a casi todos los filósofos.

sen el altar o el trono, lo cierto es que la cerrazón tradicionalista amontonó los obstáculos doctrinales y, sobre todo, administrativos para paralizar una codificación penal cuyo progresismo no podía ser muy radical. El ansiado triunfo de la razón tardó en producirse entre nosotros. Las reformas punitivas más importantes sólo eran implantadas en las Cortes gaditanas; la Inquisición sufrirá durante el primer tercio del siglo XIX las alternativas derivadas de los avatares políticos; y el primer Código Penal de 1822, elaborado durante el trienio liberal sólo vivirá efímeramente, pues fue derogado justamente al día siguiente de su promulgación, con el inicio de la última década absolutista de Fernando VII.

IV

Aunque las características de la legislación penal española no difieren esencialmente de las extranjeras (59), nuestra justicia criminal fue menos cruel. Cerdán de Tallada aseguraba en el siglo XVI la moderación de la de Castilla en comparación con la francesa (60). No aparece en nuestro ordenamiento punitivo el suplicio de la rueda, generalizado por casi toda Europa. Sin ir más lejos, el reglamento pombarino portugués de 1774 admite la tortura para casos de herejía y dogmatismo (61). Aun cuando Lardizábal escribía a fines del XVIII que la muerte por el fuego o las saetas había dejado de emplearse en nuestra patria, mientras la rueda, el descuartizamiento de seres vivos y el aceite hirviendo eran utilizadas todavía en algunas naciones cultas (62), es indudable que, por aquellos tiempos, la denominada

(59) GARÇON habla de un derecho penal común a los estados europeos durante la edad Moderna que en sus rasgos generales se encuentra en la antigüedad pagana (Cfr. *Le droit pénal*, París, 1922, p. 59).

(60) CERDÁN DE TALLADA, *Verdadero Gobierno de esta Monarquía tomando por su propio sujeto la conservación de la paz* (1581), fol. 70. PEÑA, en el comentario a la obra de Eymereich, se inclina por los instrumentos tradicionales españoles frente a los tormentos nuevos que se idean en el extranjero, ya que eso es más propio de *carnificium et crudelium quam consultorum et theologorum* (Cfr. EYMERICH, *Directorium inquisitorium... cum commentariis Francisci Pegnae*, Roma, 1587, p. 594).

(61) Para justificar su empleo contra quien haya «difundido o diseminado sus perniciosas sectas», alega que «las reglas del más gran bien común de todos los estados... en la conservación de la religión pura y librada de sectas, crímenes y herejías que amenazan y arruinan sus firmísimos fundamentos... se hacen superiores a cualquiera consideración particular en favor de los atormentados...»; siguen instrucciones muy detalladas de cómo aplicar la tortura, determinando el número de testigos, cuándo debe ser repetida y demás disposiciones (Vid., al respecto, JOBIM, *La inquisición portuguesa y la Ilustración: El Proyecto de reforma de Melo Freire*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición Española*, ed. J.A. Escudero, Madrid, 1989, p. 792, nt. 23).

(62) LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas* (Madrid, 1782), Cap. V, ns. 21 a 23.

«cuestión del tormento» seguía todavía siendo objeto de acendrada polémica. En efecto, cuando el siglo agotaba sus últimas décadas, un canónigo de Sevilla, Pedro de Castro, defendía el empleo de la tortura en una enérgica diatriba titulada: *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron e impugnación del tratado que escribió contra ella el Dr. D. Alonso María de Acevedo* (63). El ya citado P. Zevallos alababa la utilidad y justicia de la tortura, aunque con tímidas concesiones a sus detractores (64). Conviene recordar por último, que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se manifestaba en 1778 favorable al uso del tormento como institución procesal penal estimándola «justa, útil y necesaria» (65).

Si esto acaecía en los años finiseculares, ¿cuál sería la situación en la primera mitad del XVIII? La dureza de la legislación era manifiesta para lo que hoy no pasan de ser delitos fútiles o, incluso, en algunos casos, meras infracciones morales sin trascendencia punitiva: A los bigamos, además de la confiscación de sus bienes (66), se les marcaba en la frente una Q con un hierro al rojo (67); para la blasfemia, las Partidas establecieron un sistema que iba desde el embargo de bienes a los nobles y burgueses hasta una diversidad de penas impuestas a los hombres viles —azotes, marca, mutilación (68)—. El derecho de las Recopilaciones generalizó las penas de confiscación, destierro, azotes y mutilación (69).

La tortura tenía una importancia desmedida como medio de conocimiento de la existencia de culpabilidad, constituía un instrumento coercitivo cuyo fin era obtener la confesión del reo. Todo el andamiaje está entramado en orden a la consecución de la prueba perfecta: la confesión del acusado. Pues, en efecto, si ésta no se produce espontáneamente, la existencia de indicios contra un sospechoso permitía al juez someterlo a tortura *ad eruendam veritatem*; habida cuenta de que sólo se consideraba desvelada la verdad cuando el atormentado confesaba

(63) Publicado en Madrid en 1778. Sobre la denominada «cuestión del tormento», vid.: MARTÍNEZ DÍEZ, *La tortura judicial en la legislación histórica española*, en AHDE 32 (1962), pp. 292-293; TOMÁS Y VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho* (1964), pp. 26 y ss.; GACTO, *Aproximación al Derecho Penal de la Inquisición*, en *Perfiles*, cit., pp. 176 y ss.

(64) E. P. ZEVALLOS reputa útil el tormento, porque sirve para purgar la infamia de los torturados que son hombre llenos de pecados y vicios; sin embargo, rechaza la tortura aplicada no al presunto culpable, sino a otros para que digan lo que sepan sobre el verdadero delincuente, pues, razona él, «no es delito conocer al reo de un delito» [*La falsa filosofía*, cit., V (1775), pp. 367-380].

(65) MARTÍNEZ DÍEZ, *La tortura judicial*, cit., pp. 292-293.

(66) Part. 7, 17, 6.

(67) Nov. Recop. 12, 28, 8 y 9.

(68) Part. 7, 28, 2 a 5.

(69) Ordenanzas Reales de Castilla 8, 9, 2.

su culpabilidad en el acto del tormento y ratificaba su confesión después de la tortura, pero no si el torturado sostenía, antes durante y después del tormento, su inocencia. Por otra parte, la existencia de privilegios personales propios de una sociedad estamental, así como las amplias facultades otorgadas al juez a la hora de interpretar los indicios de culpabilidad, determinaban tanto la existencia de discriminaciones en función del rango social del acusado, como la escasa o nula virtualidad práctica que cabía conceder a las normas —especialmente las contenidas en las Partidas— que exigían en todo caso la presencia de presunciones o indicios «ciertos» para que el tormento pudiera ser aplicado. La exigencia de sospechas o indicios suficientes, por un lado, y la importancia concedida al arbitrio judicial, por otro, no constituían sino contraposiciones insalvables (70).

Contra la tortura se había escrito bastante desde S. Agustín y Luis Vives (71), pero es el P. Feijoo quien, por vez primera, utiliza argumentos de utilidad para poner en duda su eficacia, ya que —advierte— hay personas tan débiles que, al primer tormento, confiesan lo que se les pide aunque sea falso y otras tan pertinaces que siguen negando la verdad aunque se le apliquen los más duros tormentos (72). Con razón y oportunidad observa D. Vicente de la Fuente que el mérito de Feijoo estriba en que publica su «Paradoja» sobre la tortura en 1734, anticipándose así en varios lustros a la polémica que entre los juristas españoles desencadenó la ya comentada «cuestión del tormento» (73). Empero, el pensamiento del Padre Maestro dista mucho de ser paladinamente claro al respecto (74) y, sobre todo, se muestra muy lejano del de su discípulo y amigo Fray Martín Sarmiento.

(70) TOMÁS Y VALIENTE, *La última etapa*, cit., pp. 107 y ss.

(71) Vid., al respecto, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., p. 599.

(72) Ya la décima de las *Paradojas políticas y morales* de Feijoo rezaba así: *La tortura es medio falible en la inquisición de los delitos* y en ella, entre otras cosas, se señalaba: «Es innegable que el no confesar en el tormento, depende del valor para tolerarlo. Y pregunto, ¿el valor para tolerarlo depende de la inocencia del que está puesto en la tortura? Es claro que no, sino de la valentía del espíritu y robustez de ánimo que tiene. Luego la tortura no puede servir para averiguar la culpa o inocencia del que la está padeciendo» (...) «Parece, pues, que igualmente peligran en la tortura los inocentes que los culpables. ¡Terrible inconveniencia! Lo peor es que no es el peligro igual, sino de parte de los inocentes mayor. Diranme que ésta es una nueva paradoja. Confiésolo, pero si no me engaño, verdaderísima» (Cfr. *Obras escogidas de Feijoo*, en B.A.E. T. LVI, pp. 289 y ss.).

(73) MARTÍNEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijoo* (Orense 1973), página 68. Para MARAVALL constituye «uno de los timbres de gloria de Feijoo». (Cfr. *Estudios de historia del pensamiento español. Siglo XVIII*, Madrid, 1991, p. 201).

(74) En la *Balanza de Astrea o recta administración de Justicia* declara no horrorizarle que a los testigos falsos les corten en la India los pies y manos, y en Berna un magistrado les hiciera hervir en aceite (*loc. cit.* en nt. 72, p. 264).

En efecto, la protesta de Sarmiento sobre la aplicación de la tortura judicial es mucho más airada y, podríamos decir, atrevida que la formulada por su ilustre coetáneo. La tortura como medio de provocar la confesión era pieza esencial del proceso inquisitivo; por eso entendemos que todas las críticas que se hicieron de ella carecieron de coherencia y de fundamentación suficiente, ya que iban dirigidas únicamente contra ella y no contra el sistema procesal penal en su conjunto (75). El acierto de Sarmiento consistió en plantear la crítica general de todo el sistema procesal inquisitivo y penal de su época. No presenta, claro está, un tratado construido sistemáticamente; no obstante, en su pensamiento hay unos principios nucleares que conviene sintetizar: los modos de averiguar los hechos mediante tormento «son y serán siempre falsos, falaces y fallidos» (76); deben rechazarse los juramentos como elemento probatorio (77); en consecuencia, prefiere la prueba testifical (78). Por la aplicación de la tortura peligran más los inocentes, a quienes sorprende su hábito de soportar el dolor, que los culpables, frecuentemente endurecidos por aquél; a mayor abundamiento, si se le aplica a un inocente, sus consecuencias pueden ser irreversibles e irreparables (79). Como medio que se debe seguir para indagar la verdad de los hechos, Sarmiento —que como el mismo se

(75) Vid., en el mismo sentido TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 173.

(76) SARMIENTO, *Obra de los seiscientos sesenta pliegos*, Col. Dávila, fol. 270 r. A continuación pormenoriza sobre las modalidades del tormento utilizadas en su época en estos términos: «El de Duelo y Desafío es notoriamente bárbaro sobre falaz, pues se confunde la mayor fuerza, y Destreza, con la verdad, y la Razón; y con razón está ya prohibido. Esto es entre *Particulares*, pero entre *Príncipes independientes*, es el modo más usado. Entre esos son *Papeles mojados* las *Leyes*; y como dixo vero; entre ellos sus *Canones*, son sus *Cañones*. Y si no median otros Reyes como *Arbitros*, que los Amisten gana el Pleyto el que tiene más fuerza; no el que tiene más *Derecho*» (fol. 270 v.). «Las *Pruebas* por *agua* o *Hierro*, además de ser falsas, como la del Duelo; y aver mil modos de tergiversarlos eran *supersticiosos*, y tentativas de la Omnipotencia divina, para que hiciese milagros» (fol. 271 r.).

(77) A propósito del juramento distingue entre medio de prueba y elemento de prueba; no tiene inconveniente en admiirlo como lo primero, pero se muestra relictante a que actúe como pieza de convicción en la formación de la opinión del juzgador porque hay muchos «mentirosos» (fol. 271 r.).

(78) *Ibid.* Con todo, en fol. 267 v. Califica de poco fiable a la prueba testifical: «No hay cosa más fácil, que el hacer, una *Información falsa*, cuando el interesado es poderoso en riqueza, Espada y en *Vanaalzada*. Con *tres* ó quatro quartillos de vino, o con algún tabaco está compuesto todo. Y lo peor es que, a veces, *unos mismos testigos* juran en dos informaciones encontradas. Así pide la Crítica que las deposiciones de *Rústicos*, en *función* de *Sujetos Poderosos*, se miren como *sospechosos*».

(79) «El tormento es el medio más falaz, y dicen que el rey de Prusia le prohibió. Y lo peor es que si después del *tormento*, se da por inocente, y este muere, o queda inútil para toda su vida; no he leído *ley* que castigue esa injusticia; y remedie esos daños» (folio 272 r.).

preocupa en señalar no habla como jurisperito (80)— rechaza la intimidación y postula por la prevención que se manifiesta en la represión de la avaricia y de la ociosidad (81), todo ello merced a la aplicación de un aparato legislativo útil, claro, sencillo y preciso (82).

Con razón arguye Tomás y Valiente que en el fondo, entonces como ahora, se trata del mismo problema siempre: elegir entre un planteamiento ético, que valore la justicia y el respeto al hombre concreto por encima de todo, y otro planteamiento político *lato sensu*, que considere la eficacia como resultado óptimo deseable, al margen o en contra de consideraciones éticamente defendibles (83). La tortura era y es eficaz en cuanto que con ella se logran a veces confesiones que sin su empleo no se pronunciarían. La tortura era y es injusta porque implica la fría y gratuita decisión de provocar sufrimientos a un ser humano; porque puede dar lugar a autoacusaciones o a delaciones falsas, y, por tantas otras razones, éticamente incontroversibles. El sistema procesal-penal y el rey —legislador de entonces— optaron por la violencia eficaz; hoy, otros que no son jueces, juristas ni legisladores realizan también lamentablemente la misma elección. Unos y otros anteponían y anteponen lo político, lo eficaz, a lo ético-jurídico.

Para Sarmiento, la realidad social que él presencia está llena de leyes injustas, sanguinarias y esotéricas. Su pretensión es abrir los ojos a sus conciudadanos ignorantes y combatir en pro de la necesaria reforma de aquéllas. El modo de combate por él elegido no es el estudio mi-

(80) A la pregunta: «¿Qué medio se debe seguir para averiguar la verdad de un hecho?». Responde: «A mí no me toca el señalarle, ni soy de dictamen, que eso se encargue a juristas» (*Ibid.*).

(81) «Dícese que los *testamentos* de *Abogados*, son una setina de *Pleytos*. Los que han de entender en eso, deben atender a que la mejor medicina es la *preservativa*. Es imposible quitar los *Delinquentes* del Mundo aunque lluevan *Leyes* y *Penas*. La raíz de todos los *Males* y de los más de los *Malos*, es la *Avaricia*. Y la madre de todos los *Vicios*, es la *hociosidad*. Como se espolee bien ésta, con *Penas* gravísimas, y se *refrene* aquélla, con *tasas* prudenciales para todo está remediado mucho» (*Ibid.*).

(82) «Los *Castellanos Antiguos* tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta *infinidad* de *Hombres de Pluma*, ni avía tantos *Pleytos* (*Ibid.*). En línea con Motesquieu, Sarmiento define a la ley: «conforme a Régla; norma justa y aquí, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue *in bonum*, que retraiga del mal moral; constante, perpetua e inalterable» (fols. 225 r., 226 r.). También hace profesión de fe del pensamiento ciceroniano de que *Simplicitas legum amica*: Un letrado no tiene que servir para la inteligencia de la ley «pues si como es ley y justicia, que esa ley está en *vulgar*, clarísima, y que pueden entender *todos*, cualquiera la entendera. Esto se palpa en los *Bandos*, cuyo contexto después de Pregonado, se fixa en las esquinas. Y sería necedad consultar abogados para entenderle. Y que son *leyes*, sino unos *Bandos de larga duración*» (folio. 266 v.).

(83) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, página 175.

nucioso y técnico-jurídico de los delitos, sus formas y las penas contra cada uno de ellos; él se limita a mostrar los principios generales, las faltas más importantes y los errores más funestos del ordenamiento penal vigente.

El problema de la pena de muerte es el que dio lugar a más controversias y el que, sobre todo desde el siglo de las luces, dividió más las opiniones (84). Seguramente ningún medio penal ha sido más ardientemente combatido ni, por otra parte, defendido con la más firme convicción, ni más universalmente aplicado. Como ha señalado Rossi: «La historia nos enseña que el uso de la pena de muerte ha sido universal; se la encuentra establecida en todas las épocas y en todos los pueblos» (85).

Las ideas abolicionistas no encontraron eco hasta el siglo XVIII. Se inicia en tonos moderados, no se pide su abolición total, sus aspiraciones son más limitadas; se pretende, tan sólo, restringir su campo de aplicación y la supresión de las espantosas torturas que comúnmente acompañaban a la muerte. Montesquieu, que pasa por ser uno de sus primeros precursores, consideraba lícita la última pena: «el hombre la merece, escribía, cuando ha violado la seguridad privando o intentando privar a otro de la vida, y es un remedio para la sociedad enferma» (86). Tampoco Rousseau fue adversario de esta pena; inspirado en un sentido preventivista opinaba que la sociedad tiene el derecho de matar si no existe otro medio de impedir que se causen nuevas víctimas (87). Uno de los espíritus señeros de la época, Goethe, no la impugnó ni en sus días de estudiante, ni después como hombre de estado; por el contrario, se manifestó en pro de su mantenimiento (88). Lardizábal, sin duda el más conspicuo representante del iluminismo español en el ámbito jurídico-penal (89), se mostró favorable a

(84) CUELLO CALÓN hace referencia a los tiempos pretéritos de la Ilustración en estos términos: «En los pasados siglos, los problemas de su legitimidad y conveniencia, objeto de viva controversia en la época moderna, no inquietaban a los criminalistas, a los gobiernos ni a la opinión pública; nadie ponía en duda su utilidad ni justicia. En aquellos remotos días, sostener su posible abolición se hubiese recibido, al menos, como una extravagancia peligrosa» (Cfr. *La moderna penología*, Barcelona, 1958, página 113).

(85) ROSSI, *Derecho Penal* 3, trad. esp. (Madrid, 1883), p. 489.

(86) MONTESQUIEU, *De l'esprit*, cit., lib. XV, cap. IV. Sobre el tema, vid. GRAVEN, *Les conceptions pénales et l'actualité de Montesquieu*, en *Rev. de Droit Pénal et de Criminologie* (Bruselas, 1949), pp. 161 y ss.

(87) ROUSSEAU, *Du contrat social*, cit., lib. II, cap. V.

(88) Goethe, en 1771, siendo estudiante en Estrasburgo, sostuvo su tesis doctoral: *Poenae capitales non abrogandae*. Vid., en este sentido, SCHMIDT, *Goethe und das Problem des Todesstrafe*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (1948), pp. 444 y siguientes.

(89) Así lo califica ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en REP 174 (1966), pp. 607 y ss.

la punición capital (90), dirigiendo incluso acerbos críticas a los abolicionistas (91). Incluso Beccaria, que pasa por ser uno de los iniciadores de la campaña contemporánea contra la pena de muerte, admite dos motivos «que hacen necesaria la muerte de un ciudadano» (92). El propio Feijoo, si bien no puede decirse que fuese su defensor a ultranza, propugnaba su mantenimiento. Veamos sobre este punto el pensamiento del sabio de Casdemiro:

«Dirásme acaso que esos daños no se remedian con que ese hombre muera, y así su muerte no hace más que añadir esta nueva tragedia a las otras. No se remedian esos daños; pero se precavén otros infinitos del mismo jaez. Los delitos perdonados son contagiosos; la impunidad de un delincuente inspira a otros osadía para serlo; y al contrario, su castigo, difundiendo una aprensión pavorosa en todos los mal intencionados, ataja mil infortunios. Ya que no puedes, pues, estorbar la desdicha de aquellos inocentes en quienes ya está hecho el daño, precavé la de otros innumerables» (93).

A la vista de lo expuesto, no podemos mostrarnos concordes con Martínez-Ruisco, cuando afirma que «los textos en que apoya —la pena de muerte— afloran serias dudas que pudieran interpre-

(90) Con todo precisa algunas cautelas: «se debe usar de mucha circunspección y prudencia en imponer la pena capital, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solos aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria. La pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que es necesario cortar un miembro, para conservar el cuerpo» (Cfr. LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas contrahído á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, II, 4).

(91) «Movidos acaso de esto —se refiere a los abusos cometidos en la aplicación de la pena de muerte— algunos autores modernos, han dado en el extremo contrario, esforzándose a producir todas las razones que les ha sugerido su ingenio, para proscribir la pena capital como inútil y perniciosa, persuadiendo a los legisladores el total exterminio de ella en sus Códigos penales (...) Las razones en que se fundan los que quieren proscribir la pena de muerte, son ciertamente más ingeniosas que sólidas» (Cfr. *Ibid.*, I, 5).

(92) «La muerte de un ciudadano sólo puede considerarse necesaria por dos motivos. El primero, cuando aún privado de libertad siga teniendo tales relaciones y tal poder que comprometa la seguridad de la nación, cuando su existencia pueda producir una peligrosa revolución en la forma de gobierno establecida. Así pues, la muerte de un ciudadano se hace necesaria cuando la nación está en trance de recuperar o perder su libertad, o en tiempos de anarquía, cuando los mismos desórdenes sustituyen a las leyes» (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ed. Jordá, cit., p. 104).

(93) FEJOO, *Teatro Crítico Universal*, cit., T. VI, *Paradojas políticas y morales, Paradoja tercera*.

tarse como vacilaciones o, al menos, debilidad en su actitud al respecto» (94), concluyendo que «los conceptos que emite al final de esa *Paradoja Tercera* dan paso a la creencia de que en el fondo de esa duda latía una idea abolicionista» (95). Por contra, se muestra mucho más atinado en la captación del sentir feijoniano en punto a la penal capital, López Peláez, quien opina con su un tanto pretenciosa retórica decimonónica: «Con tener Feijoo ideas tan originales, tan independientes y tan atrevidas, y haber dirigido los formidables golpes de la demoledora piqueta de su crítica contra opiniones las más arraigadas y cimentadas más profundamente, se detuvo ante la pavorosa esfinge de la pena capital y quemó incienso en sus altares, en los cuales depositó el homenaje elocuente de su adhesión» (96). Por nuestra parte, entendemos que el hecho de que Feijoo se encuadre en las filas de los apologistas de la pena capital y sea adversario del abolicionismo, ni le añade gloria, ni puede erigirse apriorísticamente en motivo de crítica *per se*, sobre todo teniendo en cuenta que, como hemos dicho, muchos de los espíritus señeros de la época se mostraban proclives a ello. Feijoo simplemente se limita a seguir la tesis de la prevención general defendida por aquellos tiempos por Montesquieu y Rousseau. Nadie mejor que Concepción Arenal para plasmar la esencia del sentir feijoniano: «La escuela a que pertenecía Feijoo no veía más que el derecho de la sociedad; el del reo desaparecía muchas veces en teoría y con mayor frecuencia aún en la práctica; el culpable era una criatura vil, infame, detestable, incorregible, objeto de desdén o de horror, y medio de escarmiento...» (97).

En la gigantesca obra de Fray Martín Sarmiento, a quien va consagrado este modesto trabajo, se contienen páginas magistrales a favor de la tesis de que no existe teoría jurídica posible que justifique el mantenimiento de la pena capital. Por el gran interés que ofrecen, reproducimos algunas de sus opiniones sobre el particular, vertidas en su *Obra de los seiscientos sesenta pliegos*, de manera concreta en el volumen 3.º, folios 225 y 226:

«Los Estados florecientes de la antigüedad tenían puesta pena de muerte a los ociosos; pues no ygnoraban que la ociosidad era *madre* de todos los vicios; y entre ellos de los Vicios de pena ca-

(94) MARTÍNEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijoo* (Orense, 1973), página 61.

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

(96) LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento y el siglo de Feijoo*, cit., página 157.

(97) CONCEPCIÓN ARENAL, *Juicio crítico de las obras de Feijoo* (Madrid, 1887), página 297.

pital... No tengo el *jenio cruel*. Sé que si los ociosos en España yncurriesen en *Pena de muerte* se despoblaría toda ella... (98). Estoy en que por salvado que sea un Hombre, será más útil, *vivo que muerto*, a la Sociedad; si se le separa de ella en donde se le haga trabaxar. Es otro de que un castigo de *muerte*, sirve por escarmiento a otros; está bien pensado; pero no se corresponde en la práctica. Lo que logra, no es el escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo jénero. Lógrase sí, el quitar de enmedio estos y otros *malvados*. Quiténsen enhorabuena estos maldados *denmedio de la sociedad*.

Se han de colocar en donde por toda su vida, *nocere non possint*; y trabajen en utilidad de la República; pero *catenati* como dijo Floro (99). Los Antiguos los condenaban a las canteras, a las minas, a los grandes edificios públicos, a los Caminos Reales, a limpiar *puertos* (100), etc., y a *Islas Desiertas*, o mal sanas (101). Si desde que se descubrió América se hubiese pensado en este *arbitrio* se ubieran utilizado muchos de los a Justiciados; y otros que se debían ajusticiar. Oy estaría más poblada la América y no estaría España tan poblada de Ociosos y Gitanos».

Dentro del iluminismo hispano, la originalidad de Sarmiento al pedir la supresión de la pena de muerte es palmaria. Para compren-

(98) Sin duda, el P. Sarmiento tenía conocimiento de la severísima legislación de Enrique VIII contra la vagancia, cuya aplicación en Inglaterra determinó la ejecución durante su reinado de no menos de 7.200 personas, en proporción de unas 2.000 por año (Cfr. HUME, *History of England*, s. f., vol. II, p. 230). Por lo que hace a España, tuvimos en el siglo XVIII disposiciones duras como la que en 1748 ordenó se prendiera a todos los gitanos del reino, siendo encerrados en arsenales y presidios en número cercano a los 10.000 (Vid., a este respecto, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., página 605).

(99) El autor se refiere sin duda a Flor. 2, 33, 50-60; donde, tras narrar las vicisitudes de las guerras cántabras, alude en esos términos al triste destino que les esperaba a las poblaciones sometidas.

(100) El Padre Maestro formula aquí un catálogo de las *Servi Poenae* romanas por las que el condenado pasaba a ser propiedad del Fisco y para distinguirlo de los otros *Servi Caesaris*, los juristas lo llamaban *Servus Poenae* —esclavo de la pena—. Sobre la esclavitud por condena, vid.: DONATUTI, *La schiavitá per condanna*, en BIDR 42 (1934), pp. 219 y ss.; en punto a los trabajos forzados en minas y canteras, Cfr. RODRÍGUEZ-ENNES, *Extracción social y condiciones de trabajo de los mineros hispano-romanos en Gallaecia* 13 (1991), pp. 1 y ss.; ID., *Las explotaciones mineras en la Galicia romana*, lección magistral pronunciada en el Centro Regional Asociado de la UNED con motivo de la apertura solemne del Curso Académico 1991-92 (Pontevedra, 1992), páginas 15 y ss.

(101) Con todo, la *deportatio in insulam*, condena que reemplaza desde la época del emperador Tiberio a la interdicción del agua y del fuego, no es como las anteriores, una de las *supplicia summa*, ya que no lleva aparejada la pérdida del *status libertatis*, sino la de los derechos de ciudadanía; de ahí que los juristas la sitúen entre los *supplicia medio-cria* (P.S. 5, 17, 2; D. 48, 19, 2, 1).

der la importancia que encierran las afirmaciones que siguen y la atención a que son acreedoras, basta fijarse en que chocaban con la opinión generalmente recibida y con la legislación de todos los países. Según sus propias palabras, la privación de la vida del reo es «bárbara, inútil y contraproducente». Aquí, una vez más, el pensamiento de Fray Martín se manifiesta mucho más radical que el de su amigo y maestro Feijoo (102). Y es que, como ha señalado González López (103), sus personalidades, a pesar de estar entrañablemente unidas por tres grandes afectos —la cultura, la Orden y, además, la tierra de su procedencia— eran muy distintas, como si su visión de la cultura en general estuviera separada por muchos más años en el tiempo y en el espacio. La explicación pudiera muy bien radicar en que Sarmiento no es hombre de su siglo y esa fue su desgracia, quedó muy adelantado para el siglo XVIII y muy retrasado para el nuestro (104); de ahí que, las consideraciones de su autoría en punto al tema que nos ocupa sólo puedan contemplarse dentro de esa perspectiva histórica.

Hemos apuntado en páginas anteriores que Beccaria se pronunció contra la generalidad de los suplicios, pero admitía dos motivos «que hacen necesaria la muerte de un ciudadano» (105). Sarmiento, por contra, solicita la abolición «en toda clase de delitos y crímenes». Su profesión de fe abolicionista obedece a que, para él (y esto lo sitúa años luz de Feijoo y Beccaria) la aceptación del principio legal de la pena de muerte supone la aceptación de la filosofía de la violencia, en su aliento más profundo y más claro y la declaración de su necesidad. Si es lícito matar, todo es lícito.

La tesis del contrato social, sustentada por Beccaria, que se mostraba relucante a la pena de muerte —salvo los casos excepcionales apuntados— basándose en que un hombre, por mucha autoridad que tenga, no puede dejarle a otro el arbitrio de dar muerte a un semejante (106), fue refutada ya en su tiempo porque lo mismo podría decirse de las demás penas (107) y porque el freno más poderoso para come-

(102) Acertadamente dice PENSADO: «Son tantas as diferencias que os separan, ou quezáis mais, que as semellanzas que os unen. Si se examinase debidamente o pensamento de cada un deles ollaríamos que son enormemente diferentes, e o único que nos quedaría por vencellados serían uns fortes nós de afeito e amizade (Cfr. *Feijoo e Sarmiento. Duas vidas en pasado*, en *Grial*» 60 (1978), p. 129.

(103) GONZÁLEZ LÓPEZ, *Fray Martín Sarmiento e a conciencia da personalidade cultural de Galicia*, en *Ibid.* 43 (1974), p. 1.

(104) PENSADO, s. v. *Sarmiento*, *Fray Martín*, en *Gran Enciclopedia Gallega*, T. XXVIII, p. 83.

(105) Vid. la nt. 92.

(106) BECCARIA formula la tesis de estos términos: «¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de dejarlo morir?» (Cfr. *De los delitos y de las penas*, cit., XXVIII).

(107) ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., p. 598.

ter los delitos no es tanto el espectáculo momentáneo de la muerte del reo (108), como el ejemplo continuo de un hombre privado de libertad. En este sentido, Sarmiento incluso va mucho más allá de Bentham. Así, mientras el fundador del utilitarismo afirma que «los hombres, por lo general, miran la muerte como el mayor de todos los males y se someten a éstos para libertarse de aquélla» (109), Sarmiento, por su parte, no cree únicamente en la intimidación: «lo que se da lugar no es al escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo género. Sólo es espantar moscas que cien veces espantadas, cien veces vuelven a ser moscas y a picar». El fundamento, para él, de la abolición, es no solamente la inutilidad del castigo capital en su vertiente intimidatoria, sino sobre todo la posibilidad de obtener provecho de los mismos condenados: «Se han de colocar donde trabajen en utilidad de la República». Y añade un párrafo en favor de la deportación —en la que se pensó varias veces en este siglo sin que nunca se llegase a realizar—: «Si desde que se descubrió América se hubiese pensado en este arbitrio, se hubieran utilizado muchos ajusticiados y otros que se debían ajusticiar y hoy estaría más poblada la América y no estaría España tan poblada de ociosos y gitanos». Su argumentación es semejante a la de Bentham y los utilitaristas ingleses (110), sólo que con la particularidad hartamente digna de encomio de que está expuesta más de medio siglo antes; de este modo se cumplen los dos fines de la pena: impedir que el reo cometa nuevos delitos, incapacitándolo para causar daños y enmendándolo por el trabajo y evitar que los demás le imiten en el porvenir, todo ello, al propio tiempo, presidido por un criterio utilitario: el hombre muerto no sirve para nada y los suplicios inventados para bien de la sociedad deben ser útiles para ésta. Pensemos que el destierro a Australia como sustitutivo de la pena capital fue iniciado por los ingleses en 1788 (111), die-

(108) Durante largo tiempo se creyó que el espectáculo de las ejecuciones capitales, causaba sobre la muchedumbre que las presenciaba una saludable impresión de terror, que su siniestro recuerdo siempre perduraría en la memoria de los espectadores. Tal convicción explica la persistencia, hasta época muy próxima, de la pública ejecución de esta pena. Mas ya ha largo tiempo se reprocha a esta pena su falta de eficacia intimidativa. El espectáculo de la ejecución pública de la pena de muerte ante enorme muchedumbre que acudía a contemplarla se ha alegado que lejos de producir, como antes se creía, una indeleble impresión de terror, constituía una fiesta repugnante y desmoralizadora acerca de su influjo corruptor sobre las masas están de acuerdo adversarios y defensores de la pena capital (Literatura al respecto en CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, cit., páginas 140 y ss.).

(109) BENTHAM, *Theorie des peines et de récompenses*, T. II (París, 1818), página 16.

(110) *Ibid.*, *Tratados de legislación civil y penal*, trad., esp. Ramón Salas, Madrid, 1821, ed. Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, 1981, pp. 318 y ss.

(111) La colonización británica de Australia se inició en 1788 con los «convicts» del capitán Philipp, en Port Jackson (Sydney). En efecto, para resolver las dificultades

ciséis años después de la muerte de Sarmiento; es Concepción Arnal quien rechaza el establecimiento de colonias penales similares en 1895 (112).

Es cierto que las ideas de Sarmiento estaban en el ambiente o, al menos, en los sectores más refinados y progresivos de España; sin ir más lejos Voltaire, riguroso contemporáneo del sabio benedictino, arremetió a fondo contra la pena capital, no repudiándola en nombre de la humanidad o de la justicia sino movido por razones de utilidad coincidentes punto por punto con las sarmientanas (113). Esa identidad de pensamiento nos induce a pensar en un conocimiento de las tesis volterianas por parte de nuestro autor; conocimiento, por otra parte, más que normal en Sarmiento, habida cuenta de su consabida puesta al día en lo que atañe al pensamiento ilustrado francés (114). Con todo, dentro de la más estricta ortodoxia católica, Tomás Moro, decapitado por orden de Enrique VIII y hoy santificado por la Iglesia, sostuvo en el siglo XVI ideas similares, ya que señalaba al trabajo como servidumbre como la pena más frecuente —en su quimérico país utópico— preferible a la muerte, pues un hombre al que se obliga a un trabajo rudo, escribía, es más útil a la sociedad que un cadáver (115), y Sarmiento sin duda conocía la obra del canciller de Inglaterra. Pero no es menos cierto que la genial aportación sarmientana en el ámbito jurídico-penal vaya a ser rodeada de un halo de desdoro por el mero

planteadas por el exceso de población en las cárceles inglesas, el Gobierno británico decidió convertir a Australia en una colonia penitenciaria. Vid., al respecto, entre otros, CLARK, *A short history of Australia* (Londres, 1973); GARCÍA ZARZA, *Australia. El territorio, su historia, población y economía* (Salamanca, 1976); LACOURT-GAYET, *A concise history of Australia* (Londres, 1973). El mismo destino tuvo la Guayana Francesa que de 1794 a 1805 fue lugar de deportación.

(112) CONCEPCIÓN ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, en *Obras completas*, T. X., (Madrid 1895).

(113) VOLTAIRE, en su comentario a la obra de BECCARIA, escribe: «Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al Estado por sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate hombre en público. Los ladrones en Inglaterra son rara vez castigados a muerte: lo que se hace es transportarlos a las colonias» (Cfr. DEL VAL, *op. cit.*, p. 133). Notoria influencia de Voltaire en FORONDA, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía Política y sobre las leyes criminales*, 2 vols. (Madrid, 1789 y 1794).

(114) Es más que expresiva al respecto la carta que dirige a Feijoo en 1739: «La inmensa tardanza de los libros de Francia me hace mucho daño» (Cfr. *Cartas de Samos*, 27 de junio de 1739). Testimonios tan paladinamente claros como el que acabamos de transcribir convierten en hueras las palabras de LÓPEZ PELÁEZ, cuando afirma refiriéndose al libro de Beccaria: «bastaría que fuese tan aplaudido por los enciclopedistas, y en especial por Voltaire, para que Sarmiento lo mirase con prevención y antipatía y no se apropiara de ninguna de sus ideas» (*Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 158).

(115) TOMÁS MORO, *Utopía o tratado de la mejor forma de gobierno*, trad. esp. (Madrid, 1790).

hecho de que se haya apoyado en libros foráneos. Es obvio que sin la apuesta decidida en pro del avance de las ideas abolicionistas, sustentada por Sarmiento y otros conspicuos innovadores del siglo XVIII, estas ideas no encontrarían eco, no se habría dado cima a la magna tarea de la Codificación y, con ella, al nacimiento del Derecho Penal moderno. Los Borbones dieciochescos prosiguieron la misma línea de excesiva dureza punitiva practicada por sus antecesores y sólo cuando el *Ancien Régime* dejó su puesto al Estado Constitucional, la legislación penal pudo beneficiarse enteramente de las nuevas corrientes (116).

(116) Ya hemos tenido ocasión de apuntar la clara incompatibilidad entre el reformismo ilustrado y el sistema político absolutista. Dado que los absolutistas siguieron detentando el poder en casi toda Europa hasta el siglo XIX, HAZARD escribió acertadamente que la «Aufklärung» actuó escindida en dos planos: el de la acción, que provisionalmente quedó inalterado, y el de la razón, en el que se preparaba la evolución que al fin se impondría realmente (Cfr. *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. Julián Marías, Madrid, 1958, p. 57).

Los delitos de insumisión en la legislación española

NICOLAS GARCIA RIVAS

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción.—II. El cuadro normativo: clases de insumisión.—III. El bien jurídico protegido: análisis del art. 30 de la Constitución: A) Interpretación legal del art. 30 CE. B) Interpretación «alternativa». La prestación social sustitutoria como modalidad de cumplimiento del deber de defender a España. C) La defensa nacional (civil y militar) como interés protegido en los delitos de insumisión.—IV. La insumisión propia: A) Negativa a realizar la prestación social sustitutoria. B) Negativa a cumplir el servicio militar. C) Problemas particulares relativos a insumisión propia: 1. La exigente de ejercicio legítimo de un derecho. 2. La exigente de estado de necesidad. Análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992. 3. La remisión condicional de la condena.—V. La insumisión impropia: Falta de incorporación al servicio. Régimen sancionador penal y administrativo: A) Falta de incorporación a la prestación social sustitutoria. B) Falta de incorporación al servicio militar.—VI. Insumisión sobrevenida: A) Insumisión sobrevenida al servicio militar. El delito de deserción en la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre. B) Insumisión sobrevenida a la PSS.—VII. Los delitos de insumisión en el Proyecto de Código Penal de 1992.

I. INTRODUCCION

Aunque la finalidad de este trabajo no es, desde luego, elaborar un estudio profundo y detallado sobre el complejo e interesante problema de la desobediencia civil, considero conveniente esbozar, en principio, los parámetros en que la misma se desenvuelve en el Estado democrático. Y es que parece absolutamente superado ya el día en que el penalista podía construir conceptos y elaborar sus propuestas al margen los efectos que la norma penal provoca en la sociedad. Por ello, cuando se

plantea hoy el problema de la insumisión, no puede uno desembarazarse del dramatismo con que se ha vivido en nuestro país el ingreso en prisión de un grupo de jóvenes por negarse a cumplir la prestación social sustitutoria (PSS), exigida por la Ley 48/1984 de 26 de diciembre, o el servicio militar (SM), en virtud de la antigua Ley del Servicio Militar (LSM) de 8 de junio de 1984, sustituida hoy por la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre. La sociedad española no acaba de aceptar que el hecho cometido merezca tan severo reproche penal. Obligación del penalista es, por tanto, averiguar si la utilización del *ius puniendi* ha discurrido por los canales legítimos por la Constitución o si, por el contrario, las instancias encargadas de elaborar y aplicar las normas que incriminan la insumisión son acreedoras de grave censura desde el único prisma jurídicamente atendible, esto es, la propia Constitución.

Cuando Radbruch —primero— y el Tribunal Constitucional Alemán —después— niegan carácter jurídico a la «arbitrariedad legal» vulneradora de los más elementales principios jurídicos (1), se refieren siempre a normas emanadas del régimen nazi, cuya característica principal es, precisamente, la falta de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones estatales, inspiradas formalmente en la voluntad del Führer (2).

Pero en un Estado democrático, como lo es el español en la actualidad, la solución del problema discurre por caminos bien distintos. Es consustancial al sistema de valores en ella contemplados, como explica Haerberle, definir un espacio abierto que haga posible el juego de las posibles alternativas, esto es, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria (3). Porque no se trata de un sistema de valores meramente ornamentales o retóricos, sino de un sistema material y normativo con directa incidencia en la totalidad del ordenamiento jurídico, como ha reconocido claramente la jurisprudencia constitucional (4).

Bajo estas condiciones, el desacuerdo individual con los mandatos normativos —es decir, la desobediencia civil— puede manifestarse co-

(1) DREIER, «Derecho y Moral», en GARZÓN VALDÉS (Comp.), *Derecho y Filosofía*, ed. Alfa, Barcelona, 1985, pp. 81-83.

(2) ESTEVÉZ, *La crisis del Estado de Derecho liberal*. Schmitt en Weimar. ed. Ariel, Barcelona, 1989. pp. 232-233, explica la concepción del «ideólogo» C. SCHMITT, sobre la dictadura «plebiscitaria» en que la aclamación sustituye al consenso. Desde otra perspectiva, el tema aparece reiteradamente en FARIAS, *Heidegger y el nazismo*, ed. Muchnik, Barcelona, 1989.

(3) HAEBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Materialien zu einer Vergabungstheorie der offenen Gesellschaft, Berlin, 1978, citado por GARCÍA ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3 ed. 1985, página 101.

(4) GARCÍA ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, p. 95.

mo postura disidente frente a la asumida por las mayorías democráticamente elegidas, con la intención de cambiar las convicciones imperantes y conseguir apoyo mayoritario a la tesis del desobediente (5). Este no busca prioritariamente ser sancionado, sino convencer a la justicia de sus propuestas. Por ello, como afirma Dreier, esa desobediencia puede y debe canalizarse a través del sistema establecido de impugnación de decisiones judiciales o administrativas, transformando la resistencia frente a la norma en lucha por el derecho con los medios procesales que se hallen al alcance del desobediente (6). La actuación de éste se convierte, así, en ejercicio de profundización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, pese a que este planteamiento pertenece ya al patrimonio jurídico propio de los Estados democráticos, la estrategia seguida en nuestro país por el movimiento ciudadano que con más ahínco ha enarbolado la bandera de la objeción —el Movimiento de Objeción de Conciencia— y, por ende, la defensa de los insumisos procesados, ha discurrido por una vía totalmente distinta. El eje de la misma pasa por plantear el debate procesal como debate político, asumiendo la condena a pena de prisión como algo ineludible e incluso deseable, por cuanto la sola presencia de un joven en prisión por motivos de conciencia representa —a su juicio— la más clara condena de la regulación actual de la objeción. De ahí que —sobre todo en los primeros procesos contra insumisos— la defensa jurídica careciera de la más mínima consistencia, alegando la concurrencia de eximentes tan extemporáneas como la legítima defensa o el cumplimiento de un deber (arts. 8-4 y 8-11 CP).

En estos últimos meses, sin embargo, y gracias a la sensibilidad de una parte de la judicatura —principalmente el colectivo de Jueces para la Democracia— la estrategia del M.O.C. parece haber cambiado, ante la evidencia de que situar el debate en el terreno estrictamente procesal también puede dar sus frutos si las alegaciones formuladas tienen la solidez jurídica suficiente.

II. EL CUADRO NORMATIVO. CLASES DE INSUMISION

La situación legislativa ha sufrido recientemente un importante giro —que no cabe calificar de positivo por entero— con la promulga-

(5) ESTÉVEZ, «El problema de la justificación de la desobediencia civil», en *Mientras Tanto*, núm. 19, 1983, pp. 45-60. Afirma el autor que la única arma con que cuenta el desobediente civil es su capacidad de convicción (p. 59).

Analiza la insumisión desde la óptica de la desobediencia civil, LANDROVE, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, con un amplio apéndice legislativo.

(6) DREIER, *ob. cit.*, p. 98.

ción de la nueva LSM (L.O. 13/1991 de 20 de diciembre). En ella aparecen dos importantes modificaciones respecto al régimen jurídico anterior: por un lado, introduce en el Código Penal, y bajo la rúbrica de «Delitos contra el deber de prestación del servicio militar», los arts. 135 bis h) y 135 bis i), que tipifican las figuras de falta de incorporación al SM y de negativa a su cumplimiento, respectivamente. Se aprovecha además la ocasión para salvar una de las objeciones constantemente planteadas a la regulación anterior, esto es, la distinta penalidad de los delitos relacionados con el SM respecto a aquellos que tienen como punto de referencia la PSS, tipificados en la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre. Ahora bien, contra lo pretendido por quienes criticaban la disparidad punitiva anterior, el legislador de 1991 ha decidido igualar el marco penal respectivo, pero tomando como patrón la superior pena prevista en la L.O. de 26 de diciembre de 1984 (sanción punitiva que proviene de la L.O. 14/1985 de 9 de diciembre).

Por otro lado, al incluirse dichas conductas de incumplimiento del SM en el Código Penal, su conocimiento pasa automáticamente a la jurisdicción ordinaria, con lo que se supera otra de las críticas formuladas a la legislación anterior, que permitía el enjuiciamiento de «paisanos» (así hay que calificar a los insumisos al SM) por los tribunales castrenses, vulnerando una regla básica del Estado democrático que nuestra Constitución recoge en el art. 117-3, al circunscribir el ámbito de la jurisdicción militar a lo «estrictamente castrense». De este modo, por lo demás, el legislador de 1991 supera, al propio tiempo, la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991, que consideraba conforme a la Constitución —bien que no sin discrepancias entre los magistrados intervinientes— la anterior distribución competencial (7).

Pero a pesar de estas innovaciones, la cuestión penal referida al incumplimiento de la PSS (PSS) sigue siendo hoy en día una brecha abierta que merece particular atención. Son ya numerosas las resoluciones de los juzgados españoles condenando a quienes se niegan a realizar dicha prestación, habiendo generado las mismas una jurisprudencia contradictoria que, además, y en virtud de la distribución de competencias recogida en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras la reforma operada por la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre), nunca podrá ser unificada por el Tribunal Supremo, ya que a tales causas les está expresamente vedada la vía del recurso de casación (artículo

(7) Véase GARCÍA-LABAJO, *La sumisión de los «insumisos»*. Comentario a la STC (Sala Pleno) 60/1991 de 14 de marzo, en *La Ley*, 1991-3, pp. 3 y ss., mostrándose de acuerdo, en lo esencial, con la citada Sentencia. Por el contrario, expresa serias objeciones constitucionales a la posibilidad de que la jurisdicción militar enjuicie a «paisanos», Díez PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 39. Asimismo, pero desde una perspectiva más amplia, ANDRÉS IBÁÑEZ-MOVILLA ALVAREZ «El poder judicial», Tecnos, Madrid, 1986, pp. 184-188.

lo 847-1 L.E.Cr.). El problema ha alcanzado su punto más álgido tras conocerse el fallo del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, en la Sentencia 75/1992 de 3 de febrero, en la que por vez primera se absolvía a un insumiso a la PSS, acudiendo a la eximente de estado de necesidad (8).

En consecuencia, la nueva LSM no ha servido en absoluto para resolver este problema, que presenta incluso ribetes políticamente comprometidos. El presente trabajo se plantea, por tanto, como un intento de aportar un punto de vista más para la solución, en el ámbito penal, de tan debatida cuestión.

Tras la entrada en vigor de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre, las conductas que pueden incluirse bajo la rúbrica de «insumisión» se hallan dispersas en tres cuerpos normativos, aunque es preferible su clasificación atendiendo a la conducta incriminada. Conforme a este criterio pueden distinguirse:

a) **INSUMISION PROPIA**: consistente en rehusar el cumplimiento del SM [art. 135 bis i) CP] o la PSS (art. 2-3 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre), sancionada con pena de arresto mayor en grado máximo o prisión menor en grado mínimo.

b) **INSUMISION IMPROPIA**: donde se puede incluir la conducta de quienes no se presentan en el plazo fijado para cumplir el SM [art. 135 bis h) CP] o la PSS (art. 2-2 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre), sancionada con pena de arresto mayor en grado máximo o prisión menor en grado mínimo. Su impropiedad deriva de la inexistencia en este caso en el autor de una voluntad de sustraerse permanentemente a su deber legal; cuando ello ocurre, estaríamos siempre ante un caso de insumisión propia.

c) **INSUMISION SOBREVENIDA**: que llevan a cabo aquellos que se niegan a seguir realizando la prestación exigida (SM o PSS) después de su incorporación. El art. 2-1 de la L.O. 8/1984 sanciona esta conducta con la misma pena que la insumisión impropia la PSS, mientras que, por el contrario, no queda claro —en principio— a qué precepto del CPM hay que atenerse para castigar la insumisión sobrevenida al SM, tras la reforma introducida en virtud de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre. Aparentemente son aplicables los arts. 102 (rehusar permanentemente el cumplimiento de obligaciones militares), 119 bis (militar de reemplazo que se ausentare injustificadamente) y 120

(8) La situación generada a causa de la levedad de las sanciones impuestas por los jueces de nuestro país en los últimos procesos contra insumisos ha provocado que el Fiscal General del Estado, Eligio Hernández, haya elegido el problema de los insumisos para elaborar su primera Instrucción desde que accedió al cargo. Su máxima preocupación es que los insumisos vayan a prisión y, por ello, hace hincapié en que se soliciten elevadas penas para que no se conceda en ningún caso la remisión condicional. (Instrucción de 29 de abril de 1992)

(deserción consistente en abandono del servicio con «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares»). Más adelante se analizará en profundidad el problema, pero puede anticiparse ya que sólo el último de los preceptos citados —art. 120 CPM— puede aplicarse a estos casos.

De las tres clases de insumisión, la que desde el punto de vista social centra casi toda la atención es, sin duda ninguna, la insumisión propia, pues en ella se plantea de forma más radical que en ninguna otra el conflicto entre la conciencia del objetor y el deber legal. Pero en modo alguno puede desdeñarse la importancia de la que se ha calificado aquí como «insumisión sobrevenida», ya que no es infrecuente su aparición. En cualquier caso, desde la perspectiva del derecho punitivo el análisis tiene que arrancar, necesariamente, de la delimitación del bien jurídico protegido.

III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. ANALISIS DEL ART. 30 DE LA CONSTITUCION

El art. 30 de la Constitución dice así: «1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del SM obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. 4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública».

La discusión de la doctrina científica sobre la posición y valor de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento ha generado una importante literatura sobre el tema. No se pretende aquí reflejar en todos sus puntos la rica variedad de posturas defendidas sobre el significado del art. 30 CE. Interesa más contraponer la «tesis oficial», reflejada en la Ley de Objeción de Conciencia y en las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161 de 27 de octubre de 1987, y una descripción alternativa, patrimonio de un sector notable de la doctrina (9), que sirve para delimitar el bien jurídico protegido.

(9) Entre otros, GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. CAPELLA-GORDILLO-ESTÉVEZ, «La objeción de conciencia, ante el Tribunal Constitucional», en *El País* de 30 de noviembre de 1987, CÁMARA, *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1991. GIMBERNAT, «Objeción de conciencia» en *Derechos Humanos*, núm 29, diciembre de 1990, pp. 18-19. AMERIGO, «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 11-47.

A) Interpretación legal del art. 30 CE

El Alto Tribunal, al confirmar la legitimidad constitucional de la Ley de Objeción de Conciencia y en otras decisiones posteriores, interpreta el art. 30 de la Constitución bajo las siguientes premisas:

1. La objeción de conciencia es un derecho constitucional cuya invocación permite al ciudadano quedar eximido del *deber constitucional de defender militarmente a España*.

2. Ese deber viene exigido por la Constitución al aludir al SM «obligatorio». Por tanto, la objeción de conciencia viene a ser una *causa de exención del deber* constitucional al SM obligatorio.

3. Al eximirse al objetor de un deber constitucional se produce un desequilibrio, que viene compensado exigiéndole una PSS, cuya regulación se inspira en la idea de «*compensación por exención de un deber constitucional*», permitiendo así que el régimen jurídico al que se somete al objetor sea muy desigual con respecto al que no lo es. Régimen que lleva incluso a algunos Magistrados disidentes del Tribunal Constitucional a calificar a la PSS como «*prestación-sancción*».

Conforme a esa exégesis del art. 30 CE, el legislador penal se limitaría a proteger, por un lado, el deber constitucional de cumplimiento del SM y, por otro, el deber legal —con cobertura constitucional— de cumplir la PSS (10). Particularmente significativa a este respecto es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991, cuando delimita el *deber constitucional* exclusivamente en la *defensa militar* de España, como se verá más adelante.

B) Interpretación «alternativa»: La Prestación Social Sustitutoria como modalidad de cumplimiento del deber de defender a España

Un importante grupo de juristas ha criticado abiertamente la jurisprudencia constitucional sobre la Ley 48/1984 de 26 de diciembre, partiendo de la disconformidad con la premisa fundamental en que se apoya aquélla: la existencia de un deber constitucional de defender militarmente a España, que incluso se ve reducida y empo-

(10) Afirma esto último MILLÁN GARRIDO, «La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen penal», en *Actualidad Penal*, 1991, núm. 15, 14 de abril de 1991, pp. 221-222. EL MISMO, *Régimen penal de la prestación social sustitutoria*, en COBO (Dir.) Comentarios a la legislación penal. Tomo X, p. 650.

brechida al confundir ese pretendido deber como la obligación de realizar el SM (11).

La interpretación *alternativa* del art. 30 CE comienza afirmando que según el aparato primero del precepto, efectivamente existe un deber constitucional de defender a España, pero que el mismo no puede reducirse a la vertiente estrictamente militar, tratándose más bien de un *deber que alcanza a todos los españoles* y contra el que no cabe objeción de ninguna clase. En el apartado segundo se recogen *dos modalidades de cumplimiento de dicho deber: SM o PSS*, reservándose esta última para aquellos que ejerzan el derecho fundamental a la objeción de conciencia al SM. Se trata, entonces, de dos modos o formas de cumplir el mismo deber de «defender a España» previsto en el apartado primero del art. 30 CE.

Por tanto, carece de fundamento referirse al objetor como «eximido de un deber constitucional». Ese deber (que no se reduce a la defensa militar) es observado también por el objetor, sólo que se plasma en una prestación distinta al SM. Siendo así, no existe respaldo constitucional para una regulación de la PSS inspirada en la idea de «compensar» el supuesto trato favorable que recibe el objetor, al eximirse del SM, sencillamente porque dicha discriminación positiva no existe.

En mi opinión, esta interpretación del art. 30 CE resulta plenamente aceptable, sobre todo porque no cae en una incorrección metodológica tan notable como es el dejar de lado el apartado primero del precepto —yerro que sí se observa en el planteamiento anteriormente señalado—, que constituye el centro o núcleo del mismo. Ahora bien, siguiendo cabalmente esta interpretación «*alternativa*» del art. 30 CE, el paso siguiente tiene que consistir en la integración de la normativa de rango legal que desarrolla expresamente ese apartado primero y que cuenta ya con más de diez años de vida. Me refiero, claro está, a la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (en adelante Ley de Defensa Nacional) (12).

En ella, el legislador asume con claridad meridiana que la *defensa nacional* no se agota en absoluto en la vertiente estrictamente militar, pues abarca una modalidad de defensa que escapa por completo al ámbito castrense: la *defensa civil*. El art. 21 define esta última como «la *disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional*». En consecuencia, el ordenamiento jurídico español ha rechazado ya en 1980 la equiparación entre *defensa nacional* y *defensa militar*, lo que no siem-

(11) Véase doctrina citada en nota 9.

(12) Salvo error u omisión, sólo tiene en cuenta este importante detalle CÁMARA, *La Objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1991, p. 209.

pre se tiene en cuenta al analizar el problema de la objeción. Por otro lado, al desarrollar el apartado primero del art. 30 CE, la Ley Orgánica de 1 de julio de 1980 define la *defensa nacional* como «*la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin*» (art. 2). Se trata, pues, de cohesionar esfuerzos en caso de agresión, convocando para ello la Ley a todos los españoles sin distinción. Contra el cumplimiento de esta obligación no cabe alegar objeción alguna: se trata de un *deber general e inobjetable*.

La propia Ley de Defensa Nacional distingue, a su vez, la política de defensa y la política militar. Según el art. 4, la primera es un componente de la política general, mientras la segunda forma parte de la política de defensa, sin agotar su alcance; en efecto, esta última comprende también la defensa civil. En consecuencia, si bien la *defensa militar* es competencia de las Fuerzas Armadas, cuyo cometido le asigna el art. 8 CE, no así la *defensa nacional*, en la que se integra la *defensa civil*, extraña al campo competencial propio de las Fuerzas Armadas.

En conclusión, pues, el deber general e inobjetable de la defensa nacional permite su cumplimiento mediante dos modalidades: la prestación de un servicio relativo a la defensa militar (SM) o a la defensa civil (PSS) para aquellos que, en virtud de su derecho fundamental a la objeción de conciencia, queden eximidos del SM. La correcta articulación de ambos tipos de prestación debe encaminarse a lograr el objetivo señalado en el apartado primero del art. 30 CE, que no es otro que la protección defensiva del Estado. Como afirma Palazzo, las prestaciones personales orientadas a la defensa de la patria no se agotan en la relativa al SM, armado o no; la objeción de conciencia puede ser legítimamente reconocida como causa de conversión de la prestación propiamente militar en el marco de las necesidades de la *defensa nacional* (13).

C) La defensa nacional (civil y militar) como interés protegido en los delitos de insumisión

El cuadro que se acaba de dibujar al analizar el contenido y alcance del art. 30.1 y 2 CE representa el punto de partida inexorable para una correcta determinación del bien jurídico protegido en los delitos de insumisión. A ello obliga el principio de exclusiva protección de intereses constitucionalmente relevantes, que el propio Tribunal Constitucio-

(13) PALAZZO, «Obiezione di coscienza», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIX, 1979, p. 543.

nal ha considerado en varias ocasiones como principio rector de la legislación punitiva. En consecuencia, los intereses en juego en este caso se refieren en exclusiva a la defensa del Estado o defensa nacional, en sus modalidades civil y militar.

Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional se ha ocupado del tema, su argumentación ha diferido bastante de ese planteamiento. Ello se apreciaba ya en las dos conocidas Sentencias de 1987, pero alcanza su más acabada elaboración en la reciente Sentencia 60/1991 de 14 de marzo. Aunque el debate jurídico de fondo se centraba —en este caso— en la posibilidad de adscribir a la jurisdicción militar delitos cometidos por quienes, siendo todavía «paisanos», rehusaban el cumplimiento del SM (según el art. 127 CPM, hoy derogado por la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre), lo cierto es que la argumentación del Alto Tribunal se detiene especialmente en la delimitación del bien jurídico protegido, aunque, como se verá a continuación, con escaso éxito.

La lectura de dicha resolución permite comprobar que la escasa atención de la doctrina penal por el tema militar impide al Tribunal tomar puntos de referencia sólidos cuando se afronta una tarea tan importante como la determinación del bien jurídico protegido por los delitos que nos ocupan. Seguramente esa carencia es la causa última de la confusión con que el Tribunal Constitucional resuelve el problema. La Sentencia comienza afirmando que la jurisdicción castrense, en virtud de la limitación establecida en el art. 117.5 CE, sólo puede enjuiciar una conducta delictiva cuando el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal sean «estrictamente militares» (F.J. 3). Tras esta constatación, el Alto Tribunal entra de lleno en la determinación del interés afectado por la negativa de un individuo a cumplir el SM; y es en este terreno donde se observa una preocupante falta de concreción, pues el Alto Tribunal llega a designar hasta tres bienes jurídicos distintos (F.J. 5): 1. La *defensa militar* de España. 2. El bien jurídico de la *defensa nacional*, y 3. El interés a la *prestación del SM*, «obligación que impone la ley en función del deber de todas las personas de ciudadanía española de defender a España» (art. 30.1 CE). No se aprecia aquí una cuidada técnica jurídico-penal, que hubiera exigido mayor precisión; en efecto, los tres bienes jurídicos escogidos por el Alto Tribunal no son, ni mucho menos, equivalentes. La *defensa nacional* es el género y la *defensa militar* una de sus especies; el SM no es más que un *instrumento* para la defensa militar del Estado. En todo caso, lo que sí se desprende con claridad de la Sentencia es la naturaleza militar del bien jurídico, justificándose así el respaldo del órgano de control constitucional a la norma legal cuya legitimidad se cuestionaba.

Ahora bien, el procedimiento lógico seguido por el Tribunal para alcanzar dicha conclusión debe ser sometido, a mi juicio, a una pro-

funda revisión, ya que el punto de partida elegido no es del todo afortunado. El Tribunal entiende que la asignación a la jurisdicción militar del conocimiento de una conducta delictiva exige la concurrencia de dos elementos: en primer lugar —como ya se señaló—, que el bien jurídico tenga carácter militar, pero además —y en segundo lugar—, se considera un «*elemento relevante*» la condición militar del sujeto al que se imputa el delito (F.J. 3). Pero al plantear de este modo el problema, se provoca una significativa distorsión en los criterios que permiten seleccionar con acierto la naturaleza del interés afectado por el hecho tipificado. En efecto, *la pertenencia del sujeto a las Fuerzas Armadas* no es sólo un criterio decisivo de índole procesal, sino un *dato esencial a la hora de delimitar el propio bien jurídico protegido*, ya que si tenemos en cuenta que la Constitución y la Ley de Defensa Nacional asignan a las Fuerzas Armadas españolas la misión de la defensa militar del Estado, salvo que nos hallemos en situaciones extraordinarias (v. gr. en caso de movilización general [artículo 1.2 de la LSM]) el perjuicio a la defensa militar únicamente podrá proceder —de ordinario— de aquellos sujetos que pertenezcan efectivamente a las Fuerzas Armadas. Ello es así porque el deber de *defensa nacional* se convierte en deber de *defensa militar* sólo cuando el individuo pasa a pertenecer a las Fuerzas Armadas mediante su incorporación afectiva, una vez llamado a filas. Es ese acto y no otro el que señala el umbral entre la condición de civil y la de militar, como se desprende del art. 8.2 del Código Penal Militar y de las Sentencias de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1990 y 6 de junio de 1989.

De acuerdo con lo anterior, deben considerarse inofensivas frente al bien jurídico «*defensa militar*» todas aquellas conductas de insumisión en las que el sujeto activo no ha ingresado en las filas de las Fuerzas Armadas, esto es, las consistentes en la negativa a cumplir el SM [artículo 135 bis i) CP] y en la falta de presentación al mismo [art. 135 bis h) CP]. En ambos casos el insumiso no ha adquirido el deber de defender militarmente a España y la lesividad de su conducta alcanza a ese deber general e inobjetable que es la *defensa nacional*, precisamente porque, como establece el art. 2 de la LSM, el cumplimiento de éste «constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional».

La L.O. 13/1991 ha venido a corroborar este planteamiento al incluir en el Código Penal común [arts. 135 bis h) y 136 bis i)] las conductas de insumisión propia e impropia al SM; manteniendo, por el contrario, en el Código Penal Militar la única forma de insumisión en la que el sujeto activo sí pertenece a las Fuerzas Armadas: la insumisión sobrevenida (artículo 120 CPM). El mismo criterio sigue el Proyecto de Código Penal presentado en las Cortes el 4 de septiembre de 1992, que incluye además los delitos de insumisión a la PSS, lo que refuerza la argumentación expuesta.

Por lo que se refiere a los delitos incluidos en la L.O. 8/1982, consistentes en el incumplimiento de la PSS a que se obliga a quien, por ser objetor, quede eximido del SM [art. 11.1 c) de la LSM], cabe señalar que en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, hoy imperante, y descartando por completo la posibilidad de que el legislador se sirva de la conminación penal para sancionar la mera desobediencia, sin lesividad constitucional alguna, parece claro que, siendo la PSS una prestación no exigida por la Carta Magna, cuya existencia —y exigencia— depende por entero de la voluntad del legislador (que podría muy bien prescindir de ella), una interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 del art. 30 CE sólo permite designar como bien jurídico digno de protección penal el deber de *defensa nacional* que a todos compete (también al objetor), *en su vertiente de defensa civil*. De acuerdo con este planteamiento, afirma Garino que las conductas referidas son contrarias al «deber general de defensa», ya que al eximirse al objetor del SM, «el deber se conecta no ya al sector militar —dirigido fundamentalmente contra el ataque del exterior—, sino al civil, de la defensa interior» (14).

Algún autor (15), y el propio Tribunal Constitucional (en su archiconocida Sentencia 160/1987), sostienen que el interés tutelado por la L.O. 8/1984 es el propio cumplimiento de la PSS; ahora bien, esta postura deja de lado algo tan importante como es el sentido y función que dicha prestación cumple en el marco constitucional, por su ubicación en el apartado 2, del art. 30 CE, precepto destinado a delimitar las prestaciones personales relativas al deber general de defender a España, sancionado en el apartado 1 del mismo artículo. Es decir, que si la PSS no es en modo alguno una *sanción por incumplimiento del SM* (como se desprende de la jurisprudencia constitucional y de la legislación sobre objeción), sino una *modalidad más de cumplimiento del deber de defensa nacional* enderezada a la defensa civil del mismo modo que el SM se ubica en el campo de la defensa militar, siendo pues los intereses defensivos los que dan fundamento y cobertura a la exigencia de dichas prestaciones, serán precisamente esos intereses los que ostenten rango suficiente para recibir protección penal.

IV. LA INSUMISION PROPIA

Esta modalidad de insumisión (sin duda la genuina) está integrada —en realidad— por dos supuestos delictivos distintos, dependiendo de

(14) GARINO, «Obiezione di coscienza», en *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Vol. V, 1987, pp. 354-355.

(15) Vid. autor y obras citadas en nota 10.

cuál sea la prestación a cuyo cumplimiento se niega el objetor. Por un lado, el art. 135 bis i) CP castiga con pena de hasta seis años e inhabilitación absoluta al que «citado reglamentariamente para el cumplimiento del SM u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusase sin causa legal este cumplimiento». Por su parte, el apartado 3 del art. 2 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre, castiga con la misma pena «al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria».

En ambos casos el legislador ha expresado la conducta típica con el verbo «rehusar», cuyo significado literal alude a la idea de rechazar, no aceptar cierta cosa, o —como afirma Millán Garrido—: «La negativa ha de comportar una *actitud inequívoca de rechazo* al cumplimiento de la prestación social sustitutoria [o del SM], que en la práctica se derivará de la manifestación expresa del interesado. No bastan concretos actos indiciarios, como puede ser la falta de incorporación al servicio, que integrará, en su caso, el delito previsto en el art. 2.2 de la LOOC» (16). En la doctrina italiana (que opera sobre el término «*rifiutare*» —similar en su sentido al castellano «rehusare»— previsto en la Ley núm. 772/1972, de 15 de diciembre), Palazzo precisa un poco más, advirtiendo que «rehusar» presupone un requerimiento u orden de cumplimiento o de ejecución de una determinada prestación, por parte del sujeto legitimado para emitirlos (17). Por tanto, para que el delito se consume no basta con que el sujeto manifieste su rechazo, sino que es necesario que incumpla efectivamente la obligación, o lo que es lo mismo, que se haya cumplido el plazo señalado para la incorporación, ya sea al SM o a la PSS. Se requiere, en definitiva, una actitud exterior de insumisión manifestada por cualquier medio.

A) La negativa a realizar la PSS

En la escasa jurisprudencia emanada hasta ahora en aplicación del art. 2-3 de la L.O. 8/1984, los Magistrados de distintos Juzgados de lo Penal (núms. 1 y 2 de Albacete y núm. 1 de Toledo y el de Salamanca, entre otros) se cuidan de demostrar que el procesado no sólo ha incumplido su deber de incorporación, sino que manifiestamente rehúsa cumplir la PSS. Así, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete, en Sentencias 37, 38 y 39 de 1 de febrero de 1991, recoge en el primero de sus Fundamentos Jurídicos que el acusado, «haciendo caso omiso del re-

(16) MILLÁN, *ob. cit.*, p. 228.

(17) PALAZZO, *ob. cit.*, p. 551.

querimiento y expresando su voluntad patente y decidida de incumplir el deber impuesto por la norma; rehusando de forma fehaciente a no realizar la Prestación Social Sustitutoria, mediante carta dirigida a la Oficina para la PSS de Madrid... y en el acto del juicio oral», ha cumplido cabalmente el supuesto de hecho delictivo. Con distinta fórmula, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma capital, en Sentencias 30, 31 y 32, también de 1 de febrero de 1991, manifiesta que «practicado el requerimiento, el acusado manifestó su decisión firme, mantenida en el acto del juicio, de no realizar la prestación social sustitutoria del servicio militar». Finalmente, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo, en Sentencia 83/1991, de 22 de marzo, tras demostrar que el procesado había sido requerido en tiempo y forma, afirma que desde un primer momento, en sus distintas comparecencias ante la Administración de Justicia «y complementada con la extensa manifestación en el plenario, el acusado reconoció que no estaba dispuesto al cumplimiento de esa prestación» (18).

Obsérvese que en el centro mismo de la incriminación se sitúa un elemento normativo, cual es la propia PSS. Ella es, sin duda alguna, el objeto material del delito, pues sobre ella recae la acción de incumplimiento. Como tal *elemento normativo*, su significado se alcanza únicamente acudiendo a la regulación que de la misma hacen la Ley 48/1984 de 26 de diciembre y el Reglamento de la PSS, aprobado por Real Decreto 20/1988 de 15 de enero. En consecuencia, sólo cuando se hubieren seguido estrictamente los trámites previstos en estas disposiciones nacerá para el objetor el deber de presentarse en el lugar oportuno para iniciar el cumplimiento de la prestación. A este respecto, la Asociación de Objetores de Conciencia defendió durante un tiempo que los requerimientos notificados a los objetores tras la promulgación del Reglamento de la PSS se hallaban viciados de nulidad, entendiéndolo que el Reglamento mismo había sido declarado nulo en Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1990.

La repercusión de este problema en el ámbito punitivo es máxima por cuanto el deber de cumplir la PSS dejaría de existir si realmente fuera nulo el Reglamento que sirve de cauce jurídico para requerir a cada objetor su deber de realizarla. Tanto es así que en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Salamanca 104/1990 de 6 de marzo, el Magistrado utiliza este argumento —entre otros— para fundamentar la aplicación del art. 6 bis a), párrafo tercero, por la concurrencia, a su juicio, de un *error de prohibición*. No es este el momento de discutir si esta decisión fue o no certera, pero sí es menester constatar que el Reglamento en cuestión nunca dejó de mantener su vigencia efectiva. El fallo de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo fue recurrida por el abo-

(18) Muy similar es el proceder del Magistrado de lo Penal de Salamanca en Sentencia 104/1991, de 6 de marzo.

gado del Estado ante la Sala Orgánica Especial de Revisión. Esta acordó primero la suspensión de la Sentencia impugnada (Auto de 11 de abril de 1990) y, después, revocó la misma en Sentencia de 21 de noviembre de 1990 (19). En consecuencia, puesto que los requerimientos a los objetores eran plenamente válidos, sí había nacido para ellos —al menos formalmente—, la obligación de cumplir la PSS.

Ahora bien, una vez constatado que el procedimiento administrativo por el que cual se ha emplazado a los objetores a cumplir la PSS resulta plenamente válido, no puede considerarse concluido el análisis del problema desde la óptica estrictamente penal. Operar de otro modo supondría rebajar el derecho punitivo al papel *secundario* de instrumento sancionador del resto del ordenamiento; papel que si ha sido repudiado en general por la doctrina penal de los últimos tiempos, con más vigor aún debe serlo en un espacio jurídico en que convergen sanciones administrativas (previstas en la Ley 48/1984 de 26 de diciembre) con otras propiamente penales. En un terreno así delimitado cobra toda su fuerza el principio de intervención mínima del Derecho penal. Así pues, porque éste opera con sus propios criterios a la hora de cubrir las necesidades a cuya satisfacción se encamina, debe abrirse aquí un amplio inciso para tomar postura sobre el cumplimiento o no del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de la legislación que penaliza el incumplimiento de la PSS.

En efecto, como recientemente ha afirmado Mir Puig, una política criminal restrictiva de la intervención penal (asumiendo, pues, el principio de «máxima expansión» de los derechos fundamentales) exige subordinar ésta a valoraciones específicamente jurídico-penales, sin que pueda concebirse el Derecho penal como apéndice meramente sancionador del ordenamiento jurídico (20). Por otro lado, y superada ya hoy —parece que irremisiblemente (21)— la postura clásica de Binding, la situación actual en torno al «problema del bien jurídico» se presente como un diálogo —sin encono— entre una visión estrictamente sociológica del mismo y otra que puede calificarse de «jurídico-constitucional» (22). Esta última, nacida al calor de los años sesenta en

(19) Todo el intrincado proceso judicial contra el Reglamento es explicitado con claridad por FERNÁNDEZ PAMPILLÓN: «Revocación de la nulidad del reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1598, 5 de mayo de 1991, pp. 2424-2447, reproduciendo íntegramente la Sentencia de la Sala Especial de 21 de noviembre de 1990.

(20) MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites de *ius puniendi*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, p. 207.

(21) HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*. Aspetti giuridici, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 104 y ss.

(22) FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en MARINUCCI-DOLCINI (ed.), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 141.

Alemania y, sobre todo, en Italia (Fiandaca, Bricola, entre otros), procura mantener la fuente de la que emanan los intereses más relevantes para la convivencia social de la propia Constitución, nutriendo así de contenido material a la evidente relación jerárquica que ha existido siempre entre el legislador penal y la Constitución. Se llega incluso, en la famosa obra de Bricola, «Teoria generale del reato» (23), a edificar íntegramente el concepto de delito sobre la base de la ley fundamental.

Pues bien, una vez asumido —con diversos matices— el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, la doctrina penal mantiene desde hace años una ardua polémica sobre el alcance que caracteriza al denominado «*principio de ofensividad*». Para unos —la mayoría, por cierto—, la vigencia del citado principio tiene valor, únicamente, para señalar al legislador el camino correcto a la hora de establecer pautas de incriminación; se trataría, por tanto, de un principio político criminal, de alcance indeterminado, carente de relevancia en el terreno interpretativo: el hecho conforme a la descripción del tipo penal sería en sí mismo «*ofensivo*» —según Romano, entre otros— en cuanto expresión del «contenido sustancial de ilicitud según la valoración del legislador» (24). Con ello, se da por bueno el criterio seguido por éste en el momento de seleccionar un comportamiento como merecedor de pena, negándose radicalmente la posibilidad de que un hecho formalmente conforme al tipo sea al propio tiempo «*inofensivo*» desde una óptica material. Contra esta fractura de la «unidad ofensiva» que constituye el tipo se alza —según los autores que mantienen esta postura—, con su enorme valor, el principio de legalidad, cuyo contenido garantista impide al intérprete operar sobre el tipo limitando su alcance en función de parámetros «extratípicos».

Por el contrario, un grupo minoritario —pero relevante— de la doctrina italiana defiende una postura más avanzada sobre el tema. En efecto, autores como Palazzo o Bricola —entre otros— mantienen que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con asiento en la Constitución permite al intérprete adentrarse en el propio tipo penal, valorando si una conducta concreta lesiona o pone en peligro el interés tutelado de acuerdo con la Constitución. En este sentido, afirma Palazzo que *el principio de ofensividad opera a dos niveles*: «A nivel legislativo, por su rango constitucional, prohíbe que el legislador configure tipos delictivos que ya en abstracto abarquen conductas no lesivas de intereses o valores sociales preexistentes. A nivel *jurisdiccional-apli-*

(23) BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XIX, ed. Utet, Turín, 1973. pp. 3 y ss.

(24) ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Tomo I, Giuffré, Milán, 1987, p. 436.

cativo —prosigue el autor—, la vigencia integral del principio de ofensividad comporta para el juez la obligación de *excluir la subsistencia del delito cuando el hecho, conforme en todo al tipo legal, se revele en concreto inofensivo del bien jurídico específicamente tutelado por la norma*» (25).

De este modo, la función crítica del bien jurídico, lejos de suponer —como sostiene Hassemer (26)— «una utopía rica de contenido», se convierte en instrumento puesto en manos del intérprete para sofocar la tensión que, en su caso, exista entre el interés protegido en concreto por la norma y el bien jurídico de relevancia constitucional. Como recuerda García de Enterría, el sometimiento del legislador a la Constitución no se agota en el estricto cumplimiento del procedimiento formal que sirve de cauce para el nacimiento de la ley, sino que es, «sobre todo, un sometimiento al sistema de valores materiales que la Constitución proclama» (27); entre cuyos valores pueden identificarse, sin duda, los bienes jurídicos, como «intereses vitales del individuo o de la comunidad» (Von Liszt).

Planteado así el tema, cabría perfectamente imaginar que una conducta formalmente conforme al tipo sea materialmente inofensiva frente a ese bien jurídico constitucional que es el único que puede ser válidamente protegido por el legislador penal. En ese caso, el merecimiento de pena decae y el hecho no debe recibir sanción penal.

Hace ya veinte años, Bricola defendió la inclusión en el Código penal de una fórmula que recogiera esta tesis, enriqueciendo —no debilitando— el principio de estricta legalidad; el tenor de la misma era el siguiente: «Una conducta conforme al tipo delictivo no es punible cuando no ofenda el interés específicamente protegido por la norma penal en su dimensión social y constitucional» (28). Por lo demás, hoy se puede afirmar que este planteamiento ha dejado de ser exclusivamente doctrinal, para convertirse en una directiva de la futura legislación penal italiana; en efecto, el texto presentado por la Comisión para la reforma del Código Penal italiano recoge como principio

(25) PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, en PIZZORUSSO-VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Tomo I, Giuffré, Milán, 1985, p. 581. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 84. Comentando una reciente Sentencia de la Corte Constitucional, últimamente, véase: INSOLERA, «Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1», VI comma 1. n. 516, 1982, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pp. 726 y ss. En fin, ofreciendo una panorámica general del problema: FLORA, «Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, páginas 1187-1219.

(26) HASSEMER, *Il bene giuridico...*, cit., p. 108.

(27) G. ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 94.

(28) BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 84.

básico de la misma (art. 4-1) «que la norma sea interpretada de modo que la punibilidad quede limitada a los hechos ofensivos para el bien jurídico», lo que —a juicio de los redactores— constituye el «baricentro» de un Derecho penal no totalitario, policíaco o lesivo de las libertades. (28 bis). En realidad, siguiendo esta pauta no se hace otra cosa que colocar al legislador penal en su justa ubicación en el marco constitucional. El principio de «ofensividad» le impide dar cobijo y protección a intereses que no encuentren una exacta correspondencia en la ley fundamental. Efectivamente, el principio de legalidad impide que el juez se someta a fuentes extrañas a la norma penal; pero, obviamente, no cabe pensar en una desvinculación del juez a la Constitución. Si el juez está sometido al imperio de la ley, con mayor fuerza aún le vinculan las normas constitucionales, que son base y fundamento de todo el ordenamiento (29). Más aún, los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales —precisamente la «cantera» de la que se extraen en su mayoría los bienes jurídicos-penales—, aparecen dotados de eficacia directa, debiendo atenderse a ellos los jueces a la hora de interpretar la legalidad ordinaria. En eso consiste, por cierto, la denominada «interpretación conforme a la Constitución», que lejos de representar una máxima sin cobertura legal, aparece sancionada en el art. 5 de la LOPJ como pauta a seguir por los jueces ordinarios cuando se les plantea una situación de conflicto entre la norma legal y la propia Constitución.

En el terreno que nos ocupa ahora, ese conflicto puede presentarse siempre que el legislador ordinario instrumente el *ius puniendi* para proteger intereses carentes de relevancia constitucional. En tal caso, al juez penal se le plantean dos alternativas: o bien corrige el desenfoque originado por el legislador [en una labor que Bricola ha calificado de «ortopedia jurídica» (30)], o bien —si lo anterior no es posible— eleva la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Pero la LOPJ (art. 5) le obliga a intentar lo primero hasta donde sea posible, o sea hasta donde lo permita ese límite representado por el «sentido literal posible» del precepto, que señala —sobre todo en el campo pu-

(28 bis) El texto íntegro del Informe de la Comisión aparece recogido en «Documenti Giustizia» núm. 3, marzo de 1992, y lo relativo al principio de ofensividad en páginas 308-309 y 335.

(29) G. ENTERRÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 95. Sobre el problema de la vinculación del juez a la ley y a la Constitución, vid. GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992 pp. 65-96.

(30) BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 80, se refiere, en efecto, con cierta ironía a la labor de ortopedia jurídica que deberá realizar el intérprete entre el Código Rocco y el sistema constitucional democrático vigente hoy en Italia. Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución, vid. Arroyo, «*Jurisprudencia Constitucional en materia penal*», en C.P.Cr. 1982, pp. 388-389.

nitivo— la frontera entre la interpretación legítima y la arbitrariedad judicial.

Arduo trabajo interpretativo que, en mi opinión, debe realizarse siempre que un objetor de conciencia que haya sido requerido para cumplir la PSS, se niegue a ello, cumpliendo así, en el aspecto formal, el tipo de delito previsto en el art. 2.3 de la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre. A ello obliga la inadecuada *regulación legal* del ejercicio del *derecho fundamental* a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento y, en lo que ahora nos ocupa, de la propia PSS.

En efecto, cuando se observa con detenimiento el elenco de actividades previstas en la Ley 48/1984 (y en el Reglamento de ejecución) y que constituyen el objeto de la PSS, fácilmente se percibe que algunas de ellas nada tienen que ver con la *defensa civil* —como parcela o aspecto de la *defensa nacional*—, que es precisamente el bien jurídico de relevancia constitucional apto para ser penalmente protegido, según se vio más arriba.

Por lo pronto, el art. 6.1 de la Ley indica que la prestación consistirá en realizar actividades de utilidad pública, lo que no se corresponde exactamente con el fin constitucionalmente asignado a la misma, porque debe diferenciarse el apartado 2 del art. 30 CE, dedicado a una prestación social en cumplimiento del deber de defender a España, y el apartado 3, que alude a un «*servicio civil*» para el cumplimiento de fines de interés general, que nada tiene que ver con la defensa nacional y que es al que parece referirse la Ley, no sólo en el apartado 1 del art. 6, sino también y fundamentalmente en el apartado 2 f): «Cualesquiera otras actividades, servicios y obras de carácter análogo que sean de interés general».

Dicha desvirtuación del objetivo de la PSS alcanza su máxima cota cuando la Ley designa como sectores prioritarios para su cumplimiento los siguientes: «conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza» [art. 6.2 c)] y, también, «los servicios sociales y, en particular, los que afecten a la acción comunitaria, familiar, protección de menores y adolescentes, tercera edad, minusválidos, minorías étnicas, prevención de la delincuencia y reinserción social de alcohólicos, toxicómanos y ex reclusos» [artículo 6.2 d)]. Se trata, en todo caso, de labores altamente humanitarias y que demuestran un claro sentido cívico. Pero el problema no es éste. Desde el punto de vista penal, la cuestión estriba en si el incumplimiento de obligaciones de esta índole, ajenas por completo al bien jurídico que el legislador está llamado a proteger, merecen o no sanción penal.

Y el tema adquiere todavía mayor relevancia cuando se comprueba que la inmensa mayoría de las sentencias condenatorias dictadas en nuestro país contra insumisos a la PSS, lo han sido por incumplimiento del objetor de tareas de «colaboración social» con ancianos y mi-

nusválidos en dependencias que el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) tiene en diversas ciudades españolas. Habida cuenta de que en ninguno de los casos analizados existe correspondencia con el bien jurídico que la Constitución autoriza a proteger penalmente: la *defensa civil* (como aspecto de la *defensa nacional*), los jueces actuantes podían y debían realizar una interpretación conforme a la Constitución de los preceptos penales a aplicar y, en concreto, del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre, lo que hubiera significado, seguramente, el fallo absolutorio de todos los acusados. No les hubiera faltado en absoluto legitimidad para ello, pues actuarían amparados en el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (31).

En este sentido, cabe mencionar aquí las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete 37, 38 y 39 de 1 de febrero de 1991; las del Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma capital 30, 31 y 32, de igual fecha; la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo 83/1991 de 22 de marzo; la del Juzgado de lo Penal de Salamanca 104/91, de 6 de marzo (revocada por la Audiencia de la misma capital en Sentencia 68/1991 de 24 de junio), y, en fin, la del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992.

Aunque quizá pueda parecer excesivo el poder que aquí se confiere al juez para acotar el ámbito de aplicación del tipo penal, en realidad tal exceso no se da en absoluto. La alta significación que implica el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en nuestro país ha servido ya en más de un caso para «recortar» prohibiciones penales de acuerdo con el patrón constitucional. Baste citar lo ocurrido en relación con delitos contra el honor y su distinta configuración en virtud del reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Más claro aún es el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, al presentarse como presuntamente incompatible con el derecho fundamental a la huelga (art. 28.2 CE) la prohibición penal de la realizada por funcionarios públicos (art. 222.1 CP). En efecto, aunque seguramente tiene razón Arroyo cuando opina que el citado precepto pudo y debió ser derogado por su frontal incompatibilidad con el ejercicio

(31) La tesis aquí expuesta recoge —citando expresamente la fuente— en el Auto de Archivo de querrela, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid, de fecha 20 de noviembre de 1991, revocado por Auto 32/92, de 14 de febrero, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que no se contesta la argumentación del Magistrado-Juez de Instrucción, sino a la polémica planteada por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, que absolvió a un insumiso por entender concurrente un estado de necesidad.

(32) Cfr. ARROYO, *Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal*, en COBO (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, EDESA, 1983, p. 215, donde afirma: «el tenor literal del número 1 del artículo 222 se opone a lo dispuesto en el artículo 28,2 de la Constitución y, por tanto, debería haber sido considerado precepto dero-

del citado derecho (32), lo cierto es que el Alto Tribunal escogió la alternativa de remodelar el tipo penal sirviéndose de categorías propias del Estado democrático y asignando al mismo nada menos que un nuevo bien jurídico a proteger, introduciendo en el precepto penal un elemento no previsto por el legislador, cual es el elemento subjetivo consistente en la finalidad de atentar contra el ordenamiento constitucional.

Pues bien, no creo que le hubiera faltado razón a un juez ordinario, para realizar él mismo esta labor de «*ortopedia jurídica*» amparándose en su deber de interpretar los preceptos penales de acuerdo con la Constitución (art. 5 LOPJ): el imperio de la Ley a que el juez se ve sometido sólo cede cuando un precepto superior, de rango constitucional, le vincula con mayor fuerza, de modo que se ve obligado a resolver el «conflicto interno» que aparece en la regulación legal. Obsérvese, por otro lado, que en el caso de la insumisión el juez no se permite ampliar la prohibición penal (lo que sí le está absolutamente vedado en virtud de otro precepto constitucional: art. 25 CE), sino todo lo contrario: neutraliza la posibilidad de establecer sanciones penales respecto de conductas carentes de ofensividad.

Podría pensarse que en situaciones así el juez ordinario está obligado a presentar la oportuna cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional decida si el precepto penal de cuya validez depende el fallo es o no contrario a la Constitución. Desde luego ese deber existe cuando la discordancia con la norma fundamental es absoluta o radical, porque en tal caso el juez ordinario carece de facultades para abstenerse de aplicar la norma penal (salvo que la misma sea anterior a la Constitución, según la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional). Pero no ocurre lo mismo cuando el precepto no es radicalmente incompatible con la norma fundamental, aunque sí lo es su aplicación a ciertas conductas que se hallan dentro de su radio de acción de acuerdo con la literalidad del precepto. Es entonces cuando el principio de interpretación conforme a la Constitución debe alcanzar su máximo rendimiento (33).

gado» por la disposición que a tal efecto aparece en la Constitución. EL MISMO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, ed. Praxis, Barcelona, 1988, pp. 191 y ss. En el mismo sentido, BAYLOS-TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, ed. Trotta, Madrid, 1990, pp. 156-157.

(33) A este respecto, es de mención obligada la STC 105/1988, de 8 de junio, en la que se debate la posible inconstitucionalidad del art. 509 CP, en su redacción anterior a la Reforma de 21 de junio de 1989. Se enfrentaban allí dos posibles interpretaciones del precepto, señalando el Alto Tribunal que una de ellas era contraria a la Constitución; de ahí que afirme a continuación: «Llegados a este punto, parece obligado concluir que la disposición de Ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que sí lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto. Ello impone la conveniencia de llegar a una Sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en

Esto último, precisamente, es lo que ocurre en relación con la penalización del incumplimiento de la PSS, de acuerdo con la regulación actual de la misma. Ya se ha explicado que determinadas prestaciones carecen de lesividad frente a los intereses que el legislador ordinario, de acuerdo con la Constitución, está llamado a preservar. Ahora bien, la incompatibilidad no es absoluta o radical porque dentro del radio de acción del art. 2-3 de la L.O. 8/1984 se hallan conductas que sí lesionan el bien jurídico «defensa nacional» en su aspecto de «defensa civil». En efecto, cuando la PSS consista en la realización de tareas incluidas en los sectores prioritarios a que se refieren los apartados 2 a), 2 d) y 2 e) de la Ley de Objeción, por tratarse de ámbitos relacionados, siquiera sea indirectamente, con la defensa civil, el incumplimiento de la PSS sí hubiera merecido la oportuna sanción penal. Discernir entre uno y otro caso es labor del juez, a falta de una regulación más plausible.

En el ámbito parlamentario, Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentó el 13 de febrero de 1990 una Proposición de Ley con el fin de dar una nueva regulación al problema de la objeción de conciencia y, sobre todo, al régimen jurídico de cumplimiento de la PSS (34); sin embargo, la Proposición obviaba totalmente el problema de la adecuación de las actividades exigidas. Es más, parece que con la intención de «desmilitarizar» la PSS, se preveía como contenido de la misma «el desarrollo de actividades de utilidad pública», entre ellas: alfabetización, bibliotecas, etc.; muy loables todas, pero que tampoco tienen nada que ver con la finalidad constitucionalmente asignada a la PSS, esto es, la defensa civil.

B) La negativa a cumplir el servicio militar

El art. 135 bis i) del Código Penal castiga con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena al que «citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusare sin causa legal este cumplimiento».

cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución». En la doctrina alemana, TIEDEMANN, «Constitución y Derecho Penal», Trad. ARROYO, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, p. 151, mencionada la restricción operada por el Tribunal Constitucional en el tipo del asesinato (BverfGE, 45, 187, pp 227 y ss.).

(34) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie V, núm. 35-1, 28 de marzo de 1990. Dicha Proposición de Ley ha sido rechazada con fecha 12 de febrero de 1991 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 35-2, 18 de febrero de 1991).

Hasta el momento mismo de la promulgación de la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre, el art. 127 del CPM sancionaba como delito militar, la negativa de un «español» a realizar el SM. De ahí que, durante todo el período democrático, el castigo de esta clase de insumisión haya sido patrimonio de los tribunales militares. El propio Tribunal Constitucional, hace sólo un año, justificó esta práctica argumentando que «este tipo de delito es típica y propiamente militar en cuanto daña al servicio militar en sentido genérico y trata de evitar o limitar la negativa ilícita a la prestación de ese servicio» (F.J. 5).

Afortunadamente, el legislador de 1991, al introducir en el Código Penal común el nuevo art. 135 bis i), ha resuelto de plano la cuestión acomodando nuestro ordenamiento punitivo al patrón común de los Estados democráticos. El individuo que todavía no ha «entrado en filas» es un paisano y como tal hay que juzgarle, acabando de una vez con esa práctica tan habitual —desgraciadamente— en nuestro país, consistente en extender la jurisdicción militar mucho más de lo que la preponderancia del poder civil aconseja y de lo que la propia Constitución, en su art. 117-5, establece taxativamente.

Por otro lado, la ubicación del tipo penal entre los delitos que atentan contra la defensa nacional confirma, en el plano de la legislación ordinaria, la lectura que anteriormente se hacía del art. 30 CE. En efecto, el autor del delito previsto en el art. 135 bis i) CP, según el propio tenor literal del precepto, no se ha incorporado a las Fuerzas Armadas. Por ello, su conducta nunca podría afectar a la defensa militar del Estado, sino a la defensa nacional, que es el deber genérico e inobjetable según el apartado 1 del art. 30 CE. En consecuencia, carecen aquí de relevancia las consideraciones que anteriormente se hacían en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional. Puesto que quien se niega a realizar el SM no ha alegado en ningún momento su condición de objeter, cuando es requerido formalmente para llevarlo a cabo, el deber general y para todos del art. 30-1 CE se convierte en un deber personal a cuyo cumplimiento está llamado concretamente la persona requerida.

Ahora bien, eso no quiere decir que se haya superado por entero la discordancia apreciada entre el texto constitucional y el desarrollo legal del derecho fundamental a la objeción de conciencia al SM. En este sentido, el Movimiento de Objeción de Conciencia —sin duda mayoritario— propugnó desde un principio la inobservancia de la Ley 48/1984, por entender que la misma conculca gravemente varios derechos fundamentales de los objetores (35). Puesto que el legislador de

(35) El 8 de noviembre de 1987, la Asamblea estatal del MOC emitió un comunicado sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de octubre en el que puede leerse: «la LOC viene a sumarse al Código Penal Militar, la Ley y Reglamento del SMO,

1991 no ha modificado en absoluto la situación, el tema debe abordarse por las implicaciones que tiene en el orden penal. Por lo demás, el propio Defensor del Pueblo hizo suyas las críticas a dicha Ley en el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 160/1987 de 27 de octubre.

El Defensor del Pueblo, efectivamente, hizo hincapié en la ilegitimidad de los arts. 3 y 4 de la Ley 48/1984, porque el primero exige al objetor la alegación de los motivos de conciencia que justifican su solicitud, mientras el segundo permite al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (CNOOC) recabar informaciones de terceros para determinar si es congruente la petición con las «actuaciones obrantes» en el expediente. Con razón estimaba el Defensor del Pueblo que estamos ante un «procedimiento inquisitorio», pudiendo el CNOOC hacer prevalecer, frente a la motivación del objetor, datos de su conducta dimanantes de terceras fuentes, quebrantando así el «contenido esencial» del derecho del objetor. Pese a que el fallo de la Sentencia rechaza la incompatibilidad de estas normas con los derechos a la intimidad y a la libertad ideológica, el propio ponente se muestra de acuerdo con la postura mantenida en el recurso (36).

Seguramente, las dudas razonables sobre la legitimidad constitucional del procedimiento de reconocimiento formal de la condición de objetor no son fundamento bastante para que el insumiso incumpla directamente su obligación, ya que la declaración expresa en contra del Tribunal Constitucional supone un freno inequívoco a esa posibilidad. Obsérvese que la controversia jurídica en torno a estas cuestiones ha adquirido una configuración completamente distinta a la relativa a las tareas asignadas a quienes realizan la PSS, cuya importancia en el plano penal ha sido ya subrayada. La diferencia estriba, precisamente, en que este último problema nunca ha sido abordado por el Alto Tribunal, mientras que la Sentencia 160/87 confirmó la constitucionalidad de la Ley de Objeción en lo referente al procedimiento de declaración de la condición de objetor. En consecuencia, no cabe una «interpretación conforme a la Constitución» que sea contraria, precisamente, al máximo órgano encargado de realizar esa labor hermenéutica; es más, su jurisprudencia vincula directamente a los órganos judiciales ordinarios (art. 40.2 LOTC), lo que impide a éstos elaborar sus propias directrices interpretativas en contra de la doctrina sentada ya por el propio Tribunal Constitucional.

como conjunto de instrumentos legales previstos para que la crítica al papel del ejército sea reprimida, e impuesta la colaboración con la institución militar». Se recoge en *En Pie de Paz*, núm. 8, diciembre de 1987.

(36) Vid. el Voto Particular que presenta De la Vega Benayas (Ponente de la Sentencia 160/1987, de 27 de octubre) en el que califica de «inquisitorial» el procedimiento de reconocimiento del objetor ante el CNOOC.

Ahora bien, tampoco está cerrada la vía —creo— para que la enco-nada polémica que aún existe en torno a la constitucionalidad de la nor-mativa que nos ocupa pueda ser resuelta de nuevo por el Tribunal Con-stitucional. Como se sabe, no es infrecuente que este órgano aborde más de una vez un determinado problema e, incluso, que ofrezca soluciones distintas al mismo. Eso ha ocurrido, al menos, en el tema de la reserva de ley en materia penal, resuelto por vez primera en 1984 (STC 43 de 23 de febrero) y dos años más tarde —parece que definitivamente— en la STC 160/1986 de 11 de diciembre, sentando una doctrina radical-mente contraria a la anteriormente propugnada por el mismo Tribunal.

Una vez planteados los problemas de índole constitucional que subyacen en la figura delictiva prevista y sancionada en el art. 135 bis i) CP, conviene plantear a continuación una cuestión de mera le-galidad ordinaria, pero en absoluto carente de importancia: la inter-pretación de la expresión «sin causa legal» que aparece en el citado precepto, en relación con el sistema de plazos legal y reglamentaria-mente previsto para invocar la condición de objetor antes de ingresar en filas.

En efecto, puede ocurrir que el sujeto, después de ser citado regla-mentariamente para prestar el SM, decida declararse objetor de con-ciencia. Deberá determinarse entonces si entra en juego el elemento negativo del tipo delimitado por la expresión «sin causa legal», de tal suerte que la conducta pueda considerarse atípica. La solución al pro-blema pasa, sin embargo, por un exhaustivo análisis de la normativa legal y reglamentaria que establece el tiempo y forma de solicitar la declaración de objetor, la cual carece, por cierto, de la necesaria clari-dad.

El art. 11.1 c) de la LSM reconoce como causa de exención del mismo el «ser declarado objetor de conciencia de acuerdo con la Ley»; por su parte, el apartado 3 del mismo artículo dice que «reglamentaria-mente se determinará la forma de solicitar [dicha exención]... y el mo-mento en que tal exención se hará efectiva». De otro lado, la Disposi-ción Transitoria Sexta mantiene en vigor el Reglamento del SM (aprobado por Real Decreto 611/1986 de 21 de marzo) en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la Ley. Así pues, la normativa militar con ran-go de Ley únicamente alude a la objeción de conciencia como supuesto de exención del SM, pero, como es lógico, no regula al propio tiempo el procedimiento para que el sujeto que se declara objetor, tenga la consideración de tal a todos los efectos. Dicha tarea se encomienda a la Ley 48/1984, cuyo art. 1.3 establece con claridad que «el derecho a la objeción podrá ejercerse hasta el momento en que se produzca la incor-poración al servicio militar en filas»; declaración ésta que confirma plenamente el carácter de derecho fundamental de la objeción, siendo así que su ejercicio se permite hasta el momento mismo en que el suje-to pasa a formar parte de las Fuerzas Armadas, a partir del cual dicho

ejercicio le está prohibido en virtud de consideraciones más que discutibles, pero que, por el momento, no vienen al caso. El principio de máxima expansión de los derechos fundamentales, tantas veces invocado por el Tribunal Constitucional, halla aquí una de sus aplicaciones concretas.

Ahora bien, la simple lectura del apartado tercero del art. 1 de la Ley 48/1984 no resuelve por completo el problema, ya que la misma Ley introduce una gran carga de confusión al disponer, en su art. 2-2, que «la solicitud de declaración de objetor de conciencia, cuando se presente con al menos dos meses de antelación a la fecha señalada para la incorporación al servicio militar en filas, suspenderá dicha incorporación hasta tanto recaiga resolución en firme del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia»; sin embargo, nada dice el precepto acerca de los efectos de la presentación de dicha solicitud cuando falten menos de dos meses para la incorporación. Las posibilidades son dos: o bien se acepta plenamente la solicitud presentada a menos de dos meses de la fecha fijada para la incorporación, o bien se interpreta la mencionada disposición legal en sentido contrario, rechazándose por completo la validez de dicha solicitud «extemporanea».

Este ha sido, precisamente, el camino elegido por el Gobierno al desarrollar reglamentariamente la normativa legal que nos ocupa. Por un lado, el art. 7 del RD 551/1985, de 24 de abril (Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia), tras repetir en su apartado 2 el tenor literal del precepto legal citado, interpreta a su modo el régimen de exclusión diciendo que «cuando la solicitud se presente una vez transcurrido el plazo señalado en el número anterior, no suspenderá la incorporación a filas del solicitante».

Por otro lado, el art. 132 del RD 611/1986 de 21 de marzo (Reglamento del SM) faculta a la «autoridad militar jurisdiccional» para que conceda a estos objetores de última hora, «si lo estima oportuno, un permiso temporal por un tiempo máximo de seis meses» (37).

Con ello, el poder ejecutivo se ha atribuido potestades que no le han sido conferidas por la Ley Fundamental. No es él quien está llamado a resolver posibles antinomias legales ni, mucho menos, a restringir el ejercicio de derechos fundamentales, para cuya regulación exige el artículo 53.1 de forma taxativa una disposición con rango de ley. Toda limitación de los mismos que no provenga de la propia ley debe rechazarse y, desde luego, no vincula en absoluto al juez, sometido siempre al imperio de la Ley, sí, pero «únicamente» a él, según reza el art. 117.1 CE; por el

(37) CÁMARA, *ob. cit.*, pp. 272-274, alude a esta situación en pasado, considerando que la reforma operada en el art. 7 del Reglamento de Objeción por el Reglamento de la PSS en su disposición final primera, ha solucionado el problema, cuando en realidad la reforma afecta sólo al apartado primero del artículo y no al tercero, que es el que impide la suspensión de la incorporación.

contrario, respecto a la actividad reglamentaria, el juez se convierte en «señor», con obligación de controlarla, según dispone el artículo 106 CE. Por tanto, de cara a una correcta aplicación del precepto penal que nos ocupa, se puede y se debe pasar por alto la restrictiva interpretación realizada por el poder ejecutivo al margen de sus atribuciones.

Y lo cierto es que existen argumentos bastantes para efectuar una interpretación más generosa de la normativa legal sobre el período de solicitud de la declaración de objeción. En efecto, carecería de sentido que el ejercicio de un derecho fundamental dependiera de los días que faltan para que el sujeto titular del mismo se incorpore al cumplimiento del SM. Seguramente por ello, la STC 23/1985 de 13 de mayo y los AATC 108/1981 de 29 de octubre y 100/1982 de 24 de febrero entendieron que compeler a quien se declara objetor a realizar el SM implica lesionar de forma irreversible su derecho fundamental. En consecuencia, puesto que el art. 2-2 de la Ley 48/1984 no impide de forma taxativa que las solicitudes presentadas «hasta el momento en que se produzca la incorporación al servicio militar en filas» (art. 1.3 de la misma Ley), adquieran plena eficacia en orden a la exención del mismo, y teniendo en cuenta el rango del derecho invocado, bien podría concluirse que la presentación de la solicitud ante el CNOG hasta el mismo momento en que el sujeto pase a formar parte de las Fuerzas Armadas, serviría para excluir la consideración de su negativa a cumplir el SM como conducta típica del art. 135 bis i) CP, pues debería apreciarse la concurrencia de una «causa legal» y, por tanto, la ausencia de un requisito exigido por el legislador para la calificación como delictivo de dicho comportamiento.

C) Problemas particulares relativos a la insumisión propia

1. *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho*

Los procesos contra insumisos desarrollados en nuestro país hasta ahora, han tenido como denominador común una línea de defensa que podríamos denominar «política», si por ello se entiende que los acusados no pretenden lograr evadir el ingreso en prisión, sino denunciar la legislación vigente, invocando eximentes tan «extrañas» a todo este asunto como la legítima defensa o el cumplimiento de un deber (38).

(38) Deben mencionarse aquí —entre otras— las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete 37, 38 y 39, de 1 de febrero de 1991; las del Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma capital 30, 31 y 32, de igual fecha; la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo 83/1991, de 22 de marzo, y la del Juzgado de lo Penal de Salamanca 104/91, de 6 de marzo (revocada por la Audiencia de la misma capital en Sentencia 68/1991, de 24 de junio).

Ahora bien, huyendo de cualquier planteamiento formalista, los propios Magistrados reconducen los alegatos de las defensas hacia el terreno que le es propio, entendiendo que lo que en realidad «quieren» invocar los acusados es la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, suelen fallar negando tal posibilidad, afirmando en la mayoría de los casos que el individuo ha ejercido su derecho para ser reconocido objetor, pero que a partir de ese momento contrae la obligación de cumplir la PSS: «no ofrece la actual legislación un derecho a cumplir o no la prestación, sino un deber», afirma la Magistrada de Toledo (F.J. 3). Las razones de conciencia «ya le han sido reconocidas por su condición de objetor que le legitiman a ser declarado exento del deber general y a ser sometido en su caso a una PSS, entendiéndola como una obligación prevista en la Constitución (art. 30.1) y regulada por una ley que ha sido declarada constitucional», afirma la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete en las tres sentencias de 1 de febrero de 1991.

Distinto por completo es el planteamiento del Magistrado de lo Penal de Salamanca, en su sentencia de 6 de marzo de 1991, al reconducir el debate jurídico al terreno del error de prohibición. Arranca su argumentación afirmando que «la libertad ideológica o de conciencia alegada, por sí, es insuficiente conforme explicita el Tribunal Constitucional para obtener la condición de objetor, cuanto más para rechazar la prestación social sustitutoria» (F.J. 9). Confirmando, más adelante, que «el criterio ponderativo de intereses contenido en las Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161/87 impiden dar relevancia de causa de justificación al ejercicio de la libertad ideológica realizado por el inculpado» (F.J. 12).

Pero en seguida la Sentencia se introduce por los vericuetos del error sobre los presupuestos de la causa de justificación, caminando, pues, por un terreno sumamente difícil y, creo, sin acierto. Se apoya el Magistrado en la opinión vertida por Muñoz Conde en un reciente estudio sobre el error, pero trastocando, creo, el sentido de sus afirmaciones. En efecto, afirma dicho autor —refiriéndose a los estrechos límites que se han estipulado en nuestra legislación punitiva en relación con el aborto despenalizado— que «puede plantearse, y no sólo como creencia errónea, sino como creencia fundada jurídicamente, la existencia de preceptos fundamentales de tipo constitucional o de principios generales de las causas de justificación por encima de una determinada regulación legal» (39). Evidentemente, lo que Muñoz Conde quiere decir es que los preceptos constitucionales pueden ser aplicados directamente y que suponen un recorte al ámbito de prohibición de determinadas normas penales, pero no alude —en estas líneas de su trabajo— a supues-

(39) MUÑOZ CONDE, «Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias», en *La LEY*, 6 de febrero de 1991, p. 10.

tos de error, sino de «algo mejor» que el error, pues la conducta aparece objetivamente justificada.

Sorprendentemente, ese mismo párrafo sirve al Magistrado de lo Penal de Salamanca para apoyar su tesis de que al afirmar el procesado que actúa en ejercicio de la libertad de conciencia, su conducta «se encuentra de pleno en un supuesto de extralimitación de las causas de justificación o creencia de obrar lícitamente; de obvia naturaleza vencible» (F.J. 12). Resulta inhabitual que la simple alegación de la supuesta justificación sirva directamente para aplicar el párrafo 3 del art. 6 bis a) CP; desde luego es manifiestamente contrario a la doctrina del T. Supremo (40). Pero sorprende mucho más en este caso, porque precisamente el ejercicio del derecho invocado es requisito imprescindible para convertirse en sujeto activo del delito, siendo obviamente atípica la negativa a cumplir la PSS por parte del no objeto. Si el derecho se ejerció ya legítimamente, no se entiende muy bien cómo puede volver a ejercerse frente a las consecuencias legales que aquel ejercicio comporta.

No estamos, pues, ante un supuesto genuino de error, sino frente a la creencia de que la normativa que regula el cumplimiento de la PSS es inconstitucional, cosa bien distinta. Porque la PSS sólo fue exigida tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia, aparte de ser vinculante para los tribunales ordinarios, era bien conocida en el área cultural en que se movía el procesado, que presentó su solicitud ante el Consejo utilizando el «impreso 'ad hoc'» redactado por el Movimiento de Objeción de Conciencia.

En consecuencia, parece bastante lógica la postura de la Audiencia Provincial de Salamanca, que en Sentencia 68/1991 de 24 de junio, ha revocado la decisión del órgano judicial inferior. En su Fundamento Jurídico 5 afirma el Tribunal: «el agente, con plenitud de conocimientos, se opone, motivada y frontalmente, a la realización de la norma, comprendiendo perfectamente y arrastrando libremente las consecuencias que su voluntario actuar puede acarrearle, en atención —según asevera— a no respetar la Constitución Española, cambiando así por pasiva la obligación de cumplimiento de la ley que a todos nos incumbe, aun cuando nos hallemos en desacuerdo con ella, en tanto, por el poder legislativo, no se derogue o modifique».

En conclusión, la estrategia de invocar el ejercicio de la libertad de conciencia puede ser viable, pero no para conseguir una disminución de la pena por aplicación del art. 6 bis a) 3 CP, sino para posibilitar, en última instancia, una declaración del Tribunal Constitucional distinta a la de 1987, mediante la presentación de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad (art. 5 LOPJ).

(40) STS 26 de mayo de 1987: «si bien es difícil determinar la existencia o no de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, no puede bastar, sin embargo, su mera alegación» (STS 3 de enero de 1985).

2. *La eximente de estado de necesidad. Análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid, de fecha 3 de febrero de 1992*

La enorme controversia jurídica —y política— creada por la Sentencia que recientemente ha absuelto a un insumiso aplicando la figura del estado de necesidad por apreciar un conflicto entre el imperativo legal y el imperativo de conciencia del propio sujeto exige, a mi juicio, un ponderado análisis de la misma, escapando —en cualquier caso— de comparaciones forzadas.

Desde luego no ha sido ésta la primera ocasión en que los tribunales de nuestro país deben enfrentarse a un caso cuya solución depende del valor que se otorgue a los imperativos de conciencia frente a los imperativos legales; es decir, de cómo se solventa ese estado de necesidad nacido del conflicto de dos deberes: el de conciencia y el legal. Sin ir más lejos, en la controvertida cuestión de la actuación médica que lesiona la libertad de decisión (o libertad ideológica y de creencias) del testigo de Jehová al negarse éste a recibir una transfusión de sangre, los Autos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983 niegan el predominio de los motivos de conciencia sobre el deber del médico de preservar un bien jurídico en primera entidad como la vida misma del paciente (41). Algo parecido (aunque con una argumentación más compleja y muy discutible) ha venido a decir el Tribunal Constitucional en sus Sentencias sobre la huelga de hambre en el ámbito carcelario (SSTC 120/1990 y 137/1990 de 27 de junio y 19 de julio, respectivamente; SSTC 11/1991 y 67/1991 de 17 de enero y 22 de marzo, respectivamente): la inobservancia de los deseos del huelguista —que podrá comportar un delito de coacciones— se halla plenamente justificada por el valor preponderante de la vida.

Ahora bien, no puede olvidarse que tanto una como otra solución han recibido severas críticas por parte de la doctrina (42), existiendo

(41) Sobre este problema, véase BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 491 y ss.; EL MISMO, «Agresión médica y consentimiento del paciente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp 127 y ss.

(42) Los Magistrados Rodríguez Piñero y Leguina Villa formulan votos particulares; el Fundamento Jurídico 4 del primero de ellos señala con claridad que la prolongación en el tratamiento contra la voluntad del huelguista puede llegar a considerarse «una situación degradante y contraria a la dignidad humana». Por su parte, en el voto discrepante del Magistrado Leguina Villa puede leerse que «el deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos». En la doctrina, LUZÓN PEÑA llegaba a resultados parecidos a los de las Sentencias del Tribunal Constitucional aunque por distinto camino, separando por completo los casos en que el sujeto quiere morir sin haber causado él mismo el riesgo, de otros casos (como el de la huelga de hambre) en que la

discrepancias incluso en el seno del Alto Tribunal, lo que obliga a pensar que la solución contraria distaría mucho de poder calificarse como descabellada. El centro de la cuestión radica en el significado y alcance que se otorgue a la dignidad humana, que la Constitución coloca como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE).

La Sentencia que nos ocupa comienza afirmando (en la línea de lo sostenido en este trabajo) que siendo el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos uno de los que informan el Derecho penal español, debe tenerse en cuenta que «determinadas actividades a objetos de conciencia no se corresponden, ni siquiera indirectamente, con la defensa nacional en su dimensión civil, que en una primera aproximación pudiera estimarse como el bien jurídico protegido». Dicho lo cual, sin embargo, el Juez no sigue hasta el final esta vía de solución del caso, sino que a continuación asume la configuración de los intereses en juego que efectúa el propio legislador en el Preámbulo de la Ley 48/1984; de tal suerte que el delito de insumisión propia a la PSS se convierte en un «delito contra un deber», esto es, «el deber constitucional hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles».

Frente a este planteamiento cabe hacer algunas observaciones. En primer lugar, la delimitación del bien jurídico protegido deviene obligada desde el momento en que se coloca entre los principios informadores del Derecho punitivo su propia protección; siendo así, el alcance de ésta se convierte en una variable dependiente por entero de la propia delimitación de ese interés protegido. Por ello, no parece adecuado iniciar el análisis del caso introduciendo en su solución la polémica doctrinal acerca de cuál sea el bien jurídico protegido por el legislador de 1984: habrá que decidirse por alguno o concluir que la conducta es inofensiva. En segundo lugar, tampoco parece que las alternativas que se presentan lo sean realmente; en efecto, la protección penal del cumplimiento de la PSS tiene su fundamento en un deber constitucional, el de defender a España, del mismo modo que el delito fiscal lesiona el deber de contribuir al Erario público. Pero dichos deberes se materializan y adquieren concreción para servir de objeto de protección jurídico-penal. En el caso del incumplimiento de la PSS —como he defendido más arriba— esa tutela radica en la defensa civil, como faceta de la defensa nacional.

conducta del sujeto es precisamente la que origina ese riesgo para la propia vida [Cfr. «Estados de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», en *LA LEY*, 1988-1, pp. 992 y ss.]. Por el contrario, Díez RIPOLLÉS entiende que la situación se plantea como un conflicto de deberes que debería resolverse en favor de la autodeterminación, dignidad y libertad en general (Cfr. «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 602 y ss.).

Ahora bien, el planteamiento que la Sentencia realiza sobre el interés protegido por la norma penal contiene una tercera consideración que va a ser decisiva de cara a la solución del caso y que resulta más que discutible; dice así: «Si se estima que lo es [s.c. el bien jurídico protegido] la prestación social en sí misma, esto es, considerada como una actividad, sucede que su carácter obligatorio se contradice frontalmente con la solidaridad, esencialmente voluntaria, que la fundamenta». Es cierto —como se dijo más arriba— que algún autor sostiene que es la propia PSS el interés protegido por el legislador penal (43); pero resulta muy dudoso que el fundamento de la misma sea la solidaridad, salvo que se dé por buena la declaración del Preámbulo de la Ley 48/1984, donde se describe una PSS que entronca más con el apartado 3 del art. 30 CE («finés de interés general») que con su apartado 2, que es donde se debería apoyar, pues el apartado 3 del citado precepto constitucional le es completamente ajena.

En mi opinión, se podrá haber llegado igualmente al fallo absolutorio siguiendo hasta el final la primera de las alternativas expuestas, es decir, asumiendo que el bien jurídico protegido es la defensa civil del Estado y teniendo muy en cuenta que la prestación exigida consistía en acudir al Hogar de la Tercera Edad de Avila dependiente del INSERSO, lo que a todas luces constituye una desviación respecto al deber constitucional que el precepto penal está llamado a proteger, haciendo decaer la necesidad y legitimidad de la pena en ese supuesto concreto.

Al no hacerlo así e inspirarse en la idea de la solidaridad como núcleo central de la conducta delictiva, la argumentación discurre esencialmente por la vía de negar que el insumiso fuera, en este caso, insolidario. En razón de lo cual, el Juzgador se hace eco de la generosidad de su postura, pues prefiere —dice— ingresar en prisión para denunciar la existencia del SM, desechando totalmente la posibilidad de que la comodidad o la desidia hubieren determinado el incumplimiento del deber, ya que —continúa diciendo la Sentencia— ese mismo sujeto cuya conducta se enjuicia ha demostrado su solidaridad mediante la realización constante, voluntaria y gratuita de actividades sociales destinadas a ayudar a los demás [Fundamento Jurídico 2 d)].

En este sentido, cabe decir que si bien la doctrina italiana y la jurisprudencia constitucional de aquel país han fundamentado la obligación del objetor de realizar la PSS en el deber de «solidaridad social» recogido en el art. 2 de la Constitución italiana (44), por el contrario en

(43) MILLÁN GARRIDO, «La objeción de conciencia al servicio militar...», *cit.*, páginas 221-222. EL MISMO, *Régimen penal de la prestación social sustitutoria*, en COBO (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1989, Tomo X, p. 650.

(44) PALAZZO, «Obiezione di coscienza», *cit.*, p. 504; SCC 409/1989, de 18 de julio, F. Jco. 3, en *Giustizia penale*, 1990, I, p. 11.

nuestro país no existe norma jurídica alguna que aluda explícitamente a dicho deber y, en consecuencia, no debería invocarse como «ratio legis» de la incriminación penal de la insumisión. Por mucho que la Ley 48/1984 se refiera al objetor como «colaborador social», ya se vio que su labor únicamente puede ir legítimamente encaminada a tareas relacionadas con la defensa civil del Estado, y no a otras como las que —por cierto— se exigieron al objetor cuya conducta enjuicia la Sentencia que nos ocupa.

Con todo ello, la verdad es que se debilita bastante el punto de apoyo del Juzgador para enunciar después una discutible versión de la causa de justificación del art. 8.7, el estado de necesidad. En efecto, tras una serie de consideraciones sobre la desobediencia civil y su justificación (explicando que el acusado no pretende sustraerse a la acción de la justicia y que reconoce la legitimidad del tribunal que le juzga), la Sentencia se adentra en los motivos de conciencia como valor jurídicamente protegible frente al mandato legal de cumplimiento de la PSS, tomando como clave de bóveda de su razonamiento la idea constitucional de la dignidad de la persona, lo cual sería plausible si el problema se centrara (como en los casos de la transfusión de sangre a los Testigos de Jehová o de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario) en los límites a la facultad de disposición del ciudadano sobre bienes jurídicos considerados personales y, además, disponibles, como la salud o —según cierta doctrina— incluso la vida.

Sin embargo, la cuestión a la que ahora nos enfrentamos es radicalmente distinta, desde el momento en que el bien jurídico objeto de tutela penal es de índole comunitaria y, además, indisponible, pues se trata de la defensa del Estado. Y si, por otro lado, tenemos en cuenta que el conflicto ideológico al que se enfrenta el objetor ha sido resuelto ya legislativamente reconociéndose su condición y asignándole una tarea distinta al SM, creo que no es posible construir un estado de necesidad sobre la base de la disparidad entre la normativa vigente y las ideas del objetor, que no pretende sólo sustraerse a la PSS, sino —con ello—, como reconoce la Sentencia, criticar el mantenimiento del SM, lo cual escapa completamente a las facultades del individuo en particular, siendo la comunidad —a través de sus representantes— la única legitimada para «disponer» sobre la obligatoriedad o no del citado servicio.

El hecho de que la Constitución vigente haya asumido el compromiso —frente a la etapa autoritaria anterior— de situar a la persona en su justa dimensión, como objeto de derechos fundamentales (pero también de deberes) no puede significar, como afirma la Sentencia, la absoluta primacía de lo personal sobre lo estatal (F.J. 4), ni que el imperativo de conciencia pueda anular en todo caso el imperativo legal (F.J. 3), ya que ello representaría un ataque directo contra la misma línea de flotación del Estado democrático, cuya soberanía reside en el pueblo español

(art. 2 CE) y cuyas leyes emanan del poder legislativo, elegido libremente por aquél.

Desde la perspectiva propia del estado de necesidad, debe tenerse en cuenta, por lo demás —como afirma Luzón Peña (45)—, que «a diferencia de otras causas de justificación en que el bien jurídico afectado ha dejado de ser digno de protección en concreto, en el estado de necesidad se lesiona un bien o —en el caso de la infracción de un deber— un interés digno de toda protección y que, sin embargo, el Derecho transige con tal lesión, y que el fundamento de la admisión de tal acción está relacionado con la necesidad para el ordenamiento jurídico de proteger y salvaguardar intereses y bienes jurídicos y de solucionar conflictos y con las ideas de la ponderación de intereses, inexigibilidad general y tolerancia del máximo de libertad ante acciones al menos indiferentes, *el Derecho sólo puede permitir y justificar la acción que causa un mal jurídico si es imprescindible para impedir la producción también de un mal jurídico*», lo que no sucede en el caso que nos ocupa, pues el cumplimiento de la PSS no puede representar un mal jurídico desde el momento en que se reconoce constitucionalmente para aquellos que ejercen su derecho fundamental a la objeción de conciencia.

En conclusión, no cabe aplicar aquí la causa de justificación de estado de necesidad, sencillamente porque no existe una situación de necesidad tal y como la requiere el legislador penal.

3. *La remisión condicional de la condena*

Como se sabe, hasta hace pocos meses el legislador penal español castigaba de forma muy distinta la insumisión al SM y la insumisión a la PSS, en claro perjuicio para esta última. Pues bien, cuando dicha legislación discriminatoria para los objetores de conciencia se veía sometida a severa crítica, solía aducirse que la elevada pena prevista para la insumisión propia a la PSS impedía en todo caso la aplicación al reo del instituto de la remisión condicional de la condena previsto en los arts. 92 y ss. del Código Penal, ya que dicha pena superaba con mucho el límite establecido por el art. 93 CP, de un año de privación de libertad. Por el contrario, la sanción con que se conminaba la insumisión propia al SM en el art. 127 CPM (de uno a seis años de prisión), sí lo permitía.

De este argumento se sirvió, expresamente, la Magistrada de lo Penal de Toledo, en su Sentencia 83/91 de 22 de marzo, al solicitar para

(45) Cfr. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad...», *cit.*, p. 998.

el insumiso condenado un indulto parcial tras imponerle la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor.

Aunque el tema no ha suscitado el interés de quienes últimamente se han ocupado del problema de la insumisión, reviste suma importancia, sobre todo para quien se encuentra en el banquillo a la espera de la decisión judicial.

Según una primera postura, defendida por Millán Garrido (46), tal posibilidad viene vedada por el propio legislador al exigir a los culpables de los mismos el *cumplimiento* de la condena impuesta; como se sabe, la Ley 29/1973 introdujo este régimen jurídico para soslayar el fenómeno de las «condenas en cadena» hasta el pase a la reserva del objeto. Esa misma filosofía es la que inspira la redacción actual del art. 135 bis i) CP y del art. 2.3 de la L.O. 8/1984, condicionando la ley en ambos casos la exención del cumplimiento del servicio rehusado al efectivo cumplimiento de la condena impuesta. Siendo así, resultaría paradójico y contrario a una interpretación gramatical y teológica de esos preceptos y de los artículos del Código Penal que permiten la remisión de la condena (arts. 92 y ss.) que pudiera considerarse cumplida la misma cuando en realidad no se ha cumplido, sino que su ejecución ha sido suspendida. Estaríamos, pues, ante un supuesto excluido de la aplicación de la remisión condicional por la «naturaleza jurídica del hecho punible» (art. 93, párrafo 2 CP).

Ahora bien, con ser razonable dicho análisis del problema, entiendo, sin embargo, que es posible una interpretación distinta basada, sobre todo, en las finalidades preventivo-especiales en que se inspira el instituto de la remisión condicional. En efecto, es opinión unánime en la doctrina (47) y en la jurisprudencia (48) que la misma se endereza a la reintegración social del culpable, evitando en lo posible el ingreso en prisión de los delincuentes primarios. Se trata, además, de una institución jurídica ubicada en la Parte General del Código Penal y por ello —según reiterada jurisprudencia (49)— de aplicación también a leyes especiales en cuanto no se oponga al tenor de las mismas. Por lo demás, un argumento de índole sistemática coadyuva a esta interpretación: el art. 94 CP exige la aplicación de la remisión condicional cuando concurren determinadas condiciones (así, «cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código» [art. 94.1 CP]), sin que quepa aquí la discrecionalidad judicial. En consecuencia, si al autor de un delito de insumisión se le

(46) MILLÁN, «La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen», en *Actualidad penal*, núm. 15, 1991, p. 229.

(47) Cfr. MAPELLI-TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1990, p. 72.

(48) STS 17-11-1969, R.A. 5438.

(49) STS 6-7-1983, R.A. 4103.

aplica una exigente incompleta, y ello obliga a imponer la pena por debajo del año de prisión, necesariamente habrá de concedérsele la remisión condicional, luego al menos en ciertos casos no puede interpretarse la exigencia de cumplimiento de la condena prevista en los delitos de insumisión propia como un impedimento absoluto a la concesión de la remisión condicional. Así lo corrobora la Instrucción del Fiscal General del Estado de 29 de abril de 1992, pues exhorta a los fiscales a solicitar penas de dos años, cuatro meses y un día, precisamente para impedir la concesión de la remisión condicional. En conclusión, pues, esta institución sí es aplicable al insumiso.

Cuestión distinta es que, de *lege ferenda*, se abran otras posibilidades al condenado, permitiéndole —como hace el legislador italiano— el cumplimiento de una prestación que no sea —precisamente— el SM armado. En efecto, los apartados 4 y 5 del art. 8 de la Ley italiana de 15 de diciembre de 1972 (n. 772, modificada por Ley 695/1974, de 24 de diciembre) permiten al acusado o condenado por negativa a cumplir la PSS o el SM la solicitud de su admisión para prestar alguna de las modalidades de PSS previstas en aquel país: SM no armado o servicio civil (50). Tal propuesta no puede considerarse en absoluto descabellada si tenemos en cuenta que la Ley de Objeción incluía ya, como Disposición Transitoria, la posibilidad de que los objetores condenados en ese momento por negativa a cumplir el SM formularan solicitudes para acogerse a lo previsto en la citada Ley; esto es, preveía una conmutación de la pena mediante el cumplimiento de la PSS.

V. LA INSUMISION IMPROPIA: FALTA DE INCORPORACION AL SERVICIO. REGIMEN SANCIONADOR PENAL Y ADMINISTRATIVO

El legislador penal español no castiga sólo a quien se niega de forma fehaciente a realizar la prestación que se le exige en cumplimiento del deber constitucional de defender a España (art. 30.1 CE), sino que también conmina a aquellos que, tras ser emplazados para cumplirla, no se presentan en el lugar y tiempo señalados en el requerimiento correspondiente. Así lo hace en el nuevo art. 135 bis h) CP y en el apartado 2. del art. 2 de la L.O. 8/1984 en relación con el SM y la PSS, respectivamente; la pena es idéntica en ambos casos: arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo.

Desde la perspectiva del principio de intervención mínima y en atención al grado de lesividad de estas conductas, parece exagerada

(50) Incluso se le permite volver a incorporarse al SM armado —art. 8.5—. Vid. PALAZZO, «Obiezione di coscienza», *cit.*, p. 557, y GARINO *op. cit.*, pp. 356 y ss.

su tipificación en la legislación punitiva. En efecto, el mero retraso en la presentación carece de la gravedad requerida por aquel principio, salvo, claro está, que se trate de un retraso contumaz, en cuyo caso estaremos más bien —otra vez— ante una insumisión propia. La falta de atención del legislador ante estas consideraciones no sólo merece una severa crítica desde un punto de vista valorativo, sino que provoca —de hecho— importantes incongruencias normativas, sobre todo en lo que se refiere a la falta de incorporación a la PSS, cuyo régimen jurídico se ve sometido —en este aspecto concreto— a un «cruce normativo» donde entran en juego diversas disposiciones y con escaso acierto.

A) Falta de incorporación a la PSS

El art. 2.2 de la L.O. 8/1984, que castiga la falta de presentación en el lugar y tiempo oportuno para comenzar a realizar la PSS, prescinde de establecer un plazo determinado a partir del cual la conducta se considere penalmente relevante, deduciéndose de ello que el delito se consuma aunque el retraso sea de sólo 24 horas.

Quizá por la exagerada desvaloración de ese comportamiento, se ha intentado un acotamiento de la «zona penal» —lo cual parece plausible—, pero por una vía absolutamente inadecuada, cual es la tipificación en el Reglamento de la PSS de la falta de incorporación que no sobrepase los tres días de duración como mera falta leve (art. 30.1), «aclarando» en seguida que transcurrido ese plazo «se considerará que el objetor ha dejado de presentarse en el tiempo señalado, estándose a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2, de la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre». Desde la óptica del principio de jerarquía normativa, la ordenación que se presenta debe rechazarse: un simple reglamento no puede acotar el campo de aplicación de toda una ley orgánica; carece de vigor para ello.

En lo que respecta al propio sistema sancionador administrativo elaborado para castigar al objetor que se presenta «a destiempo» a cumplir su prestación, deben realizarse aquí algunas consideraciones. Su cobertura legal se halla en la Ley 48/1984, donde se prevé la existencia de dos clases de infracciones: graves y leves. Las primeras aparecen expresamente tipificadas en el art. 17.2, prescindiéndose, en cambio, de señalar concretamente cuáles son las infracciones leves. En lugar de ello, se establecen una serie de criterios que deben guiar al ejecutivo cuando prevea, mediante reglamento, las infracciones correspondientes; por el contrario, las sanciones aplicables sí son previstas por el legislador.

Pues bien, en lo que se refiere a la tipificación de las infracciones, parece claro que el «bloque» constituido por la Ley y el propio Reglamento satisfacen las exigencias del principio de legalidad sancionador según la doctrina del Tribunal Constitucional, que ya en la Sentencia 42/1987 de 7 de abril precisó que «el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto... por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (F.J. 2). Advirtiendo la STC 219/1989 de 21 de diciembre que la dimensión formal del principio de legalidad (reserva de ley) «pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución» (F.J. 2) (51). Dado que nos encontramos precisamente ante un ámbito de actuación de la Administración que es comúnmente calificado como de supremacía especial (semejante a la existente en relación con el SM), el grado de autonomía del reglamento con respecto a la ley es mayor que en relaciones de supremacía general (52).

Ahora bien, aunque no quepa detenerse aquí en el análisis del grado de correspondencia entre los criterios fijados por el art. 17.3 de la Ley 48/1984 y el catálogo de infracciones leves tipificadas en el art. 48 del Reglamento de la PSS, parece claro que el ejecutivo ha pretendido en él equiparar el régimen sancionador del objeto al que es propio del SM, lo que no creo que se corresponda con la habilitación legal mencionada, si bien ello no afecta —desde luego— al supuesto que aquí nos interesa (la falta de incorporación a la PSS en el lugar y tiempo señalado), ya que el mismo supone, sin duda, una «perturbación del servicio» (art. 17.3 Ley 48/1984).

Algo similar sucede en el área de las sanciones, ya que el art. 18.1 c) de la Ley contempla, para las infracciones leves, únicamente la de «suspensión de permisos y licencias», sin que en la Ley se establezca con claridad cuál es el contenido de ambos, ni tampoco en el propio Reglamento, de cuyo art. 46.2 f) se desprende, sin embargo, que los citados permisos son extraordinarios, debiendo justificarse el motivo de su solicitud, por lo que parece que se trata de permisos similares a los que se conceden durante el cumplimiento del SM y que no comportan una privación de libertad, sino sencillamente la obligación de seguir el

(51) Sobre este problema, vid. GARBERI, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, ed. Trivium, Madrid, 1990, pp. 77 y ss.

(52) En G. ENTERRÍA-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 5 ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 227.

régimen general de cumplimiento. Pues bien, el art. 49 del Reglamento de la PSS, desviándose —a mi juicio— de la habilitación prevista en el art. 18.1 c) de la Ley 48/1984, amplía el campo de las sanciones a la «supresión de salida durante ocho días», lo que comporta materialmente una privación de libertad que carece de la cobertura legal oportuna, lesionándose un derecho fundamental. No creo que la «relajación» del vigor del principio de legalidad en el campo de las relaciones de sujeción especial llegue a permitir semejante desviación de poder por parte de la Administración.

Pero, sea así o de otro modo, lo que resulta innegable es que toda limitación del ámbito de aplicación de un tipo penal que provenga de una disposición de carácter reglamentario carece de cualquier virtualidad frente al principio de reserva de ley, que en el ámbito estrictamente punitivo predomina absolutamente, configurando lo que se ha dado en llamar «monopolio de criminalización» (53); monopolio que es atacado frontalmente cuando el poder ejecutivo invade la materia penal, salvo en supuestos de remisión expresa de la propia ley, lo que no sucede —por cierto— en el caso que nos ocupa. De tal suerte que los jueces y tribunales no pueden verse sometidos, en modo alguno, a la limitación de la esfera de prohibición marcada por el art. 30.1 del Reglamento de la PSS.

B) Falta de incorporación al servicio militar

En lo que se refiere a la falta de incorporación al SM, tipificada como delito común en el art. 135 bis h) CP, no se presentan colisiones normativas tan evidentes como en el caso anterior. El art. 3 de la nueva LSM establece que «los españoles que se incorporan a las Fuerzas Armadas para cumplir el servicio militar adquieren durante su prestación la condición militar y reciben la denominación de militares de reemplazo». Con ello, el legislador español crea una nueva figura de militar, siendo requisito imprescindible para que un sujeto sea calificado como «militar de reemplazo» su efectiva incorporación a las Fuerzas Armadas. Por otro lado, el art. 3 de la L.O. 12/1985 de 27 de noviembre, reguladora del régimen disciplinario castrense, delimita el ámbito de aplicación de dicha normativa, señalando que «a los militares de reemplazo les será de aplicación durante la prestación del servicio militar», lo que resulta coherente con el art. 3 de la L.O. 13/1991 y circunscribe a sus justos límites la potestad sancionadora de la administración militar. Pero al propio tiempo provoca que al sujeto que no esté cumpliendo el SM y que falte a la incorporación de-

(53) La afortunada expresión está tomada de MANTOVANI, *Diritto penale*, 2.^a edición 1988, p. 81.

bida, no le sea aplicable en absoluto ningún precepto, ya sea de carácter penal o administrativo sancionador, que vaya dirigido a los «militares de reemplazo».

Teniendo en cuenta todo ello, no carece en absoluto de sentido afirmar que el art. 119 bis del Código Penal Militar (introducido por la L.O. 13/1991), que castiga con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión al «militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare, pudiendo hacerlo transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación», únicamente podrá aplicarse a quienes ya se incorporaron en su día a cumplir el SM y, después, v. gr., cuando disfrutaran de un permiso, teniendo la obligación de volver al cuartel, no se incorporan cuando es debido. Pero no podrá aplicarse a quienes todavía no forman parte de las Fuerzas Armadas porque nunca se incorporaron.

En consecuencia, la falta de incorporación al SM que no constituya una negativa total a su realización, deberá castigarse siempre de acuerdo con el art. 135 bis h) CP, lo que resulta a todas luces excesivo desde el prisma del principio de intervención mínima. Sería un acierto, desde luego, introducir las modificaciones oportunas en la legislación vigente, para que las modalidades menos graves (v. gr., ausencia hasta quince días, de acuerdo con el art. 119 bis CPM y el art. 9.23 de la citada L.O.) recibieran una sanción de naturaleza meramente administrativa, incurriéndose en responsabilidad penal únicamente cuando la falta de incorporación presentase caracteres de mayor gravedad.

VI. INSUMISION SOBREVENIDA

Las profundas convicciones que pueden llevar a adoptar posturas de insumisión pueden aparecer con anterioridad a la incorporación del sujeto al SM o a la PSS —como se ha visto—, pero también pueden nacer en la conciencia del sujeto una vez que éste ha comenzado a realizar cualquiera de las dos prestaciones, surgiendo entonces lo que podríamos denominar «insumisión sobrevenida».

En este campo, sin embargo, el incumplimiento de cada una de las prestaciones adquiere tintes muy diferentes. Por un lado, quien se niega a seguir realizando el SM adopta dicha postura porque su conciencia (que no es algo estático) ha evolucionado en ese sentido y, aunque en un principio no le planteara ningún conflicto la realización del SM, con posterioridad sí se plantea dicho conflicto.

Por otro lado, la insumisión sobrevenida a la PSS tiene su origen natural en el cuestionamiento por parte de quien ya ha visto reconocida su condición de objetor de la duración que el legislador español ha

asignado a la PSS, muy superior a la del SM. En efecto, el art. 24.1 de la L.O. 13/1991 ha fijado para éste una duración de nueve meses, mientras que la Disposición Adicional Decimotercera de la misma L.O. asigna a la PSS un período de cumplimiento entre trece y dieciocho meses, a determinar por el Gobierno mediante reglamento; en ejecución de esta delegación, el Real Decreto de 22 de mayo de 1992 ha elegido el mínimo, es decir, trece meses. Así pues, pese a la paralela disminución que recientemente se ha producido en la duración de ambas prestaciones, se mantiene en pie la discriminación contra el objetor, discriminación que se sitúa en torno al 50%, lo que no es poco. En la forma de insumisión que ahora nos ocupa, el objetor intenta neutralizar ese tratamiento abandonando pura y simplemente la tarea que le fue asignada cuando cubre un período de cumplimiento similar al establecido para el SM.

En otro orden de cosas, la promulgación de la L.O. 13/1991 viene a confirmar que la naturaleza militar de la conducta delictiva depende esencialmente de la pertenencia del sujeto activo a las Fuerzas Armadas. Por ello, la única modalidad de insumisión que permanece ubicada en el Código Penal Militar es, precisamente, la insumisión sobrevenida al SM, pues solamente en este caso el autor de la infracción tiene la condición de militar. Por el contrario, esa misma conducta, pero referida a la PSS, aparece sancionada en una ley especial (la tantas veces citada L.O. 8/1984).

A) Insumisión sobrevenida al servicio militar. El delito de deserción en la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre

Hasta la entrada en vigor de la L.O. 13/1991 la tipología de infracciones dedicadas a sancionar los casos en que el individuo que se encontraba prestando el SM decide, en un momento determinado, abandonar el mismo de forma definitiva se reducía a una sola figura, ya clásica: la deserción, tipificada en el art. 120 del CPM de 1985 con el siguiente tenor: «Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días...». No era éste, sin embargo, el sentido que se quiso dar a la deserción al inicio de la tramitación parlamentaria; en efecto, recogiendo sugerencias del Anteproyecto de Código Penal Militar elaborado entre los años 1980 a 1982 por la Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, y, en particular, de Millán Garrido, el texto que se presentó al Parlamento pretendía deslindar el delito de ausencia injustificada del propio de-

lito de deserción, cuya espina dorsal vendría constituida por el ánimo del autor de sustraerse permanentemente de sus obligaciones militares, viéndose en ella la figura idónea para castigar los casos de insumisión sobrevenida al SM (54). Sin embargo, una enmienda de última hora del Grupo Parlamentario Socialista del Senado dio al traste con esa distinción, quedando unificadas en un solo precepto ambas figuras.

Cuando en la presente Legislatura, el Gobierno se decide a modificar la normativa del SM, introduce ya en el Proyecto una serie de innovaciones en el Código punitivo castrense que obviamente —como afirma su Exposición de Motivos— tienen por objeto sancionar conductas «que afectan al personal que cumple el servicio militar». Y se aprovecha la ocasión para plasmar en la legislación positiva aquella vieja distinción entre el delito de ausencia injustificada y el de deserción (artículos 119 bis y 120 CPM, respectivamente), introduciendo en este último de forma expresa —como requisito típico— el «ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares». Por otra parte, en el curso de la tramitación parlamentaria se dio vida a una nueva modalidad del delito de desobediencia previsto en el art. 102 CPM, añadiendo un apartado 3, cuya especialidad consiste en «rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares» (55). No por casualidad, las penas de prisión con que se sanciona este último delito y el de deserción son idénticas: de dos años y cuatro meses a seis años.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que no todos los preceptos citados contemplan conductas de insumisión; incluso alguno de ellos —en concreto el art. 102.3 CPM—, pese a las intenciones del legislador, no resulta aplicable a sujetos que cumplen el SM, como veremos en seguida.

En lo referente al delito de abandono injustificado de destino o lugar de residencia, el legislador de 1991 ha querido diferenciar con nitidez los casos en que el sujeto activo es militar profesional (art. 119) de aquellos otros en que la conducta es realizada por un militar de reemplazo —con la nueva denominación de quien se encuentra prestando el SM— (art. 119 bis), exigiendo, respecto de este último, un período de

(54) GARCÍA LABAJO, «Delito de deserción militar», en BLECUA FRAGA-RODRÍGUEZ VILLASANTE (Coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, páginas 1515-1516.

(55) La introducción del nuevo precepto proviene de la Enmienda núm. 177 del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, cuya Motivación fue la siguiente: «Introducir un nuevo tipo penal que contemple la desobediencia reiterada y permanente a las órdenes legítimas de los superiores» [Cfr. BOCG, Senado-II, IV Legislatura, núm. 57 (c) de 21 de noviembre de 1991, pp. 68-69]. El texto del Proyecto de Ley aparece en BOCG, Congreso de los Diputados IV Legislatura, Serie A, núm. 60-4 de 18 de octubre de 1991.

ausencia de quince días, mientras el militar profesional consuma el delito a los tres días. La reforma, sin embargo, adquiere mayor relieve desde el momento en que el propio legislador establece que el nuevo art. 119 bis cumple ahora la misma función que se asignaba con anterioridad al delito de deserción tipificado —hasta el 31 de diciembre de 1991— en el art. 120 CPM. En efecto, la Disposición Transitoria Séptima de la L.O. 13/1991 prevé que «los hechos punibles incluidos en la anterior redacción del artículo 120 del CPM cometidos hasta la entrada en vigor de esta Ley, sean sancionados conforme a lo dispuesto en el artículo 119 bis del CPM o en los arts. 8.9 y 9.23 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas». Se implanta, con ello, un sistema sancionador gradual con respecto a la ausencia injustificada, pues la conducta sólo es delictiva cuando se sobrepasan los quince días (art. 119 bis CPM), permaneciendo la conducta en el ámbito sancionador administrativo cuando no se supera dicho plazo, bien como infracción grave (art. 9.23 de la L.O. 12/1985) o leve (art. 8.9 del mismo cuerpo legal). Pero, en cualquier caso, esta clase de conductas no representan supuestos de insumisión.

En lo que se refiere al apartado 3 del art. 102 CPM, en algunos de sus elementos se observa un evidente paralelismo con figuras penales conminadoras de la insumisión. En efecto, de un lado la pena de prisión asignada coincide —en su gravedad— con la de aquélla; de otro, la inclusión de la expresión «rehusar permanentemente», coincide en su sentido y alcance con la terminología utilizada por el legislador español cuando ha tipificado los delitos de insumisión propia. Ahora bien, un análisis más detenido del precepto obliga a considerar al mismo inaplicable a personas que se hallen ligadas a las Fuerzas Armadas por el solo hecho de hallarse cumpliendo el SM; y ello pese a que el Preámbulo de la Ley asegura que la reforma penal que contiene se dirige en exclusiva «al personal que cumple el servicio militar».

En apoyo de dicha conclusión no cabe argüir, sin embargo, que el legislador haya omitido designar al sujeto activo de este nuevo delito con la expresión «militar de reemplazo»; en efecto, aunque el artículo 102.1 CPM señala al sujeto activo con la calificación genérica de «militar», ello no impediría en absoluto su aplicación a quien lo es únicamente por hallarse cumpliendo el SM, ya que resulta evidente que a los efectos del Código punitivo castrense deben considerarse militares a quienes, a partir de la L.O. 13/1991, se les denomina «militares de reemplazo», ya que si así no fuera, los comportamientos delictivos cometidos durante la realización del SM quedarían fuera del ámbito castrense, lo que parece absurdo; además, allí donde el legislador penal militar ha delimitado al sujeto activo con el término «militar» caben todos los militares, tanto los de carrera, como los de empleo, como —en fin— los de reemplazo. Eso es lo que sucede, justamente, en el ámbito

sancionador administrativo, al afirmar el art. 3.1 de la L.O. 12/1985 de 27 de noviembre (en la nueva redacción dada al precepto por la Disposición Adicional Séptima de la L.O. 13/1991) que su régimen disciplinario es aplicable a los militares de reemplazo «durante la prestación del servicio militar».

La razón que impide aplicar el apartado 3 del art. 102 CPM a los militares de reemplazo es otra bien distinta y, seguramente, mucho más sutil. El citado precepto obliga al juez a castigar al desobediente pertinaz con dos penas de distinta naturaleza: por un lado, una pena de prisión, pero por otro lado —y necesariamente— debe recibir como castigo la pérdida de empleo. Pues bien, resulta que esta última pena sólo es aplicable a los militares profesionales, según dispone taxativamente el art. 30 del CPM que, por estar ubicado en la parte general del Código afecta —sin duda— a todas y cada una de las especies delictivas. Siendo así, y puesto que el juez no puede castigar sólo con la pena privativa de libertad sin transgredir flagrantemente la ley, el militar de reemplazo nunca podrá considerarse sujeto activo del delito. La extrañeza que ello pudiera originar desaparece inmediatamente cuando se averigua que la norma procede de una enmienda presentada en el Senado, la cual, una vez introducida en el texto del Proyecto por la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Defensa, atravesó el trámite parlamentario restante sin que, al parecer, se advirtiera su presencia, pues no aparece mencionada siquiera por parlamentario alguno (56).

Así pues, dejando a un lado los dos tipos penales mencionados, por su inidoneidad para sancionar la insumisión sobrevenida, la única figura punitiva apta para ello es el delito de deserción previsto en el artículo 120 CPM. Su nueva redacción recoge con claridad la línea apuntada por el Anteproyecto de Código Penal Militar de 1984, introduciendo como núcleo esencial de la conducta típica un elemento subjetivo consistente en la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares, presentando así el precepto una fisio-

(56) La enmienda 188 del Grupo Socialista del Senado es asumida en el Informe de la Ponencia (BOCG, Senado, IV Legislatura, Serie II, núm. 57 (d) de 21 de noviembre de 1991, p. 105). Es aprobada por la Comisión de Defensa del Senado sin mencionarla siquiera, por votarse conjuntamente las Disposiciones Adicionales de la Ley (18 votos a favor y 3 en contra) (Cfr. Diario de Sesiones del Senado, IV Legislatura-Comisiones, núm. 116 de 25 de noviembre de 1991). Finalmente, el Pleno, en su Sesión de 4 de diciembre de 1991 (Diario de Sesiones del Senado, IV Legislatura, núm. 90), realiza una votación conjunta de todas las Disposiciones Adicionales, excepto la Octava (donde se halla el precepto en cuestión) resultando aprobadas por 172 votos contra 6, mientras que esta última lo es por 119 votos a favor, 58 en contra y 1 abstención. Sin embargo, esos votos contrarios se refieren sobre todo a la penalidad de los distintos supuestos delictivos incluidos en la Ley y no se alude en ningún momento, por parte de ningún Grupo Parlamentario, al nuevo apartado 3 del art. 102 CPM (Cfr. Diario de Sesiones citado, páginas 4718-4758, y del núm. 89, pp. 4696-4711).

nomía netamente distinta a la puramente objetiva de su anterior redacción.

La insumisión, en este caso, se manifiesta como ejercicio «por libre» del derecho fundamental a la objeción de conciencia al SM, ante la imposibilidad de ver reconocido ese derecho una vez que el individuo se incorpora a filas.

Millán Garrido ha sostenido que la inadaptación a la vida militar que protagoniza el desertor proviene de su propia personalidad «deficientemente desarrollada, de manera que la deserción no es sino una manifestación más de su adaptación social defectuosa en la misma vida civil» (57). Dejando a un lado la discutible fundamentación científica del aserto (el mismo autor reconoce que los estudios sobre el tema se hallan mediatizados por la selección de los sujetos entre pacientes de Hospitales Psiquiátricos), desde luego la deserción cometida por motivos de conciencia merece mayor respeto; tanto al menos como el que se desprende de su reconocimiento como derecho fundamental (o constitucional, que lo mismo da a este respecto). Efectivamente, el objetor-desertor no se adapta a la vida militar porque lo impiden motivos poderosos; pero el problema seguramente es otro muy distinto: la imposibilidad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia una vez que el sujeto se incorpora a filas.

La Sentencia 161/1987 de 27 de octubre justificaba esta prohibición por el efecto perturbador que la objeción sobrevenida provoca «para la seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas». Ante ello cabe afirmar que la afectación de dicha estructura se da, seguramente, cuando el militar de reemplazo abandona pura y simplemente la unidad en que se hallaba encuadrado (pensemos en una deserción en masa); pero no ocurre lo mismo cuando dicho abandono se halla reglado y sujeto a la solicitud del afectado, pues en tal caso únicamente se obligaría a la administración militar a una remodelación de las unidades. Observando el problema bajo este prisma, parece que el único interés que se pretende preservar es de índole meramente administrativa.

Pero, aparte de ello, lo que el legislador —y el Alto Tribunal— están admitiendo, en el fondo, es la suspensión de un derecho fundamental al margen de la Constitución, lo que debe rechazarse de plano. Tanto la doctrina como algunos Magistrados del propio Tribunal Constitucional han advertido de la gravedad del problema. Cámara Villar afirma que nos hallamos ante una inmisión en el contenido

(57) GARCÍA LABAJO, «Delito de deserción militar», *cit.*, p. 1519. Aunque la opinión es de MILLÁN, al que se cita: *El delito de deserción militar*, Bosch, Barcelona, 1983, páginas 160-162. En esta misma obra aparecen estadísticas sobre la incidencia de la deserción, que en 1979 suponían el 54% de los delitos militares, p. 157.

esencial de un derecho fundamental, lo que resulta inadmisibles (58). Más rotundos todavía se muestran los Magistrados de la Vega y García-Mon, cuando aseveran —en su Voto Particular— que «se está negando, no limitando ni suspendiendo, el derecho mismo que la CE reconoce».

Ante tan enconada polémica cabe preguntarse si resultaría justificada la deserción invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. La respuesta debe ser negativa. Como se sabe, los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales integran lo que la doctrina denomina «Derecho penal constitucional» (59). A veces los tipos penales incriminan conductas que representan ejercicio legítimo de un derecho constitucionalmente reconocido: v. gr., los tipos de injurias de expresión e información. Nos hallamos entonces ante lo que Arroyo denomina «tipos de conflicto interno» (60); conflicto que sólo es posible resolver ponderando adecuadamente los bienes y derechos en juego.

En mi opinión, el delito de deserción del art. 120 CPM es uno de esos tipos, pero con una característica que le diferencia de otros: el derecho fundamental afectado (objeción de conciencia al SM) ha sido desarrollado mediante ley ordinaria y ha recibido un espaldarazo considerable con la STC 161/1987 de 27 de octubre. Y en esa legislación no se permite la objeción sobrevenida. Por ello considero que, pese a la polémica expresada por el órgano de control constitucional, no puede hablarse en este caso de «ejercicio legítimo de un derecho», pues la legitimidad es por ahora patrimonio de esa legislación que prohíbe el ejercicio de la objeción a partir de la incorporación a filas.

B) Insumisión sobrevenida a la PSS

Por lo que se refiere al abandono de la PSS, el art. 2.1 de la L.O. 8/1984 incluye como elemento típico la ausencia de justa causa. No es arriesgado pensar que cuando el legislador introduce este elemento negativo lo hace con la intención de alejar la sanción penal de conductas motivadas por impedimentos de todo tipo que imaginarse pueda, pero

(58) CÁMARA, *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 291.

(59) Vid. por ejemplo, en la doctrina italiana: PALAZZO, *Valori costituzionali...*, cit., pp. 537 y ss.; ARROYO, «Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, páginas 97-110; TIEDEMANN, *Constitución y Derecho penal*, cit., donde el autor explica con claridad las implicaciones del texto fundamental sobre el Derecho material y procesal penal.

(60) ARROYO, «Relaciones entre Constitución y Derecho penal», inédito (consulta por gentileza del autor), p. 8.

seguramente no pensó en su posible aplicación a supuestos en los que el objetor abandonase el cumplimiento de la prestación como manifestación de su postura de insumisión. De cualquier modo, ello no impide que el alcance de esta figura delictiva (en cuanto penalizadora de la insumisión sobrevenida) se vea seriamente determinada por la inclusión de dicho elemento negativo, que se convierte así en una especie de «Caballo de Troya».

En efecto, el alcance de la expresión «sin causa justificada» carece de límites propios que impida, al menos, plantear la posibilidad de aplicarla a los casos más problemáticos, esto es, cuando el objetor cumple fielmente la PSS, pero sólo hasta el momento en que el período de cumplimiento coincide con el exigido para el SM (o sea, nueve meses, en lugar de trece). A partir de ahí, el objetor entiende que ya no está obligado por el deber de cumplir la PSS, colocándose en situación de insumisión frente a una normativa que discrimina claramente a los objetores, exigiéndoles una prestación de mayor duración que a los demás.

Ahora bien, para plantear la cuestión en sus justos parámetros resulta imprescindible dilucidar el problema constitucional que representa esa discriminación; si la misma se ajusta a Derecho, o por el contrario resulta incompatible con el derecho fundamental (o constitucional) a la objeción de conciencia al SM.

El legislador justifica esta disparidad considerando, en primer lugar, que es una garantía exigida por la Constitución para que no se produzca fraude a la ley y, en segundo lugar, que se trata de «necesidad para evitar discriminaciones, pues no puede tratarse por igual situaciones desiguales y discriminatorio sería que la PSS y el servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración». Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 160/1987, alega su conocida doctrina según la cual sólo cabe discriminación cuando se traten desigualmente supuestos sustancialmente iguales, lo que no sucede en este caso —dice—, porque su «penosidad» es distinta, «ni tampoco cabe olvidar que la PSS constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra, que excluye la asimilación matemática, no ciertamente razonable». Sin embargo, varios Magistrados se oponen a este planteamiento y, en concreto, Rodríguez Piñero afirma que la propia Ley prevé para la PSS un régimen análogo al restablecido para el SM, lo que significa «tanto la sujeción especial como la pérdida de libertad de quien se encuentra sometido tanto al servicio militar como a la prestación social sustitutoria, elemento temporal de pérdida de libertad que es el que fundamentalmente ha de tenerse en cuenta».

Con un razonamiento parecido al de este Magistrado, la Corte Constitucional italiana ha considerado recientemente inconstitucional la mayor duración del servicio sustitutorio de los objetores de conciencia respecto al SM. La Sentencia 470/1989, de 31 de julio, entiende que la pluralidad de organismos en que el servicio sustitutorio se presta hace impracticable una comparación precisa de la penosidad del servicio, de organización y de horarios. Por esta razón, afirma la Corte que el único parámetro al que cabe acudir para comparar dicha penosidad es la duración de una y otra prestación; en consecuencia, proclama que «la diferente duración del servicio sustitutorio, por las limitaciones que comporta para el normal desenvolvimiento de la vida civil» implica una sanción para los objetores, contraria al principio de igualdad y al derecho a la libre manifestación de las ideas (arts. 3 y 21 de la Constitución italiana) (61).

Por su parte, el art. 8.3 de la Proposición de Ley presentada por Izquierda Unida el 20 de marzo de 1990 —ya citada— preveía una duración de la PSS no superior a la prevista para el SM (62).

Seguramente, las dudas razonables sobre la legitimidad constitucional de la duración de la PSS no son fundamento bastante para que el insumiso incumpla directamente su obligación, ya que la declaración expresa en contra del Tribunal Constitucional supone un freno inequívoco a esa posibilidad (habría que repetir aquí que la legitimidad se halla, por ahora, en la normativa vigente). Sin embargo, creo que su invocación serviría al menos para permitir al juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues en ese caso el fallo dependería de la validez de la ley, como exige el art. 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VII. LOS DELITOS DE INSUMISION EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992

Las infracciones que nos ocupan se encuentran recogidas en el referido texto dentro del Capítulo III del Título XXI, «De los delitos relativos a la defensa nacional», a excepción de la insumisión sobrevenida al servicio militar, que no aparece por tener su lugar propio en el cuerpo punitivo castrense. Por otra parte, el texto remitido por el Gobierno al Congreso acaba —felizmente— con la fragmentación normativa existente en la actualidad, incluyendo en el Código Penal común tanto la insumisión al servicio militar (siguiendo la pauta marcada por

(61) La Sentencia aparece recogida en *La Giustizia Penale*, 1990, I, pp.1 y ss., bajo supervisión de BERTONI.

(62) El texto se puede consultar en *lug. cit.*, nota 34.

la L.O. 13/1991 de 20 de diciembre) como a la prestación social, recogida hasta ahora en la L.O. 8/1984 de 26 de diciembre.

Con ello, el prelegislador asume (quizá sin pretenderlo) la tesis defendida en este trabajo en cuanto a la necesidad de identificar el bien jurídico afectado por las infracciones que tienen por objeto la prestación social en el propio concepto de «Defensa nacional», lo cual indica que tanto el servicio militar como la citada prestación constituyen el cumplimiento del deber prescrito en el apartado 1 del art. 30 CE, sin que quepa trasladar al apartado 2 (o incluso al 3) del mismo precepto el deber constitucional que sirve de base y fundamento a las previsiones penales en este campo. En consecuencia, la interpretación que de las mismas se ofrece en este trabajo, sobre todo en lo relativo a su correspondencia con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad, queda considerablemente respaldada en el nuevo texto.

Ahora bien, si el Proyecto supone —en este campo sancionador— un intento de acabar con la actual fragmentación normativa, todo lo contrario sucede en lo que se refiere el cumplimiento del postulado de la fragmentariedad de la legislación penal (63). Como se sabe, este último exige que la sanción penal quede reservada a conductas gravemente lesivas de intereses fundamentales para la comunidad, relegando al ámbito sancionador administrativo las que carezcan de tan alta desvaloración social. Pues bien, el Proyecto sigue considerando delictivas las conductas de insumisión impropia, esto es, consistentes en la falta de presentación del ciudadano en el tiempo y lugar señalado para el cumplimiento de la prestación exigida. Como se advertía más arriba, este tipo de comportamientos carecen de la lesividad necesaria, ya que si el citado ciudadano no acude donde y cuando es debido porque «rehusa» el cumplimiento de la prestación, entonces incurrirá en un delito de insumisión propia, castigado con mayor severidad. En este sentido, la pena prevista en el Proyecto para la llamada insumisión impropia, de seis meses a dos años de prisión, parece absolutamente desproporcionada. No debería desaprovecharse la ocasión para alejar estas conductas de la conminación penal, ubicándolas en el ámbito sancionador administrativo, en aras de una mayor racionalidad del sistema punitivo.

Una vez sentado lo anterior, puede ahora discutirse con mayor fundamento si las penas previstas en el Proyecto para los distintos supuestos de insumisión resultan o no adecuadas. El art. 583 sanciona con pena de prisión «superior a dos años y hasta tres años» la insumisión propia tanto al servicio militar como a la prestación social. Ello significa que el Proyecto quiere evitar, desde luego, la aplicación de

(63) Explica la tensión entre «fragmentariedad» y «fragmentación» STOTONI, en «Diritto penale e fattispecie criminosa», Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 23 y ss.

la suspensión de la pena a los autores de estos delitos, ya que el artículo 81-3 establece como requisito ineludible de la misma que la pena no sea grave, y el art. 30-2 a), por su parte, califica como tal la de prisión superior a dos años. Es decir, el Proyecto se sitúa, a este respecto, en la línea de la legislación vigente y de la filosofía que inspiró la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 29 de abril de 1992, tendente a evitar por todos los medios que se aplicase a los insumisos la condena condicional. Pero, como es sabido, la obcecación ejemplarizante del legislador no puede ser nunca un criterio rector de una adecuada política criminal. A ello se opone, aparte de consideraciones de tipo humanitario, la propia racionalidad del sistema punitivo, que suele sufrir de una considerable falta de ecuanimidad. Y esto es precisamente lo que ocurre en el Proyecto: sorprendentemente, las infracciones contra la defensa nacional castigadas con mayor severidad son justamente las relativas a la insumisión propia; ni la revelación, falseamiento o inutilización de información legalmente clasificada, relacionada con la seguridad nacional (art. 575); ni la reproducción —sin la debida autorización— de planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente clasificada (art. 577); ni, en fin, la destrucción o inutilización de documentación legalmente clasificada realizadas por el encargado de su custodia (art. 580), merecen para el redactor del Proyecto penas más graves que la propia insumisión, pues en todos los casos citados el mínimo de pena prevista se sitúa en los seis meses de prisión (64).

Pero, si ello fuera poco, al insumiso se le castiga además con otra pena de carácter grave: la inhabilitación especial para el derecho de acceso a la función pública por tiempo de seis a diez años, siendo éste el único delito del Capítulo III que conlleva dicha sanción como pena principal (arg. art. 50 PCP), cuando lo cierto es que otras conductas incluidas en el mismo pueden generar seguramente mayor desconfianza hacia su autor (v. gr., quien incurra en el supuesto previsto en el artículo 580, ya que teniendo confiada información clasificada la destruye, inutiliza o falsifica, lo que hace pensar en una falta de lealtad motivada por razones espurias, mientras el insumiso pretende ejercer un derecho fundamental, algo bien distinto).

Todo ello indica hasta qué punto se está jugando con el carácter intimidante de la pena y prescindiendo por completo de rigor y la ra-

(64) En las distintas enmiendas presentadas al Proyecto se percibe un claro desajuste del mismo respecto a la opinión de la mayoría de los grupos políticos con representación parlamentaria. Así, tomando como referencia el art. 583 del Proyecto (insumisión propia), las enmiendas núms. 256 (PNV), 545 (EE) y 458 (Azkarraga) proponen la despenalización de la insumisión, mientras todas las enmiendas restantes proponen una sustancial rebaja de las penas previstas.

cionalidad (conforme al único criterio legítimo, esto es, la lesividad del hecho) exigibles al prelegislador de un Estado democrático. La subversión valorativa que se aprecia en esta parte del Proyecto merece aquí un severo reproche. Si se analiza el problema prescindiendo de necesidades políticas coyunturales, podrá convenirse que la insumisión propia no debería castigarse en mayor medida que esas otras conductas que aparecen en el mismo Capítulo III, es decir, con pena de prisión entre seis meses y dos años. Si así fuera, se permitiría al juez jugar con el amplio y bastante acertado abanico de posibilidades que le ofrece el Proyecto para sustituir las penas de prisión no superiores a dos años, bien suspendiendo la ejecución de la pena pero exigiendo el cumplimiento de determinados deberes (art. 83-5), bien acudiendo al arresto de fin de semana (art. 88). Que esto último no sea lo idóneo no significa que no sea mejor que lo actualmente previsto.

La insumisión sobrevenida a la prestación social aparece sancionada en el Proyecto (art. 584-1) con pena de prisión de seis meses a un año, lo cual significa que, respecto a la sanción actualmente prevista (art. 2-1 L.O. 8/1984), se atenúa el máximo (hoy se sitúa en dos años y cuatro meses), mientras se eleva el mínimo (que en la actualidad es de cuatro meses y un día). Cabe señalar, a este respecto, que el Proyecto pierde la línea marcada por la L.O. 13/1991 al incluir en el tipo del artículo 120 CPM un elemento subjetivo que exige de parte del autor la manifestación expresa de su rechazo al cumplimiento de la prestación, lo que en la actualidad le hace acreedor de una sanción similar a la prevista para la insumisión propia. El citado elemento subjetivo añade a la conducta un grado de desvalor del que carece el supuesto contemplado en el art. 584 del Proyecto, ya que la ausencia del puesto de trabajo asignado al objetor por más de tres días puede recibir cabal sanción de carácter administrativo, sin que parezca necesario inmiscuir en el asunto a la jurisdicción penal, la cual debería conocer únicamente los casos en que la citada ausencia fuera manifestación de un deseo expreso del sujeto de rehusar el cumplimiento del período de prestación que aún le reste, según la legislación vigente. En tal caso, la pena prevista en el citado art. 584 del Proyecto podría considerarse adecuada siempre que quedase situada en la mitad inferior de la prevista para la insumisión propia, frente a la cual representa un menor desvalor por cuanto el sujeto sí comenzó a cumplir la prestación.

Finalmente, el Proyecto traslada a este sector el delito de mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar (art. 581), asumiendo así lo erróneo de su actual ubicación dentro del Capítulo de las lesiones, pero sin percatarse —quizá— de que al asignarle —aquí también— una pena inferior a la de la insumisión propia (prisión de seis meses a dos años), está enviando a la comunidad un mensaje que recibirá de la misma un contundente rechazo: que el objetor de conciencia verá rebajada su pena si se mutila, en lugar de expresar de forma edu-

cada su rechazo al cumplimiento de una prestación que considera injusta. Si se mantiene el régimen de penas del Proyecto es posible que una figura que representa una reminiscencia histórica y que en modo alguno puede considerarse insumisión, pase a formar parte de la realidad cotidiana del país, lo que no parece deseable. Se impone, pues, al menos, una coordinación del marco penal, ajustándolo al real desvalor social de las conductas y no —como ahora— al puro efecto intimidante de las sanciones.

Fundamentos teóricos de la imputación objetiva (*)

YESID REYES ALVARADO

Profesor de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia

SUMARIO: A. El principio de autorresponsabilidad.—B. La teoría del delito.—1. Concepciones naturalísticas. 2. Una concepción valorativa.—C. Estructura de la imputación objetiva.—D. Ambito de aplicación de la imputación objetiva.

Objetivo central de este trabajo es el desarrollo de los presupuestos teóricos que en materia penal son necesarios para un cabal entendimiento de la teoría de la imputación objetiva, sobre el supuesto de que sólo una adecuada comprensión de la teoría del delito puede permitirnos rechazar la crítica de que la imputación objetiva padece de una deficiente sistematización (1) y encaminarnos definitivamente hacia su reconocimiento en el ámbito del Derecho penal (2).

El principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que sólo puede llamarse imputación —en estricto sentido—

(*) Este artículo es parte de un trabajo más amplio que sobre «La imputación objetiva» fue desarrollado en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, gracias a la generosa hospitalidad del señor Profesor Doctor GÜNTHER JAKOBS, durante la vigencia de una beca de investigación otorgada por la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Respecto de esta crítica, cfr. KÜPPER, Georg, «*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 83.

(2) La teoría de la imputación objetiva es por el contrario reconocida en la doctrina y jurisprudencia civil alemanas desde hace largo tiempo; Cfr. WESSELS, Johannes, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage, página 59.

a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío (3); de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado mi comportamiento; por consiguiente, sólo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior, pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas (4). Sin considerar por ahora el método propuesto por Hegel para realizar tal distinción, e independientemente de la complejidad filosófica que tales manifestaciones implican (5), debe reconocerse como un aporte crucial al Derecho penal la afirmación hegeliana de qué a una persona sólo y le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino (6).

(3) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlinien der Philosophie des Rechts*» herausgegeben von Georg Lasson, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, Dritte Auflage, Zusatz zum § 115; Cfr. también HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*», herausgearbeitet von Karl-Heinz Ilting, Friedrich Fromann Verlag Günther Cannstatt, Stuttgart, 1974, Dritter Band, (Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822-1823), p. 355.

(4) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlinien...*», *ob. cit.*, § 118; Cfr. también HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, pp. 360, 361.

(5) Y también independientemente de si con dicha propuesta abarcó o no HEGEL el delito culposos.

(6) Entre quienes aceptan que la delimitación entre esas dos categorías es tarea primordial del Derecho penal pueden consultarse los siguientes autores: v. BURI, «*Ueber Causalität und deren Verantwortung*», J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), Leipzig, 1873, p. 15; BURGSTALLER, Manfred, «*Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*», Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974, p. 108; EBERT, Udo, «*Kausalität und objektive Zurechnung*», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, de Gruyter, Berlín-New York, 1979, pp. 562, 569; ESER, Albin, «*Strafrecht I*», Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, p. 48; HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen der Zurechnung*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1976, pp. 13 y 14; JAKOBS, Günther, «*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtliche Haftung für Begehung*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlín-New York, 1977, Band. 89, p. 19; JAKOBS, Günther, «*Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*», en *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, p. 73; JESCHECK, Hans Heinrich, «*Lehrbuch des Strafrecht - Allgemeiner Teil*», Duncker & Humblot, Berlín, 4 Auflage, 1988, pp. 249 y 250; KAHLO, Michael, «*Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen*», en *Goldammers Archiv (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1987, pp. 69, 70; KRATSCHE, Dietrich, «*Aufgaben - und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht*», en *Festschrift für Dietrich Oehler*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín-Bonn-München, 1985, p. 66; KRÜPELMANN, Justus, «*Die normative Korrespondenz zwis-*

A. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

Si se quisiera expresar con un principio general de derecho la pretensión hegeliana de imputar a cada persona sólo aquello que deba ser considerado como «su obra», nada mejor que recurrir al principio de autorresponsabilidad, de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás (7). Si bien una de sus principales ventajas es la de ser un postulado que por su generalidad puede aplicarse independientemente de que haya sido o no expresamente reconocido legislativamente, esa

chen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten», en Jescheck-Festschrift, I. Volumen, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 315; KÜHL, Kristian, «Anmerkung zum Urteil des BGH von 15. 10. 1981 - 4 StR 398/81 (BGHSt 30, 228)», en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1983, p. 32; KÜPPER, Georg, «Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 83; LARENZ, Karl, «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, pp. VII, VIII, 60, 61; LENCKNER, Theodor, «Technische Normen und Fahrlässigkeit», en Festschrift für Karl Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, p. 493; MAIWALD, Manfred, «Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96», en Juristische Schulung (JuS), Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1980, p. 82; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, «Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband I, 1987, 7. Auflage, § 18 III/46, p. 247; OTTO, Harro, «Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 3. Auflage, 1988, p. 65; OTTO, Harro, «Grenzen der Fahrlässigkeitschaftung im Strafrecht - OLG Hamm. NJW 1973, 1422», en Juristische Schulung (JuS), Verlag, C. H. Beck, München und Frankfurt, 1974, p. 704; ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, pp. 133 y 135; SAMSON, Erich, «Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pp. 18, 19; WALDER, Hans, «Die Kausalität im Strafrecht» en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR), Verlag Stämpfli & Cie. Ag. Bern, Band 93, 1977, pp. 113, 114; Cfr. WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 53; WOLTER, Jürgen, «Objektive und Personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatensystem», Duncker & Humblot, Berlín, 1981, pp. 29, 30.

(7) Respecto del contenido de este principio, Cfr. SCHUMANN, Heribert, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, pp. 3 y 4; WALTHER, Susanne, «Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung», Eigene Verlag, Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br., 1991, p. 80. Consideraciones adicionales sobre la utilidad del principio en materia penal pueden encontrarse en: DONATSCH, Andreas, «Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers», en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR), tomo 107, Helf 4, 1990, pp. 412, 413; KRATZSCH, Dietrich, «Aufgaben - und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Dietrich Oehler, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlín-Bonn-München, 1985, p. 71; SCHUMANN, Heribert, *ob. cit.*, pp. 2 y 6; STREE, Walter, «Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt 32, 262 und BGH, NSiZ 1984, 452», en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1985, p. 182.

misma amplitud puede ser tenida como una notable desventaja si se lo pretende emplear indiscriminadamente como limitador de la responsabilidad penal, ya que ello supondría para el intérprete de la ley una indebida intromisión en el excluyente campo de acción del legislador (8). Su empleo en materia penal es sólo admisible a través del desarrollo de una teoría del delito donde la autorresponsabilidad pueda funcionar como principio rector, pero a través de mecanismos que permitan su concreta aplicación.

B. LA TEORIA DEL DELITO

Para una esquematización del desarrollo que la concepción sistemática del Derecho penal ha tenido en el transcurso del presente siglo, se suele hacer referencia a la polémica sostenida entre las llamadas escuelas causalista y finalista, con eventuales referencias a lo que se ha dado en denominar la concepción teleológica o racional del Derecho penal (9). Para el desarrollo de este acápite proponemos, por el contrario, la distinción entre aquellos sistemas del delito que suponen el empleo de una concepción naturalista del concepto de acción, y aquellos que propugnen por una clara escisión entre los planos naturalístico y normativo. Como quiera que la evolución del sistema penal ha girado siempre en derredor del concepto de acción, haremos primordial referencia a la forma como destacadas corrientes de pensamiento han desarrollado dicho aspecto, con breve mención de los principales inconvenientes que cada una de ellas acarrea consigo.

1. Concepciones naturalísticas

Los comienzos del presente siglo representaron para el Derecho penal una fuerte dependencia del plano naturalístico, en cuanto se pretendió hacer valer en el ámbito normativo un concepto de acción óntico, empeño que paulatinamente fue generando nuevos y crecientes problemas intrasistemáticos, en la medida en que fueron siendo evidentes, por un lado la extrema generalidad de la noción óntica de conducta, y por otro su insuficiencia para responder a problemas específicos del

(8) Sobre estos problemas del principio, Cfr. HILLENKAMP, Thomas, «*Vorsatz und Opferverhalten*», Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 162 y 163.

(9) Cfr. ROXIN, Claus, «*Finalität und objektive Zurechnung*», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, página 237.

Derecho penal, como aquellos que tienen relación con los delitos culposos y los de omisión.

Para bosquejar la forma como ese concepto óntico de acción pretendió llevarse al sistema penal, nos referiremos inicialmente a Radbruch, uno de los más significativos teóricos del Derecho penal, quien a comienzos del presente siglo desarrolló una completa teoría de la acción. Para este autor, el Derecho penal se nutre invariablemente de conductas humanas sobre las cuales se levantan los conceptos valorativos de antijuridicidad y culpabilidad; por ello el concepto de acción es para Radbruch la piedra angular del sistema penal (10) de manera tal que, entre la multiplicidad de conductas humanas, sólo algunas habrán de ser calificadas como antijurídicas, y entre éstas se seleccionarán las que puedan ser tenidas como culpables pues sólo acciones antijurídicas y culpables son punibles (11). Pero, al admitir que la acción es un concepto previo sobre el cual se elevan los reproches de antijuridicidad y culpabilidad, es indispensable que frente a estos conceptos posea aquélla un carácter neutral, que estaría conferido justamente por su condición de fenómeno óntico; por eso, acción es para Radbruch un movimiento corporal consciente y voluntariamente producido, cuyos elementos serían un querer, una actuación y una relación de causalidad (12). Al incluir un querer como ingrediente de la acción no se pretendió hacer referencia al contenido de la voluntad, sino a su óntica existencia, de tal manera que aun en las acciones desacertadas (como calificaba Radbruch la actuación en el delito culposo) existe un querer; por ello la presencia de una voluntad inherente a toda conducta humana como concepto óntico neutral, mientras el contenido de ese querer corresponde al estudio de la culpabilidad como juicio valorativo (13).

Gracias a la neutralidad que se imprimió al concepto de acción, la polémica sobre si el resultado debería o no pertenecer a la conducta carecía de importancia para la construcción de la teoría del delito y la solución de preguntas concretas, por lo cual fue calificada por este autor como carente de significación (14). Por el contrario, la misma consideración óntica de la acción le generó evidentes tropiezos al momento de ocuparse de los delitos de omisión, con los cuales resultaba claramente incompatible la noción naturalística de conducta. La solución plantea-

(10) Cfr. RADBRUCH, Gustav, «*Der Handlungsbergriiff in seiner Bedeutung für das Strafrechts.system*», wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, pp. 96, 131 y 143.

(11) Cfr. *Ibidem*, p. 71.

(12) Cfr. *Ibidem*, pp. 71, 129 y 130; sobre la consideración del querer en el concepto de acción, Cfr. *Ibidem*, pp. 130 y 131.

(13) Cfr. *Ibidem*, pp. 130, 131.

(14) Cfr. *Ibidem*, pp. 75, 76.

da por Radbruch fue considerar la acción y la omisión como atributos alternativos del injusto, de manera que seguía considerando la conducta como el concepto principal del sistema, del cual todos los demás son predicados, sólo que esa noción básica debía a su vez ser dividida entre acción y omisión, duplicando todos los «predicados» valorativos para poder ser aplicados a esas dos modalidades del concepto básico (15); esto significaba, en el fondo, reconocer que un concepto óntico de acción no podía, dentro del Derecho penal, solucionar todos los problemas que allí se afrontan, por lo que al admitir el tratamiento diverso de la omisión se hacía un tácito reconocimiento a la insuficiencia del sistema propuesto.

La teoría del delito propuesta por von Liszt seguía básicamente los mismos lineamientos, pero procurando evitar la contradictoria escisión del sistema a la que se vio abocado su discípulo. Según von Liszt, es conducta toda modificación del mundo exterior atribuible a la actividad de un querer humano (16), con lo que, una vez más, se pretendió hacer valer dentro del ámbito jurídico una concepción óntica de acción. También él distingue claramente entre una actividad voluntaria objetiva, que supondría la consideración naturalística referida a la causación o no impedimento de un resultado, y una actividad voluntaria subjetiva, que surgiría cuando el resultado se previó o pudo haber sido previsto (dolo y culpa) y por ende debería ser objeto de un análisis normativo dentro de la culpabilidad (17). De manera absolutamente consecuente con su sistema, anota este autor que el resultado como modificación del mundo físico exterior es, sin duda, un elemento de la acción en sentido naturalístico, por lo cual no tiene sentido la distinción entre los delitos de actividad y los de resultado; sin embargo, las extensas cadenas causales que caracterizan a la naturaleza dan lugar a la existencia de resultados próximos y remotos, de entre los cuales sólo la ley determinará cuál es para ella relevante; por ejemplo, si bien toda muerte violenta supone la causación de heridas, para el tipo de homicidio es sólo importante el resultado muerte (18).

Y para eludir la contradictoria ruptura sistemática de Radbruch precisó v. Liszt que la omisión es un no hacer lo esperado, no realizar la conducta debida (19), de manera que se trata de un concepto con con-

(15) Sobre el carácter de atributos alternativos, Cfr. *Ibidem*, p. 70, y en relación con la reseñada división del sistema penal, Cfr *Ibidem*, p. 143.

(16) Cfr. v. LISZT, Franz, «*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*», J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1891, 4, Auflage, S. 128. Posteriormente la definió más concretamente como la voluntaria causación de un resultado: Cfr. v. LISZT, Franz, *Lehrbuch*, 14 edición, 1905, p. 125.

(17) Cfr. *Ibidem*, p. 125.

(18) Cfr. *Ibidem*, pp. 123 y 124.

(19) Cfr. *Ibidem*, p. 132.

notaciones jurídicas y no eminentemente naturalístico, en el cual lo determinante no es el movimiento corporal (que de todas maneras existe), sino la acción que de la persona era esperada. Aun cuando el tratamiento normativo de la omisión parecería abandonar también el fundamento naturalístico del cual se pretendía dotar al sistema penal, el concepto de acción ideado por v. Liszt permitía mantener la coherencia puesto que conducta era para él la actividad del querer, de tal manera que en una omisión existiría también una arbitraria (voluntaria) no ejecución de la conducta esperada (20).

Los esfuerzos de Welzel no se dirigieron simplemente a buscar enmendar las fallas de la teoría causalista, sino que pretendieron dotar al Derecho penal de un nuevo sistema que llenara los vacíos hasta entonces existentes; a su modo de ver, la causalidad como estructura óptica era incapaz de individualizar aquello que interesa primordialmente al Derecho penal, esto es, la conducta humana (21); en efecto, desde el punto de vista causal, no existe diferencia alguna entre la muerte de un hombre producida por el impacto de un rayo y la generada por los disparos que otra persona ha efectuado, pues en ambos casos se trata objetivamente de una simple causación debiendo reconocerse como única diferencia que en la segunda hipótesis todo ha sido finalmente ejecutado (22). Pero como el Derecho penal no se interesa por todas las relaciones causales, debe aceptarse que la única forma de deslindar los fenómenos naturales de las acciones humanas es recurriendo al elemento intencional (23). Para expresarlo con palabras del propio autor, es cierto que existe un ámbito ontológico con sus propias leyes, pero todo aquello que sea exclusivamente causal, sin pertenecer a la intencionalidad, está de antemano excluido de una valoración jurídico-penal (24); mientras la causalidad es ciega la intencionalidad (voluntariedad) es vidente (25).

Importante consecuencia de hacer recaer la importancia de la acción en su aspecto intencional, es la de restar importancia jurídica a los

(20) Cfr. *Ibidem*, p. 122; en la página 132 recalca enfáticamente que la omisión exige siempre una conducta del autor.

(21) Cfr. WELZEL, Hans, «*Studien zum System des Strafrechts*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1939, 58. Tomo, pp. 502 y 503.

(22) Cfr. WELZEL, Hans, «*Das Deutsche Strafrecht*», Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, 11, Auflage, p. 33.

(23) Para WELZEL el dolo es el conductor de la causalidad relevante; Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch, op. cit.*, p. 45.

(24) Cfr. WELZEL, Hans, «*Kausalität und Handlung*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 51 Tomo, 1931, pp. 707 y 719.

(25) Cfr. WELZEL, Hans, *ZStW* 58 (1939), *ob. cit.*, p. 502; también Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch, ob. cit.*, p. 33.

resultados, pues ellos sólo tienen existencia en cuanto son puestos por la voluntad; de esta manera precisó Welzel que en el sistema penal es determinante el desvalor de acción frente al de resultado (26), con lo cual enfrentó nuevos inconvenientes en casos como el de la legítima defensa sin conocimiento objetivo de la justificante (una persona causa dolosamente la muerte de otra, desconociendo que en realidad con ello evitaba que en ese instante su víctima le hubiera matado) (27). Como intento de solución se ha propuesto negar cualquier importancia al desvalor de resultado para edificar toda la teoría del delito con base en el desvalor de acción (28); esta subjetivización total del injusto no consigue, sin embargo, eludir los problemas que el delito culposo genera pues, por ejemplo, cuando el conductor de un camión inicia una maniobra de adelantamiento prohibida (imaginemos que lo hace en una curva) y causa un accidente sólo porque debido a un defecto oculto del material una de las llantas del vehículo estalla, tendría que reconocerse la existencia de un desvalor de acción (maniobra imprudente de adelantamiento) y, sin embargo, sería absurdo responsabilizar al conductor del camión por el resultado ocasionado (29). Sancinetti piensa, no obstante, que la inconsistencia no proviene de la subjetivización total del injusto, sino del legislador que ha confeccionado los delitos culposos con una marcada indeterminación de la prohibición, lo cual resulta, sin embargo, algo inevitable para él (30).

Aun cuando el objetivo central de Welzel era la superación de los estrechos marcos del naturalismo y de una teoría causal en franca crisis (31), con lo hasta aquí reseñado sólo puede decirse que si bien la intencionalidad de la acción logra un claro deslinde con el problema puramente causal, esa voluntariedad no es en modo alguno una noción jurídica, sino naturalística, de manera que el concepto final de acción

(26) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, pp. 523 y 524; en favor del dominio del desvalor de acción, Cfr. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch*», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2 Auflage, 1975, §§ 8/47, 8/79, pp. 219 y 238.

(27) Sobre esta y otras críticas Cfr. RUDOLPHI, Hans-Joachim, «*Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*», en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 53.

(28) Para una solución al mencionado problema con base en una teoría totalmente subjetiva del injusto, Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría del delito y desvalor de acción*», editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 612 y ss.; ZIELINSKI, Diethart, «*Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*», Duncker & Humblot, Berlín, 1973, p. 262.

(29) Una exposición de este caso puede encontrarse en la colección oficial de jurisprudencia de la Suprema Corte alemana, tomo 12, pp. 79 y ss. (BGHSt 12, 79). RUDOLPHI reconoce que la acertada solución del caso presupone aceptar una relación entre los desvalores de acción y resultado: Cfr. RUDOLPHI, Hans-Joachim, Maurach-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

(30) Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «*Teoría...*», *ob. cit.*, p. 295.

(31) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 51 (1931), *ob. cit.*, p. 703.

sigue aferrado a una concepción naturalística similar a la por él combatida. En efecto, lo que en este aspecto hizo Welzel, fue recoger las ideas filosóficas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino (32), en el sentido de que toda conducta humana es por esencia voluntaria y final, de manera que lejos de haberse inventado ese carácter final de la acción, lo que se pretendió fue hacer valer dentro del Derecho penal una característica inherente a la conducta humana: su intencionalidad (33). Por lo demás, los causalistas tampoco negaron nunca el carácter final de la acción humana, sino que, reconociéndolo, le otorgaron importancia sólo en el ámbito naturalístico y no en el jurídico como hiciera posteriormente el finalismo (34).

Pero la propuesta de Welzel no se detuvo en el plano óntico, sino que, por el contrario, dio un importante paso fuera del naturalismo al señalar que los bienes jurídicos no deben ser considerados como entes estáticos, sino como fenómenos capaces de una interrelación social; los bienes jurídicos no son entonces simples piezas de museo que permanecen inertes para ser observadas por los espectadores o investigadores y que resultan negativamente afectadas al menor contacto, sino que forman parte de la vida en sociedad y se encuentran en permanente dinámica (35). Esta afirmación de Welzel representa el más claro intento por abandonar una concepción eminentemente naturalística de la teoría de la acción, puesto que en su nueva concepción de los bienes jurídicos no interesan al Derecho penal todas las lesiones a ellos infringidas, sino sólo aquellas capaces de trastornar las relaciones sociales que ellos comportan; de esta manera, podría decirse, en sentido figurado, que hay lesiones a los bienes jurídicos que por ser «socialmente adecuadas» no interesan al Derecho penal, en tanto que otras afectaciones me-

(32) Debe sin embargo aclararse que ARISTÓTELES tenía una concepción mucho más global de la finalidad, de manera tal que no estaba exclusivamente referido a las conductas humanas, sino que era aplicable a la naturaleza misma; por ello afirmaba que las arañas construían sus redes con determinada finalidad, así como las hojas crecían de determinada manera en las plantas con la finalidad de proteger sus frutos. Cfr. HIRSCHBERGER, Johannes, «*Geschichte der Philosophie*», Herder, Bael-Freiburg-Wien, 8, Auflage, Tomo I, 1965, p. 205. Por el contrario Santo Tomás si refirió concretamente la finalidad a la conducta humana; Cfr. SANTO TOMAS DE AQUINO, «*Suma Teológica*», 1-2 q. 1.^a 2 y 1-2 q. 1.^a 3.

(33) El propio WELZEL advirtió con una elegante frase que él no había «inventado» el carácter final de la acción, sino que lo había «encontrado»; Cfr. WELZEL, Hans, «*Um die finale Handlungslehre*», Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949, p. 7 (también en la nota 9 de la misma página); en el mismo sentido, STRUENSEE, Eberhard, «*Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*», en *Jursitzzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1987, p. 54.

(34) Incluso v. BURI afirmaba que la estructura de la voluntad es igual en los delitos dolosos y culposos, y sólo pueden diferenciarse por cuanto en los culposos la voluntad no se dirige a resultados punibles; Cfr. v. BURI, «*Ueber Causalität und deren Verantwortung*», J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), Leipzig, 1873, p. 28.

(35) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, pp. 514 y 515.

recen la intervención del sistema penal por ser «socialmente rechazadas».

El reconocimiento de que toda conducta humana es final acarrió entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad; sin embargo, frente al buen funcionamiento del sistema en relación con los delitos dolosos, pronto se enfrentaron problemas en el ámbito del delito culposo, pues siendo su principal característica la producción de un resultado no querido, el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad dentro del ámbito de la tipicidad. Inicialmente se propuso reconocer que en el delito culposo existe una finalidad, sólo que siendo ella jurídicamente irrelevante conduce a la producción de un resultado penalmente relevante; contra esta solución se dijo, con razón, que suponía el expreso reconocimiento de las fallas del finalismo y su abandono (36). Welzel, por su parte, intentó dos soluciones diversas al problema, la primera de las cuales consistió en hacer referencia a una «finalidad potencial» del actor; se afirmaría entonces que, si bien quien comete un delito culposo no tiene la voluntariedad de causar el nocivo resultado, su conducta le debe ser penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa para evitarlo (37); pese a que esa «finalidad potencial» debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que ella conducía en los delitos culposos a admitir que el resultado es producto de la «causalidad ciega» (38) que el finalismo combatía y que, además, generaba un claro rompimiento entre las concepciones dogmáticas de los delitos culposos y dolosos, afectando la unidad del sistema. La incompatibilidad de una «finalidad potencial» con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto Welzel abandonara este intento de solución reemplazándolo por uno diverso, que descansa sobre la noción del «deber objetivo de cuidado» (39); de acuerdo con esta tesis, en el delito culposo se reprocha la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción. Ahora bien, pese a que la manifiesta «objetividad» de este nuevo concepto pudiera parecer incompatible con una teoría final del injusto, de marcada tendencia subjetiva, la inconsistencia podía ob-

(36) Sobre la propuesta de NIESE y su apreciación crítica, Cfr. STRUENSEE, Eberhard, JZ 1987, *ob. cit.*, p. 55.

(37) Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, p. 559.

(38) Fue WELZEL mismo quien sostuvo que en los delitos culposos se trataba de una causalidad ciega; Cfr. WELZEL, Hans, ZStW 58 (1939), *ob. cit.*, p. 559.

(39) Una mención al deber de cuidado puede verse ya en la primera edición del manual de WELZEL (1947, p. 83). Posteriores defensores del finalismo han mantenido el deber de cuidado como forma de solución a los problemas del delito culposo; así, por ejemplo, KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, p. 115.

viarse recurriendo a la afirmación complementaria de Welzel, en el sentido de que la acción descuidadamente omitida debió ser intencional (40), de manera que en los delitos dolosos es necesario el examen de la conducción final de la acción, mientras en los culposos se centra la atención en la ausencia de la conducción final de una conducta dirigida a evitar el resultado, siendo en todo caso determinante la forma como esa acción final se conduce (41).

Si bien los seguidores del finalismo sostienen que con la correcta aplicación del dolo se resuelven satisfactoriamente todos los inconvenientes que al Derecho penal pueden ser planteados en ese ámbito (42), continuaron enfrentando problemas al ocuparse del delito culposo (43), lo cual lanzó a varios de los discípulos de Welzel en busca de una armonización del sistema, bien a través de la subjetivización total de injusto, restándole toda importancia al desvalor de resultado frente al de acción (44), o bien intentando lo que podría denominarse (parodiando a Binding) la cacería del dolo en el delito culposo (45).

Uno de los más persistentes críticos del finalismo fue Mezger, quien, desde el punto de vista de una teoría causal de la acción, aceptó también el carácter final de la conducta, pero en sentido estrictamente óntico y no jurídico (46); la contraposición puede esquematizarse afirmando que para Mezger la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción, mientras para Welzel la intencionalidad desempeña

(40) Cfr. WELZEL, Hans, «Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen», en *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956, p. 423.

(41) Cfr. WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 130.

(42) Por una categórica afirmación se inclinan por ejemplo STRUENSEE, Eberhard, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, Heidelberg, 1987, p. 100; KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, pp. 90, 91, 93, 99 y 115; por una cautelosa afirmación admitiendo la existencia de algunas excepciones KAUFMANN, Armin, «'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, I, Volumen, *ob. cit.*, pp. 260 y 261.

(43) Cfr. STRUENSEE, Eberhard, *JZ* 1987, *ob. cit.*, p. 55.

(44) Un estudio del tratamiento dado por WELZEL, KAUFMANN y ZIELINSKI a los valores de acción y resultado, puede verse en SCHÜNEMANN, Bernd, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1975, p. 443. Importantes defensores de la subjetivización total del injusto son ZIELINSKI en Alemania y SANCINETTI en Latinoamérica; Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., «Teoría...», *ob. cit.*; ZIELINSKI, Diethard, «Handlungs...», *ob. cit.*

(45) BINDING, Karl, «Die Normen und ihre übertretung», Scientia Verlag Aalen, 1965. Utrecht. Tomo IV (Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1919), p. 328.

(46) Cfr. MEZGER, Edmund, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlín, 1953, I. Volumen, p. 3.

un papel determinante dentro de su sistema penal, puesto que, en pureza de términos, más que una teoría de la acción final, desarrolló él una teoría final del injusto. El enfrentamiento no gira entonces en derredor de un carácter final de la acción, que es comúnmente reconocido por los dos autores, sino en torno a la relevancia jurídica que él debe tener; en modo alguno se niega la finalidad de la acción, sino la finalidad en el sentido de la ley; por ello indicó Mezger, como fundamental error del finalismo, el desconocer que adicionalmente a la finalidad que es propia de las conductas dolosas y culposas, existe una segunda intencionalidad, exigida por la norma en delitos diversos de los culposos; el error del finalismo estaría pues en trasladar directamente la finalidad propia de una acción óntica al plano jurídico, cuando en verdad se debería dejar incólume la intencionalidad que en el mundo naturalístico es inherente a cada conducta, para adicionalmente reconocer la existencia de otra finalidad que sería eminentemente normativa, pero restringida al delito doloso; por lo demás, para Mezger la existencia legal de los delitos culposos indica, inequívocamente, que el derecho vigente conoce muchas conductas (y actores) sin dolo, esto es, sin una relación final legal (47).

Los resultados prácticos a los que estas dos diversas concepciones del delito arriban, pueden apreciarse mejor con el frecuente ejemplo del codicioso sobrino que persuade a su tío rico de emprender un viaje en avión, con la esperanza de que la aeronave se accidente y anticipe de esta forma la recepción de la herencia, como en efecto ocurre. En casos como el descrito, un defensor de la teoría causalista podría admitir que el sobrino desplegó una conducta típica, pero elude su responsabilidad a través de la antijuridicidad (si se admitiera en dicha sede la inevitabilidad) o por ausencia de culpabilidad (falta de dolo), en tanto que un finalista podría recurrir igualmente al argumento de la ausencia de dolo; pero como para él ese dolo forma parte del juicio de tipicidad, arribaría a la conclusión de que el sobrino no debe responder penalmente por la muerte del tío rico debido a la atipicidad de su conducta (48).

2. Una concepción valorativa

En la afirmación hoy generalmente aceptada de que el Derecho penal es un mecanismo normativo de control social, pueden observar-

(47) Cfr. MEZGER, Edmund, «*Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen*», en *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 312 y 313.

(48) Un análisis similar, con una acertada crítica a la solución finalista mediante el empleo del dolo, puede verse en ROXIN, Claus, *Kaufmann-Gedächtnisschrift, ob. cit.*, páginas 237, 238, 240 y 241.

se a primera vista nociones que, como la de normatividad y sociedad, son por completo ajenas al ámbito puramente naturalístico, en cuanto la sociedad constituye una superestructura artificialmente construida por el hombre con la finalidad de armonizar la convivencia entre grupos de individuos, lo cual se busca preferentemente a través de la imposición de preceptos generales diseñados para la regulación de esa vida del hombre en sociedad; por ello las leyes que conforman una ciencia jurídica no son equiparables a las leyes naturales, pues cada una tiene orígenes y pretensiones diversas, así como los grupos de convivencia puramente animal no pueden tampoco equipararse a la estructura social propia del ser humano. De manera didáctica, puede generalizarse esta afirmación refiriéndola a las simples asociaciones que en diversos ámbitos existen, para decir que, por ejemplo, una asociación (sociedad) de futbolistas o ajedrecistas sólo existe en cuanto los individuos que la conforman conozcan y acepten cumplir las reglas de la respectiva actividad deportiva, de manera que quien toma el balón con las manos y golpea con sus puños a los integrantes del equipo adversario hasta dejarlos inconscientes no está jugando al fútbol, así como el boxeador que golpea a su adversario con un garrote no está boxeando (49). Por ello, deben ser claramente diferenciados los planos naturalístico y valorativo (normativo) en que se desarrolla nuestra existencia, sin que con esto se desconozca la importancia de esos dos ámbitos, puesto que una normatividad no tiene sentido alguno sin un mundo natural al cual regir, esto es, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural.

Lo que en el fondo hace una teoría causalista del delito, es trasladar conceptos eminentemente naturalísticos al plano valorativo para construir con ellos un sistema normativo, con lo cual no se limita (como debería hacerlo) a reconocer la presencia de los mundos natural y normativo, sino que los confunde; en efecto, con nuestros actuales conocimientos científicos, nadie puede negar la existencia de determinados preceptos naturales como la ley de la gravedad, pero ello no quiere decir que un sistema penal deba ser construido con dichos preceptos, pues ningún sentido tiene conminar con una pena a quien desconozca la ley de la gravedad, pues con o sin la superestructura normativa, la naturaleza seguirá cumpliendo y haciendo cumplir sus propias leyes. El derecho, en cuanto pretenda seguir siendo un meca-

(49) HRUSCHKA va aún más lejos al señalar que quien no cumple con las reglas de las asociaciones, o aun de la misma sociedad, se está «autoexcluyendo» de la sociedad; un análisis crítico de las implicaciones que tal afirmación lleva consigo desde el punto de vista de las relaciones de poder que manejan la sociedad excede los límites de este trabajo; Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen der Zurechnung*», Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pp. 50 y 51.

nismo de control social, debe orientar sus esfuerzos a la construcción de un sistema dirigido exclusivamente a la regulación de las relaciones sociales y no de las naturales; por supuesto que el Derecho penal tiene que aceptar el mundo óptico en el cual se desarrolla la vida social del hombre, pero sus esfuerzos deben encaminarse a la regulación de las relaciones entre hombres como parte de la sociedad y no a toda manipulación de las relaciones entre el hombre y su entorno natural. El sistema causalista de la teoría del delito no sólo se equivocó al querer hacer valer la ley natural de la causalidad como elemento central del Derecho penal, sino que además llegó a excesos tales como el de hablar de una interrupción de nexos causales que la naturaleza desconoce por completo, con lo que no sólo pretendió hacer girar al mundo normativo en derredor de un precepto natural, sino que además lo distorsionó.

El análisis de la teoría propuesta por Welzel es un tanto menos simple, pues ella tuvo dos grandes postulados, uno de los cuales hace referencia exclusiva al aspecto subjetivo como principio rector de su sistema penal (lo cual dio origen al finalismo), mientras el otro se enfoca primordialmente a la consideración de las relaciones sociales. Pese a este evidente doble fundamento de la teoría, el hecho es que el propio Welzel hiciera mayor énfasis en la intencionalidad como el elemento básico de su sistema, la circunstancia de que sus críticos hubieran dirigido preferencialmente sus objeciones en contra de tal pretensión y finalmente, el hecho de que la mayoría de sus discípulos centraran sus esfuerzos en el perfeccionamiento de ese aspecto subjetivo, opacaron por mucho tiempo el componente social del sistema propuesto por Welzel. De esta manera, si hacemos exclusiva referencia al factor intencionalidad propuesto por el finalismo como mecanismo de distinción entre la «causalidad ciega» y la conducta que interesa al Derecho penal, debe decirse que si bien con ello logró un deslinde entre hechos naturales y los actos del hombre, no abandonó en modo alguno el ámbito naturalístico, puesto que la intencionalidad de la acción no es un atributo jurídico de la conducta humana sino una de sus principales características ópticas. Por eso puede serle igualmente reprochada al finalismo su insistencia en pretender construir un sistema normativo de control social (el Derecho penal) con el empleo de conceptos naturalísticos (50); esa es la explicación de que su noción óptica de conducta intencional le haya generado tantos problemas en el campo de los delitos de omisión y en los delitos culposos, puesto que, siendo éstas dos modalidades delictivas una clara construcción normativa, no podían ser

(50) MAINHOFER sostiene también que el finalismo no logra superar el naturalismo, sino tan sólo los problemas derivados de la causalidad; Cfr. MAINHOFER, Werner, «*Der soziale Handlungsbegriff*», en *Festschrift für Eberhard Schmidt, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, Göttingen 1961*, p. 160.

reguladas por nociones naturalísticas; no existen leyes naturales para regir las omisiones o la imprudencia porque en la naturaleza no hay ni imprudencia ni omisiones.

Sólo el penúltimo de los discípulos de Welzel, Günther Jakobs, escapó en forma paulatina pero completa a la fascinación de la intencionalidad como ingrediente óptico del finalismo y centró sus esfuerzos en el desarrollo del segundo gran pilar de la propuesta welzeliana, aquel que abandonaba el plano eminentemente naturalístico para analizar en su lugar las relaciones del hombre en sociedad. Tal como en páginas anteriores lo explicamos, al ocuparse del análisis de los bienes jurídicos criticó Welzel una consideración propiamente estática de ellos que los equipararía a simples piezas de museo, y sostuvo que deberían ser considerados en su función dinámica de interrelación social. Ello explicaría la falta de interés del Derecho penal en casos donde, existiendo una aparente lesión a un bien jurídico, esa afectación no crea conmoción en las relaciones sociales; de esta manera, las propinas que se dan como obsequio navideño a los carteros o recolectores de basura deberían ser tenidas como punibles dentro de una concepción estática de los bienes jurídicos, así como también cada trabajo supone una afectación corporal y el empleo de medios masivos de transporte suele acarrear violaciones a la libertad de locomoción de los pasajeros, pero con un concepto social de bien jurídico no deben ser penalmente reprochables en cuanto no atentan contra la dinámica de las relaciones de la vida social, sino que, por el contrario, pueden ser tenidas como socialmente adecuadas, en cuanto no exceden un aceptado grado de tolerancia (51). Sin embargo, Welzel enfrentó serios problemas para la precisión del concepto de adecuación social y vaciló reiteradamente sobre su ubicación dentro de la teoría final del injusto (52).

(51) Cfr. WELZEL, Hans, «*Studien zum System des Strafrechts*», en una posterior recopilación de sus artículos que lleva por título «*Abhandlungen zum Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1975, pp. 140 y 141; en el mismo sentido puede consultarse, por ejemplo, DONATSCH, Andreas, *SxhwZStr* 107 (1990), *ob. cit.*, p. 411; JAKOBS, Günther, «*Das Fahrlässigkeitsdelikt. Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Teheran, 1974*», Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, p. 13; JAKOBS, Günther, «*Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 2. Auflage, 1991, Rd. 7/4a.

(52) En efecto, pese a ser inicialmente ideada por WELZEL como un mecanismo excluyente de tipicidad (Cfr. WELZEL, Hans, «*Abhandlungen...*», *ob. cit.*, p. 152), fue posteriormente considerada por el mismo autor como una causal genérica de justificación (Cfr. WELZEL, Hans, «*Das Neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*», Verlag otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961, 4.^a Auflage, página 25; WELZEL, Hans, Lehrbuch, desde la 4.^a hasta la 8.^a edición) pero unos años después la radicó nuevamente en el ámbito de la tipicidad (Cfr. WELZEL, Hans, Lehrbuch, 9.^a Auflage, 1965, pp. 50 a 52).

Al Derecho penal como mecanismo de control social le interesa entonces no una colección de bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales, la forma en que debe transcurrir la vida del hombre en sociedad (53). Independientemente del sistema político ocasionalmente imperante, el funcionamiento de una agrupación social a través de una normatividad supone, de una u otra manera, que a cada individuo le esté permitido el despliegue de determinadas actividades y eventualmente que le sea exigido el desarrollo de otras, por lo que puede afirmarse que el derecho es un generador de *expectativas* a nivel social, cuya inobservancia es considerada como una *defraudación* (54). Si bien es cierto que la existencia de la sociedad depende del cumplimiento de los preceptos que le dan cohesión, también es verdad que no a todas las personas les son exigidas las mismas conductas, pues sólo una diversificación de funciones puede permitir la subsistencia de un conglomerado tan complejo; por eso las expectativas derivadas del ente social son diversas y cada persona está obligada solamente a cumplir aquellas que caen dentro de su ámbito de organización, vale decir, aquellas que le han sido asignadas para desempeñar su función social. Para expresarlo con conceptos provenientes de la sociología, diremos que cada individuo posee determinados roles, cuyo contenido está representado justamente por expectativas de comportamiento social, de tal manera que cuando éstas no son llenadas surgirá una defraudación entendida como imperfecta ejecución de un rol. En verdad, no se trata tan sólo de un mecanismo exclusivo de la sociedad, sino que es propio de cualquier asociación que pretenda funcionar en forma coherente, pues un partido de fútbol sería difícilmente imaginable si los guardametas no se limitaran a cumplir sus funciones sino que pretendieran servir como jueces, mientras los árbitros olvidaran las suyas y pretendieran tomar parte activa en el partido cobrando tiros libres, o lo hicieran los técnicos, los recogebolas o los espectadores, ol-

(53) Cfr. JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», próximamente en: *Schriften der Juristische Studiengesellschaft Regensburg e. v.* München; KAHLO, Michael, «*Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*», Duncker & Humblot, Berlín, 1990, pp. 260, 261 y 339; KRATZSCH, Dietrich, *Oehler-Festschrift*, *ob. cit.*, pp. 68, 69, 78 y 79.

(54) Una detallada exposición de los conceptos «expectativa» y «defraudación» en la sociología del Derecho puede encontrarse en la obra de LUHMANN, para quien las expectativas de comportamiento congruentes, generalizadas y normativas constituyen el Derecho dentro de un sistema social; o expresado de otro modo, el Derecho es la estructura de un sistema social que se basa sobre una generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento; por ello, quien no responde a esas expectativas ha defraudado con su comportamiento; Cfr. LUHMANN, Niklas, «*Rechtssoziologie*», Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, 3 Auflage, pp. 55, 99 y 105. Estos conceptos fueron llevados al Derecho penal por JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, Rd. 7/37.

vidando lo que a cada uno de ellos les corresponde dentro del «mundo del fútbol».

En la vida social que el Derecho penal pretende controlar, existen pues múltiples *ámbitos de competencia* (55) y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia; aquí podemos nuevamente usar el ejemplo del deporte como asociación, pensando en lo que dentro de él es exigible a los integrantes de un equipo de dobles en tenis de mesa, donde las reglas señalan que los jugadores de un mismo equipo deben golpear la bola sólo en forma alternativa, de manera que aun cuando en una situación comprometida uno de los jugadores pudiera pasar la bola por estar en mejor situación que su compañero, no debe hacerlo si no le corresponde porque no es su turno. Recurriendo a una ilustrativa frase de Jakobs, puede decirse que en el mundo social *no todo incumbe a todos* (56), puesto que cada persona está sólo obligada a comportarse de acuerdo con lo que la sociedad le exige. De incorrecta calificó Kaufmann, a esta que llamó «sugestiva frase», con el argumento de que «a cada homicida le incumbe su víctima» (57), lo cual es cierto sólo en la medida en que ya esté claro que «homicida» es quien ha desplegado la conducta penalmente relevante de matar a otro; pero la pregunta de la imputación objetiva es justamente anterior (58) en cuanto busca determinar quién es (en este ejemplo) el homicida, a quién le debe ser imputada una muerte, o en forma más sencilla, a quién le incumbe esa muerte; por supuesto que le incumbe al homicida, pero ¿quién es para el Derecho penal el homicida? Visto de esta manera, es válido afirmar que como el individuo debe llenar las expectativas de comportamiento que permitan la armónica convivencia social, cada persona tiene *posición de garante* (59) frente a esas expectativas y cada vez que un individuo las *defraude* total o parcialmente habrá ingresado al campo de acción del Derecho penal; por ello, en una sociedad *todos somos garantes* en relación con determinadas actividades.

(55) Sobre la importancia de los ámbitos de competencia en Derecho penal Cfr. JAKOBS, Günther, «*Tätovorstellung und objektive Zurechnung*», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, página 284; JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, Rd. 7/4a y 7/28; JAKOBS, Günther, «*Behandlungsabbruch auf Verlangen und §216 StGB (Tötung auf Verlangen)*», en *Festschrift für Günther Schewe*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-New York-London-París-Tokyo-Honk Kong-Barcelona, 1991, p. 74; KRATZSCH, Dietrich, *Oehler-Festschrift*, *ob. cit.*, pp. 77 y 78.

(56) Cfr. JAKOBS, Günther, *ZStW*, 1977, Tomo 89, *ob. cit.*, p. 30.

(57) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, *ob. cit.*, p. 270.

(58) Cfr. JAKOBS, Günther, *Kaufmanns-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, p. 276.

(59) Sobre una posición de garante no referida exclusivamente al delito omisivo sino a toda la teoría del delito, Cfr. JAKOBS, Günther, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, Rd. 7/58.

La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado; y eso no es únicamente válido a nivel del Derecho penal, sino que aun en forma inconsciente lo empleamos en nuestra vida cotidiana, pues a nadie se le ocurre hacerle reclamos al repartidor de periódicos por la mala redacción de una información, ni al final de la transmisión radial de un concierto se censura al técnico de sonido por la desafinada ejecución del pianista, ni al mesero se le felicita por lo exquisito de la comida (60), así como tampoco se reprocha al constructor de las porterías el mal desempeño del equipo de fútbol, ni se riñe con el cartero por entregar facturas de cobro. No se puede negar que el repartidor de periódicos forma parte del personal del informativo, ni se desconoce que el constructor de las porterías posibilita el desarrollo del partido de fútbol, no se ignora que el técnico de sonido forma parte del personal que organiza el concierto, ni se niega que el mesero es empleado del restaurante, ni que el cartero ha repartido las facturas; lo que ocurre es que, a pesar de que cada uno de ellos es parte de esas respectivas organizaciones, a cada uno de ellos les han sido asignadas funciones distintas (es decir, cada cual posee sus propios roles), y sólo pueden serles reprochadas o aprobadas conductas ejecutadas dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, ya que sólo por la buena ejecución de sus funciones pueden ser premiados o censurados, pues por su buen resultado son garantes. En la obra de Gabriel García-Márquez, titulada «Crónica de una muerte anunciada», se relata un caso verídico ocurrido en Colombia a comienzos de este siglo, el cual gira en derredor de un homicidio; una mujer fue retornada por el esposo a su familia después de la noche de bodas al descubrir que ella no era virgen, razón por la cual los hermanos de la desventurada novia sienten el deber de vengar su mancillado honor con la muerte de quien había profanado a la doncella; con excepción de quien habría de morir, todo el pueblo conocía lo que ocurriría y, sin embargo, nadie intervino para impedir la anunciada muerte que a la postre se consumó. Desde nuestro punto de vista, no tendría sentido que todos los habitantes hubieran sido procesados por homicidio, ya que, independientemente de los deberes propios de solidaridad, a ellos no les incumbía esa muerte, excepción hecha de personas que, como el alcalde, sabían del planeado homicidio y nada hicieron por evitarlo, debiendo haberlo hecho en virtud de las funciones que les correspondía desarrollar dentro de la comunidad social.

(60) Cfr. JAKOBS, Günther, Kaufmann-Festschrift, *ob. cit.*, p. 285.

La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad, sólo quien con respecto a determinada situación es garante (en cuanto de él se espera socialmente un determinado comportamiento) actúa en sentido jurídico-penal, por manera que la labor fundamental del Derecho penal es la individualización de quien, por haber faltado a su posición de garante, lesionó los intereses sociales. Debe quedar claro que la acción naturalística con el factor intencional que le es inmanente no es negada por el Derecho penal, sino que su interés no se centra en el sentido naturalístico de la conducta, sino en su significación social. Pero así como no toda conducta entendida naturalísticamente como movimiento corporal interesa al Derecho penal, asimismo la conducta en su sentido óptico seguirá siendo intencional, pero al Derecho penal sólo alguna parte de esa subjetividad le resultará importante, como, por ejemplo, para los reproches a título de dolo.

Ahora bien, en un Derecho penal edificado sobre una concepción social y dinámica de los bienes jurídicos, en donde lo que interesa realmente son las expectativas de comportamiento que de cada persona se poseen y las eventuales defraudaciones que a esas expectativas se produzcan, pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad (en su aspecto positivo) como elementos independientes de la teoría del delito, puesto que la simple adecuación formal de una conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad) no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no ha atentado contra las relaciones sociales; por manera que cuando un boxeador profesional causa dentro de un combate oficial heridas o contusiones en el rostro de su adversario mediante golpes reglamentarios, habrá cometido formalmente un delito de lesiones personales, pero ningún sentido tendría iniciarle un proceso dentro del cual calificar su comportamiento de típico, para a continuación exonerarlo de responsabilidad por falta de antijuridicidad al haber desarrollado una actividad socialmente aceptada.

Tal como en el siguiente acápite se desarrollará al ocuparnos de la estructura de esta teoría, en la imputación objetiva lo determinante es si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando así una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción, esa consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con base en una teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del «injusto». Como quiera que con fundamento exclusivo en consideraciones generales que permitan establecer cuándo una conducta abstractamente considerada defrauda las expectativas de comportamiento social resulta imposible

la concreción de un juicio de responsabilidad penal, que por esencia es de carácter individual, es indispensable que, como complemento de la imputación objetiva, se analice el comportamiento del autor, no ya como un genérico portador de roles, sino como individuo; ese aspecto individual de la conducta escapa a las consideraciones genéricas propias de una imputación objetiva y debe ser analizado dentro del ámbito de la culpabilidad, a través de la que podría denominarse la imputación subjetiva. En síntesis, puede afirmarse que el contenido de una conducta «injusta» es labor de una teoría de la imputación objetiva (61), mientras el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva.

Con esta concepción valorativa de la teoría del delito, el dolo no puede ser parte del injusto, sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, en cuanto nada tiene que ver con la genérica determinación de si una conducta se ha desarrollado o no conforme a las expectativas de comportamiento social que se derivan de la existencia de diversos roles, sino que atañe directamente a consideraciones de carácter individual. El desplazamiento que del dolo se hizo desde el ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad sólo tuvo su justificación cuando con la teoría final del injusto se pretendieron superar los problemas del causalismo mediante la sobrevaloración de la intencionalidad como elemento central de la teoría del delito; pero abandonada una concepción final del injusto en favor de un sistema valorativo como el aquí propuesto, el dolo debe ser analizado en la culpabilidad como aspecto *individual* de la conducta, y no dentro de una teoría de la imputación objetiva, que no se ocupa de consideraciones individuales, sino del análisis de *expectativas generales de comportamiento*.

El análisis del dolo dentro de la imputación subjetiva no supone en modo alguno el desconocimiento de que toda conducta humana, naturalísticamente entendida, tiene un componente intencional; lo que supone en verdad, es el reconocimiento de que la distinción que desde el punto de vista natural se hace entre lo objetivo y lo subjetivo no coincide necesariamente con la diferenciación que de dichos conceptos hace el Derecho penal. Es claro que desde un punto de vista naturalístico es impensable una conducta sin la existencia del aspecto subjetivo (prescindiendo desde luego de la polémica sobre si los actos reflejos consti-

(61) En forma similar a como HONIG señaló que la tipicidad no es un correctivo, sino el fundamento del concepto de conducta, afirmamos nosotros que la imputación objetiva no es un simple corrector o limitador, sino el fundamento mismo de la conducta penalmente relevante. Por lo demás, aun cuando Armin KAUFMANN escribió un completo artículo en contra de la imputación objetiva, en él reconoció expresamente que sus críticas no alcanzaban a afectar (salvo en forma marginal) una concepción integral de la teoría de la imputación objetiva; Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift, ob. cit.*, p. 253.

tuyen o no una manifestación de la conducta), pero ello no significa que toda subjetividad sea de interés para el Derecho penal y que toda manifestación de la subjetividad deba ser objeto de un análisis dentro del ámbito de la imputación subjetiva (62). Hegel precisó, con notable claridad, que se actúa sobre lo que está en el mundo («Dasein») en el sentido de que se actúa en relación con algo de lo cual se posee una previa representación; esa representación anticipada de lo existente, que condiciona toda conducta, es lo que Hegel denominó «dolo», con lo cual otorgó a dicha expresión una significación diversa de la que suele serle atribuida en el ámbito del Derecho penal (63); en consecuencia, precisó Hegel, al querer sólo le es imputable aquello que conoce, lo cual constituye un derecho absoluto del hombre libre (64); con la expresión «dolo» precisa Hegel que la voluntad, el querer, supone siempre una representación de la existencia sobre la cual se actúa, de tal manera que, según él, quien en las tinieblas dispara sobre un arbusto matando con ello a un hombre, ha matado, pero no ha cometido un homicidio, en cuanto el autor no tuvo «dolo», es decir, en cuanto el autor no poseía una representación sobre la realidad, puesto que no sabía que disparaba sobre un hombre (65).

Esa representación de la realidad es un presupuesto indispensable del injusto penal, porque la prohibición de disparar sobre hombres supone siempre que el actor sepa que está disparando sobre hombres, así como la prohibición de hurtar cosas ajenas supone siempre que el autor sepa que está apropiándose de una cosa mueble ajena. De esta manera, quien se apropia de una cosa sin conocer su ajenidad (*porque nadie en su lugar hubiera podido conocerla*), no ha creado un riesgo desaprobado, puesto que no tenía la representación de esa realidad sobre la cual actuaba, de tal manera que su conducta no le será objetivamente imputable y sólo en el evento de que un reconocimiento hubiera sido posible para una persona en sus circunstancias, el problema se desplazaría del ámbito del injusto (que estaría entonces completo) al del error como parte de una teoría de la imputación subjetiva. Desde el punto de vista de la imputación objetiva es claro que a cada portador de roles le son exigibles determinadas formas de comportamiento, las cuales, a su vez, presuponen la existencia de ciertos conocimientos que cada persona, de acuerdo con el rol que desempeñe, debe poseer; las expectativas de comportamiento se basan entonces en los conoci-

(62) En contra HIRSCH, para quien los conceptos de objetividad y subjetividad no están a disposición de la dogmática; Cfr. HIRSCH, Hans-Joachim, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, *ob. cit.*, p. 407.

(63) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 356; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Grundlagen...*», *ob. cit.*, § 117.

(64) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 359.

(65) Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «*Vorlesungen...*», *ob. cit.*, p. 358 y 359.

mientos y capacidades que un garante debe poseer. Eventualmente puede serle exigida a una persona la activación de sus conocimientos o capacidades especiales, pero ello dependerá siempre de que en virtud de su posición de garante exista para él un deber de actuación frente a determinadas situaciones.

Con esto se produce un replanteamiento de las soluciones que tradicionalmente se han ofrecido para distinguir entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito, cuyo deslinde ha enfrentado serios problemas en el transcurso del presente siglo. En efecto, sólo varios años después de que Beling diseñara una teoría del delito en la cual el injusto correspondía inequívocamente al aspecto externo u objetivo de la conducta, mientras la culpabilidad se ocupaba de su aspecto subjetivo o interno, surgieron los primeros problemas con la aparición en el campo de la dogmática de los denominados elementos subjetivos del tipo, los cuales hicieron perder solidez a las distinción planteada entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito (66). En un intento por devolver la armonía al sistema, propusieron Mezger y Maurach que dentro del injusto se analizara sólo la contraposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico, mientras dentro de la culpabilidad se debería efectuar el juicio de imputación personal de la conducta al autor, lo que equivalía a adjudicar al injusto un *juicio sobre el autor*; Welzel, por su parte, planteó la determinación del injusto con base en la voluntad del autor, despojando así a la culpabilidad de su monopolio sobre el aspecto subjetivo del delito.

La propuesta de atribuir al injusto exclusivamente la valoración del hecho carece de sentido, puesto que el Derecho penal no se ocupa de simples fenómenos naturales, sino de modificaciones del mundo exterior derivadas de conductas humanas; por eso el injusto no puede limitarse a emitir juicios puros sobre los hechos, sino que debe tener necesariamente en cuenta al autor de ellos, pues no de otra forma se explica que, si se tuviera en cuenta sólo el aspecto objetivo, determinadas conductas no podrían ser consideradas como típicas. Así, por ejemplo, la conducta del comensal que en un restaurante toma por equivocación el abrigo ajeno, no puede diferenciarse en su simple exterioridad del comportamiento de quien, conociendo su ajenidad, toma el abrigo con la intención de apoderarse de él. Por eso puede decirse que, desde el punto de vista estrictamente naturalístico, tenía razón Welzel cuando afirmó que el hecho que interesa al Derecho penal posee siempre un aspecto subjetivo, en cuanto proviene de un ser humano; sólo que, pretender edificar el injusto a partir de la subjetividad del autor, como lo propuso Welzel, es desconocer que el derecho sólo

(66) Cfr. MAIHOFER, Werner, «*Der Unrechtsvorwurf*» en *Festschrift für Theodor Rittler*, Verlag Scientia, Antiquariat, Aalen, 1957, *ob. cit.*, p. 141.

se ocupa de los hombres en cuanto ellos conforman una comunidad social para cuya organización ha surgido aquél como garantía de una pacífica y armónica convivencia; esta subjetivización del injusto supone no sólo el traslado de conceptos naturalísticos al plano jurídico, sino que equivale a desconocer que una determinada actividad sólo debe ser calificada de injusta en cuanto lesione expectativas de comportamiento social.

La distinción que dentro del Derecho penal debe hacerse entre los planos objetivo y subjetivo debe entonces obedecer a parámetros diversos de los puramente naturalísticos. Dentro del injusto interesa siempre la conducta del ser humano, pero no considerado como un individuo, sino como un hombre del que como portador de roles se esperan determinadas formas de comportamiento; esto no supone negar la presencia del ser humano para centrar el análisis sobre el hecho, sino que, por el contrario, implica su admisión como un sujeto que para ejercer su rol debe poseer una representación de la realidad sobre la que actúa. Por eso, mientras las expectativas sociales, tanto sobre los conocimientos que cada portador de roles debe poseer como los que efectivamente posee, forman parte del injusto, porque permiten precisar la conducta que de ese portador de roles se espera, la subjetividad, en cuanto hecho psíquico individual, pertenece a la culpabilidad (67). Aun cuando la existencia de expectativas de comportamiento así fundamentadas son predicables tanto respecto de los delitos dolosos como de los culposos, a manera de comparación podría recurrirse a una distinción que tradicionalmente suele hacerse entre los aspectos cognoscitivo y volitivo del dolo, para afirmar que mientras el aspecto volitivo es materia que atañe a la imputación subjetiva, *el aspecto cognoscitivo es parte esencial de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predicen los deberes que emergen de los diversos roles sociales.*

La separación entre esta representación como presupuesto de una actuación y el contenido de una imputación subjetiva se evidencia con la circunstancia de que, una vez conocida esa representación previa, no está necesariamente satisfecho el aspecto subjetivo del

(67) Ya MAIHOFFER había señalado en forma similar, que dentro del injusto debería analizarse lo que «un hombre razonable» podía y debía haber hecho en la situación del autor, mientras dentro de la culpabilidad debería estudiarse lo que «el individuo en sí mismo» podía y debía hacer en la respectiva situación; como consecuencia de ello, planteó una teoría del delito con cuatro niveles; dentro del injusto debería ser considerados el hecho y el autor en forma general, y dentro de la culpabilidad nuevamente esos dos elementos, pero en forma individual; Cfr. MAIHOFFER, Werner, Rittler-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 147 y 153 y siguientes.

delito (68); así, por ejemplo, la mera circunstancia de que alguien conozca la condición de hemofílico de otro, no significa por sí misma que cuando se lo golpea se haya actuado dolosa o culposamente, puesto que ambas manifestaciones de la subjetividad son posibles en el mencionado ejemplo; así, quien conoce la calidad de hemofílico de un vecino, está obligado a no propinarle golpes que sean peligrosos para dicha persona (aspecto objetivo), siendo no obstante probable que le produzca la muerte porque mientras manejaba descuidadamente una herramienta le produjo una pequeña lesión (homicidio culposo) o porque con la intención de matarle le haya ocasionado una herida (homicidio doloso).

Otra importante consecuencia de esta concepción valorativa del delito es la de regresar a un sistema penal unitario, donde desde el punto de vista objetivo no existe diferencia en el tratamiento de los delitos dolosos y culposos. La exposición que posteriormente realizaremos sobre el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva demostrará cómo no existen en este plano diferencias entre estas categorías delictivas, por manera que una conducta será objetivamente imputable con absoluta independencia de si ha sido desplegada dolosa o culposamente, distinción ésta que sólo tendrá relevancia dentro del estudio posterior de la imputación subjetiva.

Finalmente, en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que lo que al Derecho penal incumbe como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación; de esta manera, ni en el plano naturalístico existen las omisiones, ni resulta de utilidad dentro del Derecho penal el mantenimiento de la distinción entre acciones y omisiones, pues la *posición de garante*, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita, como aquí ha sido expuesto. Quien por dar muerte a otro no se comporta de acuerdo con las expectativas sociales y con ello provoca quebrantamiento de las normas, se coloca bajo la esfera de actuación del Derecho penal, independientemente de la forma concreta como desplegó su actividad, bien sea oprimiendo el disparador de un arma de fuego o dejando de alimentar a quien se tenía la obligación de nutrir (69).

(68) Consideran que la imputación sigue siendo «objetiva» en cuanto no se ocupa de los fenómenos del dolo y la culpa, MIR PUIG, Santiago, «Derecho Penal - Parte General», Promociones Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 2.ª edición, 1985, página 192; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 250. Sobre lo «objetivo» de una teoría de la imputación objetiva, Cfr. infra III-C.

(69) Sobre la irrelevancia de distinguir entre acciones y omisiones dentro de un correcto entendimiento del concepto jurídico-penal de «conducta», JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*

De esta forma se consigue una perfecta separación entre los planos naturalístico y normativo (70), de manera que en cuanto el Derecho penal trabaje con conceptos valorativos (71) no enfrentará problemas con el concepto de omisión (como sí ocurre con las concepciones naturalísticas de la teoría del delito) pues él nada tiene que ver con la naturaleza; ningún papel desempeña un concepto autónomo de omisión en un sistema del delito donde lo determinante es la existencia de lesiones a la vida de relación social, o expresado de otra forma, donde lo que interesa es la existencia de defraudaciones a las expectativas sociales. También se eludirán los inconvenientes propios de los delitos culposos, en cuanto allí no desempeñará papel determinante la intencionalidad real o potencial (como sí ocurría con el finalismo). De la misma manera perderá total importancia la artificiosa y extensa discusión sobre si el desvalor de acción es más o menos importante que el de resultado, pues es innegable que en el plano naturalístico siempre habrá resultados como modificaciones del mundo exterior, mientras en el ámbito jurídico también habrá siempre resultados, pero como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas sociales penalmente relevantes. Asimismo pierde trascendencia la discusión sobre la necesidad de valorar la importancia del aspecto subjetivo propio de las tentativas, en cuanto se distingue claramente entre la subjetividad natural que, siendo inmanente a cada conducta humana sólo interesa desde el punto de vista naturalístico, y aquellos componentes subjetivos que poseen relevancia para el Derecho penal; por supuesto, quedará aún por discutir cuál es el verdadero fundamento de las tentativas y qué grado de arbitrariedad existe en su punición, pero ese es un estudio que desborda las fronteras propias de este trabajo.

En síntesis, de entre las muchas conductas que naturalísticamente son desplegadas por el ser humano, sólo incumben al Derecho penal aquellas que suponen un atentado contra los intereses sociales (72), lo

(70) Desde luego no podemos compartir la afirmación de BUSTOS en el sentido de que la imputación objetiva confunde los planos naturalísticos y normativo; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 218.

(71) Sobre la imputación objetiva como perteneciente a un ámbito normativo y no naturalístico Cfr. HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», en Festgabe für Reinhart von Frank, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, Tomo I, pp. 178, 179, 180 y 182; JESCHECK, Hans-Heinrich, «Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil», Duncker & Humblot, Berlín, 4. Auflage, 1988, páginas 249 y 250; LARENZ, Karl, «Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung», A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, p. 62; ROXIN, Claus, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, página 133.

(72) Desde nuestro punto de vista tampoco tiene fundamento el reproche que BUSTOS hace a la imputación objetiva en el sentido de desconocer la interacción social, puesto que sólo con base en el reconocimiento de la actividad social tiene sentido una teoría de la imputación objetiva como la aquí desarrollada; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 219.

que significa que no todo resultado exterior, ni toda la subjetividad del actuar humano interesan al Derecho penal. Cuáles son esas conductas defraudadoras que al Derecho penal le incumben, es algo que la teoría de la imputación objetiva debe determinar, en la forma como el desarrollo de este trabajo lo indicará; la función que una teoría de la *imputación* está llamada a desempeñar es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado «el concepto jurídico-penal de conducta», con lo que puede concluirse que, *para el Derecho penal, es acción toda causación imputable*. De esta manera, el concepto jurídico de penal de acción surge cuando existe una conducta «injusta» y «culpable» (73), es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva. Sin lugar a dudas estamos frente a una nueva concepción del sistema penal (74) desarrollada en derredor de una teoría de la imputación (75) que implica no sólo el abandono del planteamiento causalista, sino además la superación total de la teoría final del injusto (76).

(73) En este sentido se pronuncia JAKOBS, para quien en Derecho penal sólo es conducta una acción después de haber sido desvalorada por el injusto y la culpabilidad; Cfr. «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.* Para ROXIN la imputación objetiva en el sentido de HONIG requiere también un concepto normativo de conducta, sólo que cuando él califica esa conducta como una acción personal imputable, precisa que eso no implica una nueva definición de conducta, sino tan sólo la construcción de un principio conductor metódico; Cfr. ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 145. Por ello ROXIN no desarrolla a partir de la imputación objetiva un verdadero sistema penal como el aquí defendido, pues por lo demás no niega del todo la importancia de la finalidad dentro del Derecho penal; Cfr. *Ibidem*, pp. 148 y 149.

(74) Ya los primeros trabajos aislados sobre los temas de imputación y culpabilidad habían permitido a algunos visionarios prever el surgimiento de un nuevo sistema penal; Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso, «*Derecho Penal*», editorial Temis, Bogotá, reimpresión de la undécima edición, 1990, p. 21, quien en la última edición que en 1985 hizo de su obra, incluyó dentro del recuento de las principales escuelas penales la que él denominó escuela científico-social. Recientemente se refirió también ROXIN en forma más concreta a una nueva escuela «final-racional» impuesta al finalismo ortodoxo, aun cuando no edificada sobre las bases de una teoría de la imputación objetiva; Cfr. ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 237.

(75) Este resultado habría sido incluso hoy admitido por Armin KAUFMANN, uno de los más persistentes críticos de la teoría de la imputación objetiva, pues él manifestó que dicha teoría sólo merecería ser tratada en la parte general del Derecho penal cuando fuera capaz de mostrar estructuras genéricas a las cuales se pudiera fijar una normatividad, como las que aquí defendemos. Cfr. KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, p. 270.

(76) Cfr. JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*; ya un poco antes ROXIN había precisado que el tratamiento «objetivo» propio de la llamada teoría de la imputación objetiva es radicalmente diverso de las manifestaciones subjetivistas propias del causalismo y del finalismo; Cfr. ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 237 y 239; desde esta perspectiva resulta entonces obvia la afirmación de BUSTOS en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva no es

C. ESTRUCTURA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Como consecuencia de la discusión generada en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivización total del injusto con acento exclusivo en el desvalor de acción y quienes pretenden revalorar para el Derecho penal el desvalor de resultado. Entre aquellos que se han encaminado por la segunda alternativa se suele hablar de una teoría de la «imputación objetiva *del resultado*» (77), con la que se busca precisar la forma en que un *resultado* debe ser atribuido a alguien respecto de quien ya se ha fijado un desvalor de acción. Cuando se hace referencia a una «imputación *del resultado*», se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien. Un abandono de la teoría final del injusto y la adopción de un nuevo sistema penal como el que aquí defendemos, supone entender la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, por lo que en manera alguna puede ser sólo referida a un resultado (78), sino a toda la actuación como obra de determinada persona.

compatible con el finalismo, en cuanto para nosotros (no así para BUSTOS) es la lógica consecuencia de reconocer el surgimiento de una nueva sistemática del delito; tan incompatible es la imputación objetiva con el finalismo como lo fue el finalismo con el causalismo; Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 230.

(77) Entre quienes se refieren a una teoría de la imputación «del resultado» pueden confrontarse: BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, pp. 218, 219 y 220; FRISCH, Wolfgang, «*Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, pp. 22, 23, 26, 32, 50 y 51; debe, sin embargo, precisarse que el planteamiento de FRISCH tiende formalmente a distinguir entre lo que él denomina la conducta típica y la imputación de los resultados de dicha conducta, pero en el fondo es desarrollado como una teoría integral de la imputación objetiva en la cual lo que él denomina conducta típica puede equipararse a lo que sería la creación de riesgos desaprobados. Con referencia exclusiva a una imputación de resultados consultar también KAUFMANN, Armin, Jescheck-Festschrift, *ob. cit.*, pp. 254 y 255; KÜHL, Kristian, «*Anmerkung zum Urteil des BGH von 15.10.1981 - 4StR398/81 (BGHS130, 228)*», en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1983, p. 32; SCHÜNEMANN, Bernd, JA 1975, *ob. cit.*, pp. 578 y 579; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 98; WALTHER, Susanne, «*Eigenverantwortlichkeit...*», *ob. cit.*, pp. 126 y 127.

(78) Para argumentos en contra de una referencia exclusiva a la imputación de resultados, Cfr. WOLTER, Jürgen, «*Objektive und...*», *ob. cit.*, pp. 32, 33, 180 y 181.

La misma pretensión de buscar correctivos que permitieran solucionar los vacíos dejados por la teoría final del injusto en ámbitos como el de los delitos culposos, condujo desde la década del 60 a la formulación de aislados *criterios* con los cuales se solucionaban inconvenientes concretos del sistema; así surgió inicialmente la llamada teoría de la elevación del riesgo, la cual, sin embargo, mostró pronto su incapacidad para solucionar por sí misma muchos casos, por lo cual se recurrió a la tesis del fin de protección de la norma, y posteriormente al de la disminución del riesgo, al de la autonomía de la víctima y a muchos otros más con los que en su momento se pretendieron llenar vacíos que, ni la concepción final del injusto ni sus posteriores correctivos podía satisfacer. Si se observan en forma aislada todos estos «*criterios*», sin otorgarles una base común que permita entenderlos como un verdadero sistema, cabe plena razón a quienes critican la imputación objetiva por su extrema imprecisión y falta de sistematización (79). Como sólo un planteamiento de la imputación objetiva sobre la base de precisas funciones dentro del sistema penal (como el que aquí ya se ha esbozado y seguidamente se desarrollará) puede ser denominado «teoría», consideramos incorrecto hacer referencia a «*criterios de imputación*» (80), porque con ello se alude tan sólo a los aislados intentos de corrección del sistema finalista, mientras aquí se

(79) Por ejemplo, KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, pp. 83 y 84, quien, sin embargo, es en extremo contradictorio, pues luego de afirmar categóricamente que la imputación objetiva es innecesaria dentro de una teoría del delito, desarrolla el acápite de los delitos culposos con base en la existencia de un deber objetivo de cuidado y la necesidad de su relación con el resultado (p. 108), con lo cual no hace nada diverso de aceptar los presupuestos generales de la imputación objetiva. Sobre las críticas a la vaguedad de la imputación objetiva, Cfr. también PUPPE, Ingeborg, «*Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlín-New York, 99. Tomo, 1987, p. 595; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 101.

(80) Entre quienes hacen referencia no a una teoría de la imputación objetiva, sino tan sólo a la existencia de «criterios de imputación», Cfr. BUSTOS, Juan, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, pp. 219, 223 y 229; EBERT, Udo, «*Kausalität und objektive Zurechnung*», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, de Gruyter, Berlín-New York, 1979, páginas 561 y 574; EBERT, Udo, «*Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 30.7.1981*», en *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1982, p. 422; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 257; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar*», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, 24. Auflage, Vorbem 13ff/92; MAIWALD, Manfred, «*Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96*», en *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1984, p. 440; MAURACH, Reinhart/ZIFF, Heinz, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Volumen I, 7. Auflage, 1987, § 18 III/36, p. 244; ROXIN, Claus, «*Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*», en *Festschrift für Ulrich Klung*, Dr. Peter Deubner Verlag GmbH, Köln, 1983, Tomo II, p. 310; SAMSON, Erich, «*Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pági-

pretende una nueva elaboración de la concepción del delito edificada sobre la teoría de la imputación.

En síntesis, la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan sólo a la atribución de resultados, ni alude tan sólo a la relación existente entre una acción natural y su resultado (81), ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que *un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado* (82), de ma-

na 44; SCHMOLLER, Kurt, «Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände», en Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), Menzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1982, p. 452; STRATENWETH, Günther, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikohöherung», en Festschrift für Wilhem Gallas, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, p. 227; STREE, Walter, JuS 1985, ob. cit., p. 181; TRÖNDLE, Herbert, «Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentare», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 45. Auflage, 1991, Vor § 13 Rd. 17; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, ob. cit., p. 59; WOLTER, Jürgen, «Der Irrtum über Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung», en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 89. Tomo, 1977, página 652.

(81) En este sentido la entienden BURGSTALLER, Manfred, «Das Fahrlässigkeitsdelikt...», ob. cit., p. 69; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Strafrecht Allgemeiner Teil», J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1984, Rdn. 5/54, p. 92; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, ob. cit., § 8/47, p. 219.

(82) Cfr. ENGISCH, Karl, «Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände», Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 68, quien mencionó estos dos requisitos no propiamente como elementos de una teoría de la imputación objetiva, sino en desarrollo de su teoría de la causalidad adecuada; sin embargo, el desarrollo que ENGISCH dio a su teoría con el empleo de los referidos elementos la convierte en el más claro antecedente de una moderna teoría de la imputación objetiva. HARDWIG, Werner, «Versachung und Erfolgszurechnung», en Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p. 290; JAKOBS, Günther, Lehrbuch, ob. cit., Rd. 7/4b; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, ob. cit., pp. 257 y 258; LENCKNER, Theodor, «Schönke/Schröder...», ob. cit., Vorbem 13ff/92; MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz, «Strafrecht Allgemeiner Teil», C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Volumen II, 7. Auflage, 1989, § 43 IV/91, p. 131; OTTO, Harro, «Grundkurs...», ob. cit., pp. 68 y 74; OTTO, Harro, «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422», en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1974, p. 704; OTTO, Harro, «Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht», en Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 102 y 103; ROXIN, Claus, Klug-Festschrift, ob. cit., p. 310; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Frankfurt, 1990, Rn. 57, Vor § 1; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid», en Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, p. 866; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtliche Zurechnungsformen», en «Grundfragen des modernen Strafrechtssystems», Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1984, pp. 82 y 83; SAMSON, Erich, «Strafrecht I», Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 7. Auflage,

nera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendiéndose este último no en un sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de las normas.

Algún sector de la doctrina ha sostenido, en contra de la imputación objetiva, que ella recurre en ciertos eventos al empleo del dolo como mecanismo de solución de los problemas (83), o incluso que ella necesita indefectiblemente una cierta consideración de la intencionalidad de la conducta (84), con lo cual debería admitirse que en realidad se trata de una teoría que al mezclar elementos subjetivos y objetivos (85), no hace honor a su nombre; con base en ello se pregunta críticamente: ¿Qué es lo objetivo de la imputación objetiva? (86).

Este es un curioso caso en el cual la respuesta es mucho más antigua que el interrogante, pues las primeras diferenciaciones entre las imputaciones objetiva y subjetiva se remontan en Alemania a 1803 (87). Pero dejando momentáneamente de lado la consideración histórica del problema, es importante resaltar que esta crítica a la imputación objetiva proviene de personas formadas bajo los presupuestos de una teoría final del injusto, lo cual es importante, en cuanto para ese sistema penal el principio rector del injusto es la intencionalidad; no es que sea falsa la afirmación de que la imputación objetiva no puede prescindir del aspecto subjetivo y por ello recurre a la intencionalidad de la conducta, sino que con ello se está pretendiendo juzgar a la teoría de la imputación objetiva desde el punto de mira del finalismo, lo que es tan equivocado como pretender juzgar la teoría final del injusto desde la perspectiva del causalismo. En efecto, hemos reseñado como fundamental error de la teoría final del injusto el haber mezclado los planos naturalístico y normativo, al pretender hacer valer dentro del sistema penal una concepción óptica de conducta caracterizada por su finalidad. Pero también hemos ya precisado que la teoría de la imputación objetiva tiene sentido dentro

1988, p. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.* Rd. 5/55, p. 93, Rd. 5/58, p. 94 nota 20; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 9/36, p. 307; STRATENWERTH, Günther, «*Strafrecht Allgemeiner Teil I*», Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Bonn-München, 3. Auflage, 1981, Rd. 215, p. 84 y Rd. 351, p. 119; TRONDLE, Herbert, StGB, *ob. cit.*, Vor § 13, Rd. 17; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.* p. 54; WOLTER, Jürgen, «*Objektive und...*», *ob. cit.*, pp. 29, 49, 50, 358.

(83) Cfr. SAMSON, Erich, «*Strafrecht I*», *ob. cit.*, p. 16.

(84) Cfr. Bustos, Juan, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, pp. 223 y 224.

(85) Cfr. LAMPE, Hans-Joachim, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, páginas 196 y 197.

(86) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, *ob. cit.*, pp. 251 y ss; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, *ob. cit.*, p. 98.

(87) Cfr. HRUSCHKA, Joachim, «*Strukturen...*», *ob. cit.*, p. 2, nota 3.

de una concepción valorativa del sistema penal, en la cual se mantenga una precisa delimitación entre los ámbitos naturalístico y normativo; por ello, si bien desde el punto de vista naturalístico no puede negarse que cada conducta humana es final, es decir intencional, tampoco debe afirmarse que toda intencionalidad incumbe al Derecho penal.

Por eso es cierto que una teoría de la imputación objetiva requiere de la intencionalidad, pero sólo en cuanto ella es un atributo inherente a toda conducta en sentido naturalístico; lo que se pretende con la imputación es, justamente, seleccionar dentro de esas acciones naturales aquellas que resulten de interés para el Derecho penal, es decir, aquellas que puedan ser reprochadas como «obra de determinado sujeto». En la imputación objetiva se pregunta entonces si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; para la *imputación objetiva* no importa si el médico era Pedro, Juan o Diego, sino que se examina la conducta exigible a un médico, conducta que por supuesto es intencional como manifestación de un querer. Por el contrario, en la *imputación subjetiva* se examina el aspecto individual del autor, por lo que aquí ya no interesa la condición genérica de médico, sino la subjetividad de Pedro o Juan en el caso concreto, vale decir, su capacidad de comprensión de la situación, si pudo prever o no el resultado, si lo quiso expresamente o lo aceptó como posible, etcétera. Expresado en una forma mucho más general, con la imputación objetiva se determina la conexión entre un suceso y un querer (es decir, cuándo un suceso es «la obra» de alguien), mientras en la imputación subjetiva se indaga por el contenido de ese querer (88).

Y retomando por último el aspecto puramente histórico, cabe recordar que en el fondo la distinción entre los ámbitos objetivo y subjetivo de la teoría de la imputación es similar a la planteada por Rad-

(88) Sobre la distinción entre imputación objetiva y subjetiva pueden encontrarse similares argumentos en los siguientes autores: Cfr. HARDWIG, Werner, JZ 1968, *ob. cit.*, p. 290, aun cuando este autor hace la distinción no en relación directa a la imputación, sino referida a la evitabilidad; HONIG, Richard, Frank-Festgabe, *ob. cit.*, pp. 184 y 185; LARENZ, Karl, «Hegels...», *ob. cit.*, pp. 51, 58, 68,84, 92 y 94; NAUCKE, Wolfgang, «Über das Regreßverbot im Strafrecht», en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1964, 76. Tomo, pp. 426, 427 y 428; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 250; RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Der Zweck...», *ob. cit.*, pp. 81 y 82, pese a que sus consideraciones no aluden concretamente a la teoría de la imputación, sino a la separación entre los aspectos objetivo y subjetivo del injusto, caracterizada por él con las expresiones desvalor objetivo de peligrosidad y desvalor subjetivo de intención como componentes del más amplio desvalor de acción; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 8/31, p. 223.

bruch (89) y von Liszt (90) a comienzos de siglo para diferenciar lo que desde el punto de vista de una teoría causal del delito era un simple generador de la causalidad y aquello cuyo análisis correspondía al ámbito de la culpabilidad; sólo que, si bien dicha escuela mantuvo la finalidad por fuera del sistema penal, lo desarrolló equivocadamente con base en una teoría natural de la causalidad; pero dejando de lado ese craso error, tenían razón cuando además de reconocer la intencionalidad naturalística de toda conducta señalaban que el contenido de esa finalidad incumbía sólo a la culpabilidad.

D. AMBITO DE APLICACION DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Cuál debe ser el campo de aplicación de la imputación objetiva en materia penal, depende ante todo del concepto mismo que se tenga de dicha teoría, de manera que mientras para algunos sólo podrá ser referida a concretas modalidades delictivas, para otros tendrá un mayor ámbito de cobertura (91).

Así, por ejemplo, la generalizada tendencia de referir la imputación objetiva sólo a los delitos de resultado (92) es la lógica consecuencia de la estrecha relación que considera a esta teoría como un mecanismo exclusivamente apto para atribuir resultados; pero si de acuerdo con lo ya expuesto se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado, sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objeti-

(89) Cfr. RADBRUCH, Gustav, «*Der Handlungsbegriff...*», *ob. cit.*, pp. 130 y 131.

(90) Cfr. von LISZT, Frank, *Lehrbuch*, 14. Auflage, *ob. cit.*, p. 125.

(91) Cfr. SCHMOLLER, Kurt, *ÖJZ* 1982, *ob. cit.*, p. 452.

(92) Cfr. BUSTOS, Juan, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, p. 221, quien, sin embargo, restringe la aplicación de la teoría en su concepción tradicional, mientras de acuerdo con su propia concepción ella (pero no la que él denomina atribuibilidad) sería aplicable dentro de la antijuridicidad a todos los delitos; EBERT, Udo, *Jura* 1979, *ob. cit.*, p. 561, quien aquí señala vagamente que la imputación objetiva es aplicable en primera línea a los delitos de resultado; EBERT, Udo, *JR* 1982, *ob. cit.*, p. 422, de manera más categórica que en su anterior escrito; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder...*», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; OTTO, Harro, «*Grundkurs...*», *ob. cit.*, p. 65; ROXIN, Claus, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, *ob. cit.*, p. 244; SAMSON, Erich, «*Hypothetische...*», *ob. cit.*, p. 15; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd. 5/54, 5/55, pp. 92 y 93; ULSENHEIMER, Klaus, «*Der Verhältnis...*», *op. cit.*, p. 149; WESSELS, Johannes, *Lehrbuch*, *ob. cit.*, p. 205; WOLTER, Jürgen, «*Objektive und ...*», *ob. cit.*, p. 183, quien además, manifiesta en forma expresa que la imputación objetiva no se requiere en los delitos de peligro abstracto.

va no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión, y mucho menos a unos determinados tipos de resultado como los homicidios y las lesiones personales, como en algunas escasas oportunidades se ha llegado a sugerir.

En su más frontal ataque contra la imputación objetiva, cuestionó Kaufmann la aplicabilidad de dicha teoría a los delitos dolosos, llegando a afirmar que se trataba de una figura que, desde sus orígenes, lleva en la frente el sello del delito culposo (93). Las razones por las cuales alguna parte de la doctrina niega la posibilidad de aplicar esta teoría a los delitos dolosos se remontan quizás, de una parte, al hecho de que casi todos los casos problemáticos que han dado lugar a las polémicas doctrinales y jurisprudenciales tienen que ver con delitos cometidos culposamente, y, de otro lado, a que en el desarrollo del primero de sus elementos, la creación de riesgos desaprobados, se lo asimila frecuentemente a un concepto que como el deber de cuidado fue originalmente ideado como requisito propio del delito imprudente. En el fondo, no se trata de que existan en la práctica más casos de delitos culposos que dolosos, sino de que en estos últimos suele ser tan evidente la creación del riesgo desaprobado que no nos detenemos demasiado a pensar en su existencia, mientras en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis más detenido; pero, desde luego, tan desaprobado es el riesgo de conducir a exceso de velocidad y en contravía a lo largo de una autopista como el de disparar intencionadamente un arma de fuego contra la cabeza de una persona, de manera que una teoría de la imputación objetiva, como la aquí defendida, es aplicable tanto a los delitos culposos como a los dolosos. Por lo demás, la ingeniosa frase de Kaufmann, en el sentido de que la imputación objetiva lleva en la frente desde su origen el sello del delito culposo, puede ser igualmente discutida, con sólo referirnos a los planteamientos propuestos por Hegel, en cuanto él desarrolló el concepto de imputación sobre la base de las manifestaciones de *voluntad* del ser humano; justamente esa constante referencia al querer fue lo que le valió por parte de Larenz el reproche de haber desarrollado una teoría de la imputación objetiva únicamente referida a los delitos dolosos, olvidando la existencia

(93) Entre aquellos que limitan la cobertura de la imputación objetiva a los delitos culposos desconociendo validez dentro del ilícito doloso, Cfr. KAUFMANN, Armin, *Jescheck-Festschrift*, *ob. cit.*, p. 258; KÜPPER, Georg, «Grenzen...», *ob. cit.*, p. 91; LACKNER, Karl, «*Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*», C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, 18. Auflage, Vor § 13, III, 1 c, dd, en cuanto afirma que la imputación objetiva es «poco significativa» en los delitos dolosos; STRUENSEE, Eberhard, *GA* 1987, *ob. cit.*, p. 103, por lo menos en lo atinente a la aplicación de las conductas alternativas conforme a derecho.

del ilícito imprudente (94); aun cuando recientemente ha propuesto Vehling una nueva interpretación de la teoría hegeliana con la idea de interpretar la expresión «querer» no en el sentido ordinario de la intencionalidad, sino como una manifestación de la conducta que socialmente debe desarrollar el individuo (95) (con lo cual caería por su base el reproche de Larenz), no puede desconocerse que se trata de una reformulación susceptible de polémica; pero justamente por el hecho de que no esté aún dilucidado si cuando Hegel se refirió al querer como el hilo conductor de la imputación aludía a lo que hoy conocemos como dolo, o a lo que podría modernamente denominarse las exigencias sociales de comportamiento, rechazamos la afirmación de Kaufmann en relación con la clase de delitos a los que fue originalmente referida la imputación objetiva, ya que, o Hegel se refirió solamente a estos delitos dolosos (Larenz) o aludió tanto a los dolosos como a los culposos (Vehling), pero en ningún caso se ocupó exclusivamente del delito imprudente.

Algunos de quienes admiten que la imputación objetiva puede ser aplicada tanto a los delitos culposos como dolosos precisan, sin embargo, que los mecanismos a emplear deben ser diversos tratándose de una y otra clase de ilícitos (96), con lo cual se reafirma la antigua bifurcación de la teoría del delito a través de la duplicidad de la imputación objetiva. Pero esa escisión afecta no solamente la unidad que debe poseer un sistema penal, como en el acápite precedente quedó explicado, sino que hace depender la imputación objetiva de la existencia previa de la imputación subjetiva, de manera que para saber si una conducta es o no objetivamente imputables a alguien debería saberse, ante todo, si esa persona actuó dolosa o culposamente pues en cada caso las reglas de imputación deberían ser diversas; sólo que cuando esté establecido que desde el punto de vista jurídico penal alguien actuó dolosa o culposamente, habrá quedado ya tácitamente admitido que su conducta es objetivamente imputable, salvo que se quiera arribar a la extraña conclusión de que en materia penal existen conductas dolosas y culposas que no hacen parte del injusto. Expresado en una forma más sencilla, si la imputación subjetiva busca precisar el contenido de un querer, que desde el punto de vista hegeliano forma parte de la imputación objetiva, es impensable que la determinación de ese contenido de la voluntad preceda a la demostración de la existencia de esa voluntad.

(94) Cfr. LARENZ, Karl, «Hegels ...», *ob. cit.*, p. 52.

(95) Cfr. VEHLING, Karl-Heinz, «Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch», Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1990, pp. 22 a 30.

(96) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234; LENCKNER, Theodor «Schönke/Schröder...», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 144, referido concretamente al fin de protección de la norma.

Tampoco compartimos la propuesta de que la imputación objetiva deba funcionar de manera diferencial respecto de los delitos de acción y los omisivos (97), no solo porque ello nos conduce nuevamente a una inaceptable ruptura de la unidad del sistema penal, sino porque nos remonta una vez más a la estéril discusión sobre si existe o no una distinción entre los delitos de acción y omisión y la forma como dicha diferenciación debería efectuarse.

En síntesis, en un sistema penal unitario como el aquí defendido, la teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial (98), esto es tanto en los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos (99), así como a las acciones y omisiones (100) y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados (101), puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con

(97) Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234.

(98) Cfr. JAKOBS, Günther, Lehrbuch, *ob. cit.*, Rd. 7/4, quien con razón precisa que ello no significa que todos los institutos de la imputación objetiva sean igualmente significativos frente a la totalidad de los tipos contenidos en la parte especial; más recientemente, JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*

(99) Entre quienes admiten la validez de la imputación objetiva tanto para los delitos culposos como para los dolosos Cfr. BUSTOS, Juan, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 234, pero no en la forma como la imputación objetiva es normalmente desarrollada, sino sólo en cuanto se la entienda a su manera, es decir diferenciándola de la atribución y radicándola en el ámbito de la antijuridicidad; JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 529, cuando menos en lo que se refiere al fin de protección de la norma; LARENZ, Karl, «*Hegels...*», *ob. cit.*, p. 52, en cuanto le reprochó a HEGEL haber referido la imputación objetiva sólo al delito doloso, desconociendo que también existen ilícitos culposos; LENCKNER, Theodor, «*Schönke/Schröder...*», *ob. cit.*, Vorbem 13ff/92; MAIWALD, Manfred, JuS 1984, *ob. cit.*, p. 440; MAURACH/ZIPP, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, § 18 III/36, p. 244; OTTO, Harro, «*Grundkurs...*», *ob. cit.*, pp. 204 y 205; ROXIN, Claus, Honig-Festschrift, *ob. cit.*, p. 144; ROXIN, Claus, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 247; ROXIN, Claus, «*Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*», en Festschrift für Wilhelm Gallas, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1973, pp. 241 y 242; RUDOLPHI, Hans-Joachim, Lackner-Festschrift, *ob. cit.*, p. 866; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Lehrbuch, *ob. cit.*, § 8/50, p. 222; STRATENWERTH, Günther, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd. 215, p. 84; ULSENHEIMER, Klaus, «*Das Verhältnis...*», *ob. cit.*, p. 27; WESSELS, Johannes, Lehrbuch, *ob. cit.*, p. 54.

(100) Acepta la validez de la imputación objetiva en los delitos omisivos de resultado SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «*Strafrecht...*», *ob. cit.*, Rd 12/46, p. 405.

(101) Ya ENGISCH había hecho alusión a la necesidad de otorgar idéntico tratamiento a los delitos consumados y tentados cuando desarrolló su teoría de la causalidad adecuada, que como hemos ya mencionado es desde el punto de vista histórico lo más aproximado a una moderna teoría de la imputación objetiva; Cfr. ENGISCH, Karl, «*Die Kausalität...*», *ob. cit.*, pp. 59 y 60; admitiendo la imputación objetiva en el ámbito del delito tentado, JAKOBS, Günther, «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*; VEHLING, Karl-Heinz, «*Die Abgrenzung...*», *ob. cit.*, prólogo y pp. 113 y ss., en especial página 123.

ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado; debe aquí nuevamente precisarse, que los resultados a los que hacemos referencia dentro del sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las reglas de la vida de relación social, [quebrantamiento de la validez de las normas (102)] por manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado; cuáles son los resultados que desde el punto de vista de la tentativa interesan al sistema penal, o aún más claro, cuándo una conducta es reprochable a título de tentativa, es algo que excede los límites de este trabajo, pero que de todas maneras supone tanto la determinación de un riesgo desaprobado, como la realización de ese riesgo en el resultado.

(102) Cfr. JAKOBS, Günther, Kaufmann-Gedächtnisschrift, *ob. cit.*, p. 277; también en «*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*», *ob. cit.*

Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARIA DEL CARMEN ALASTUEY DOBON

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: Introducción. Capítulo primero: Delitos dolosos por omisión. Capítulo segundo: Delitos imprudentes por omisión. Conclusiones.

INTRODUCCION

Existen dos formas de comportamiento que pueden atribuirse a un sujeto: la acción y la omisión. De la lectura del artículo 1.º del Código Penal español se deduce que los delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión.

La preocupación de la Dogmática por la omisión es reciente. Hasta los años 20 del siglo actual, no se trató ésta en profundidad, situándose el punto de partida en la doctrina alemana (1). Pronto se diferenciaron dos clases de delitos de omisión: delitos de omisión propios y delitos de omisión impropios o de comisión por omisión.

Aunque la categoría de la omisión en general resulta problemática y da lugar a controversias doctrinales de muy variada índole, no se cuestiona la adecuación al principio de legalidad de los delitos de omisión propios, puesto que están tipificados en nuestro Código Penal (arts. 338 bis y 489 ter.). No sucede lo mismo con la mayoría de los delitos de comisión por omisión. En éstos se imputa un resultado de relevancia penal al autor por no haber llevado a cabo una acción tendente a

(1) BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª edición. Barcelona, 1989, pp. 242 y 243.

evitarlo (2). Quiero dejar claro desde este momento que, en adelante, al hablar de «delitos de comisión por omisión» o «delitos impropios de omisión», me referiré a los no tipificados como tales en el Código Penal español. La no tipificación expresa de estos delitos, plantea el grave problema de su posible incompatibilidad con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Por otra parte, prescindiendo del problema de si pueden o no cometerse por omisión todos los delitos de resultado material tipificados en la Parte Especial del Código Penal, no puede imputarse el resultado a toda persona que no realice una acción tendente a la evitación del mismo, pues se produciría una excesiva ampliación de los tipos de omisión impropia que entraría en contradicción con los de omisión propia, convirtiendo a estos últimos en delitos superfluos (3). Debe exigirse la concurrencia en esa persona concreta de una determinada característica: debe encontrarse en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado (4). Los delitos de comisión por omisión son, pues, delitos especiales ya que no pueden ser cometidos por cualquier persona (5).

Cuándo debe reconocerse la existencia de esta posición en un sujeto o cuáles son las fuentes de la misma, es un tema también discutido. Con carácter general, sus fuentes han sido clasificadas por la doctrina de dos formas: desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material (6). Desde el primero, se distingue entre posiciones de garante con fundamentación legal, contractual y con origen en el hacer precedente peligroso o injerencia. Desde el segundo, se establece una subdivisión atendiendo a si el sujeto «activo» se encuentra en posición de protección de un determinado bien jurídico o bien en posición de vigilancia de una fuente de peligro. Esta última clasificación (7) resulta

(2) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, 2.ª edición. Madrid, 1986. p. 193.

(3) WELZEL: *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11.ª edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile, 1970, p. 286. Y también, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., página 246.

(4) No hay unanimidad doctrinal respecto a la necesidad de exigir la posición de garante en este tipo de delitos. En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, Barcelona 1991, pp. 234 y ss., y GIMBERNAT ORDEIG, en su *Recensión al libro de Enrique Bacigalupo «Delitos impropios de omisión»*, ADPCP, 1970, pp. 724 y ss., rechazan la teoría de la posición de garante.

(5) WELZEL: *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., pp. 287 y 289. Considera a los delitos de omisión impropios delitos especiales propios y sigue la teoría de la posición de garante.

(6) BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., páginas 247 y ss. RODRIGUEZ MOURILLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, páginas 312.

(7) Sostenida por BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 2.ª edición. Madrid, 1990. pp. 263 y 264.

mucho más amplia y minuciosa pues en cada uno de los dos apartados se engloban multitud de situaciones de las que, según algunos autores, puede surgir una posición de garante en un sujeto determinado.

Además, para poder apreciar la existencia de un delito cometido por omisión, debe exigirse que ésta sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto. La determinación de si se da o no esta equivalencia deberá hacerse atendiendo al caso concreto. En un supuesto de estupro, por ejemplo, negaríamos dicha equivalencia puesto que el artículo 434 del Código Penal utiliza la expresión «acceso carnal» y, evidentemente, éste sólo puede llevarse a cabo mediante una acción (8).

En el Derecho Comparado, los problemas que plantea la categoría de la comisión por omisión, se han intentado solucionar acudiendo a diferentes métodos (9). En Francia no se admite tal construcción, por entender que vulnera el principio de legalidad; en Alemania se introdujo en el StGB el parágrafo 13, en el que se establece una equiparación entre la comisión activa y omisiva de los tipos legales en caso de que el omitente tuviera el deber de evitar el resultado y si la omisión es equivalente a la acción. También el art. 1 del Codice Penale italiano equipara la no evitación del resultado a la causación del mismo mediante una conducta activa.

En nuestro ordenamiento no hay pronunciamiento expreso al respecto. Las soluciones de *lege ferenda* oscilan, según los autores, entre la introducción en nuestro Código Penal de una cláusula de equiparación entre acción y omisión semejante a la alemana e italiana o la tipificación en la Parte Especial de algunos delitos de omisión improprios siguiendo el sistema de los *numerus clausus* (10).

Podemos preguntarnos *qué postura adopta el Tribunal Supremo español* respecto a los delitos de comisión por omisión. El análisis de la misma resulta especialmente interesante por el hecho de que, al no existir en nuestro Código Penal ningún precepto dedicado a la comisión por omisión, es el Tribunal Supremo el que debe decidir en qué casos y bajo qué condiciones puede apreciarse un delito de esta índole en la práctica.

Pero antes de continuar, y para no dar lugar a equívocos, debo aclarar que voy a ocuparme exclusivamente de sentencias en las que nuestro Alto Tribunal condena a AUTORES de delitos improprios de omisión y por consiguiente no me ocuparé de la participación por omisión. El artículo 14 apartado tercero del Código Penal considera autores a

(8) En este sentido, BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 267.

(9) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La omisión de socorro en el Código Penal*. Madrid, 1966. pp. 79 y ss.

(10) El Anteproyecto del Código Penal de 1992 se ha inclinado por la regulación del tema en la Parte General: concretamente en el artículo 10.

los cooperadores necesarios a efectos de aplicación de la pena (11), pero el cooperador necesario no es «autor», por lo menos con arreglo al concepto restrictivo y objetivo-formal del mismo (12), por lo que tampoco recojo las sentencias que condenan a cooperadores necesarios por omisión (13).

Anticipando lo que se verá a lo largo de este trabajo, puede decirse que la asunción de nuestro Tribunal Supremo de los planteamientos dogmáticos sobre la comisión por omisión ha sido tardía y la evolución más bien lenta; sobre todo en los casos de delitos culposos por omisión. Esto puede explicarse si se tienen en cuenta, entre otros, dos factores: en primer lugar, la repercusión que tuvo entre los autores y Jurisprudencia españoles el criterio de Silvela, a finales del siglo pasado y a principios del actual. Según Silvela, el término «omisiones» del art. 1 del Código Penal, debía interpretarse como omisiones específicamente descritas en la ley. Consideró este autor que el Tribunal Supremo respaldaba su tesis en sentencia de 10 de abril de 1874, en la que podía leerse literalmente que «los delitos que, como el asesinato, exigen acción por su índole y naturaleza, no pueden cometerse más que por actos positivos o afirmativos, y nunca por omisión» (14). Y en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que las ideas de la Dogmática Alemana respecto a la comisión por omisión, tardaron un tiempo en introducirse entre los autores españoles. La plasmación de estas construcciones doctrinales en la Jurisprudencia no es tampoco labor de un día.

Ciertamente pueden encontrarse sentencias del Tribunal Supremo muy antiguas en las que aprecia delito de comisión por omisión; pero una lectura de estas primeras sentencias descubre que nuestro Tribunal Supremo da a estos delitos el mismo trato que a los cometidos por acción y, por supuesto, no utiliza la terminología «comisión por omi-

(11) Véase CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid, 1982, pp. 333 a 347, en las que se ocupa de la autoría y participación en el Código Penal vigente y en el Proyecto de 1980. En especial, la página 339, en la que hace referencia a la inclinación del Tribunal Supremo a seguir la teoría del acuerdo previo; y las páginas 343, 344 y 345, que invitan a reflexionar sobre los problemas que representa el mantenimiento en nuestro Código Penal de la figura del cooperador necesario.

(12) Aunque con arreglo al criterio del *dominio funcional del hecho*, podría ser autor en algunos casos. Véase, a este respecto, CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, *cit.*, pp. 168 y 169, y también 336 y 337.

(13) En sentencia de 22 de junio de 1991, el Tribunal Supremo considera que es autor del delito de lesiones en comisión por omisión, un padre que observaba (sin hacer nada para impedirlo) cómo su esposa maltrataba a la hija de ambos de cinco meses. Desestima así el recurso tendente a que se castigara al procesado como cómplice del delito. Pero con la simple lectura de los considerandos de la sentencia, queda claro que incluye al padre en la figura de cooperador necesario, aunque le considere autor en el sentido en lo que hace referencia el artículo 14, apartado tercero, del Código Penal. Sobre el tema, véase también la nota anterior.

(14) SILVELA, L.: *Derecho Penal*, Tomo II. Madrid, 1879, p. 128.

sión». Para amparar su postura alude algunas veces a que «según el artículo 1 del Código Penal, los delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión». A pesar de ello, debe reconocerse el mérito a estas sentencias de apartarse del restrictivo criterio de Silvela, criterio al que también Córdoba Roda se adhirió (15) —aunque posteriormente ha cambiado de opinión—.

En una visión de conjunto de toda la Jurisprudencia Penal a lo largo de este siglo, puede decirse que es apreciable la evolución del Tribunal Supremo respecto al tratamiento del tema en el caso de delitos por omisión impropios dolosos, aunque no cesa en sus contradicciones. Así, por ejemplo, en sentencia de 4 de enero de 1962, se dice que «la omisión no engendra responsabilidad criminal más que en los casos expresamente marcados en la ley». En cuanto a los delitos de comisión por omisión culposos, en cambio, la evolución jurisprudencial al respecto ha sido mucho más lenta, como ya dije, puesto que hoy en día no resulta difícil encontrar sentencias en las que da el mismo tratamiento a los delitos culposos cometidos por acción que a los cometidos por omisión.

Para concluir esta introducción, voy a mencionar a grandes rasgos, cuál va a ser la estructura del presente trabajo. Por un lado, debe establecerse la distinción entre delitos de comisión por omisión dolosos y delitos de comisión por omisión culposos o por imprudencia. El Tribunal Supremo ha admitido los primeros restrictivamente. No sucede lo mismo con los segundos, puesto que los casos de delitos impropios de omisión en la Jurisprudencia son muy numerosos y recogerlos todos es una tarea prácticamente imposible, que no he pretendido en este estudio. Por otro lado, la clasificación de los supuestos imprudentes he preferido enfocarla, en lugar de por delitos, por «casos» o «supuestos típicos» (entendiendo el término «típicos» no en sentido dogmático). Esto es así porque el Tribunal Supremo sostiene, salvo excepciones, la tesis de la existencia en nuestro Código Penal de cuatro *crimina culpae*, y por ello habla de «delito de imprudencia temeraria con resultado de daños, muerte, lesiones...» y no de «homicidio, daños, lesiones... por imprudencia temeraria». En sentencia de 24 de noviembre de 1984 el Tribunal Supremo se expresa así: «... nuestro Código Penal vigente sanciona la forma culposa de delinquir como 'crimen culpae', en el artículo 565, que comprende todos los resultados delictivos, de los que el más grave es el índice sancionador de la infracción penal, sin que ello sea obstáculo al castigo de todas las conductas culposas que contribuyan como concausas de los mismos...».

(15) CORDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, pp. 7 a 10.

CAPITULO PRIMERO

Delitos dolosos por omisión

Infanticidio

El Tribunal Supremo admite la posibilidad de cometer el delito de infanticidio por omisión desde el siglo pasado. Así lo reconoce el mismo en sentencia de 3 de junio de 1969 y en sentencia de 24 de febrero de 1978, entre otras. En esta última establece como uno de los criterios de distinción entre el infanticidio y el abandono de niños con resultado de muerte que el primero, a diferencia del segundo, puede cometerse tanto por acción como por omisión. Pero el Tribunal Supremo no habla de infanticidio por omisión aludiendo concretamente a los requisitos de un delito de comisión por omisión hasta la citada sentencia del año 1969. Merecen ser citadas, de todos modos, esas antiguas sentencias en las que el Tribunal Supremo condenó por infanticidio sin exigir una conducta activa encaminada a la causación del resultado.

S. 11 de julio de 1874. En la narración del supuesto de hecho puede leerse cómo la procesada había abandonado a su hijo recién nacido en un corral «con la hemorragia del cordón umbilical y sin prestarle socorro para que se verificase la respiración que era necesaria, causas que produjeron su muerte». Esto, según el Tribunal Supremo, revela la intención decidida de producir la muerte del niño.

S. 8 de mayo de 1877. La procesada había ido a dar a luz a casa de una vecina que prometió ayudarla en el parto. Como ésta se negara, entró en casa de otra vecina, pero la casa estaba vacía. La procesada dio a luz en el retrete dejando allí la criatura, pensando que una desconocida que había entrado en la casa, lo recogería. El bebé bajó por la cañería y murió cuando lo trasladaban al hospital. El Tribunal Supremo aprecia infanticidio con la atenuante de «no haber tenido intención la delincuente de causar un mal de tanta gravedad como el que se produjo».

Sin embargo, sólo cinco meses después, en sentencia de 4 de octubre, exigía el Tribunal Supremo para que pueda calificarse un hecho como infanticidio, que se hayan ejercido actos violentos para matar al niño y castigó por delito de abandono de un niño menor de siete años, puesto que no se ejerció violencia sobre el bebé.

S. 19 de enero de 1921. La madre no ligó el cordón umbilical y el niño murió. El Tribunal Supremo condena a la madre por infanticidio.

S. 20 de mayo de 1929. La madre «para ocultar su deshonra», ocasionó la muerte del niño «abandonándolo a toda clase de cuidados». También aquí condena por delito de infanticidio.

S. 30 de septiembre de 1944. Se trata de un infanticidio cometido por la abuela materna. Es un supuesto complejo, puesto que la abuela, por un lado, cubre al niño con una envoltura para impedirle respirar (conducta activa), y por otro lado, no liga el cordón umbilical (conducta omisiva). El niño murió asfixiado y el Tribunal Supremo condenó por infanticidio, sin hacer referencia a si el delito se cometió por acción o por omisión.

S. 14 de enero de 1946. En su considerando único la sentencia establece que «... la muerte del hijo recién nacido integró el delito de infanticidio definido en los artículos 416 del Código de 1932 y 410 de la Ley de 1942, por concurrir la inequívoca intención homicida según resulta del hecho probado que establece que el niño murió por dos motivos, cuales son: no prestarle los debidos cuidados y tratar de hacerle desaparecer...»; «... a la falta de cuidado debido se une el propósito revelado por la frase 'tratar de hacerlo desaparecer', que significa, más que la mera exposición, el deseo de aniquilamiento...».

S. 15 de enero de 1968. El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 1978, hace referencia a esta sentencia como uno de los casos en los que apreció infanticidio en comisión por omisión. El supuesto, sin embargo, es dudoso puesto que la madre no sólo no prestó al niño los auxilios necesarios, sino que además le tapó la boca y la nariz para impedir que respirara, lo cual es una conducta activa.

S. 3 de junio de 1969. La sentencia es muy interesante ya que es la primera vez que el Tribunal Supremo utiliza la expresión «comisión por omisión» en un caso de infanticidio. El Magistrado Ponente es Angel Escudero del Corral.

El supuesto de hecho es el siguiente: una madre da a luz un niño que nació con vida y al que voluntariamente no prestó cuidado alguno, no ligándole el cordón umbilical y dejándole, con ánimo de quitarle la vida y para evitar su descrédito, entre las ropas de la cama sumergido en materias fecales que le hicieron fallecer por asfixia.

Alude el Tribunal Supremo a lo que constituye el elemento personal del delito: madre como sujeto activo y su hijo recién nacido como sujeto pasivo. Debe existir, además, un elemento subjetivo de lo injusto: *deseo finalista* de la madre de ocultar su deshonra para que no trascienda su deshonra sexual en la proyección social externa. Es necesario, continúa exigiendo el Tribunal Supremo, un *dolo infanticida*. Y en la parte que más nos interesa de la sentencia, dice el Tribunal Supremo que a este resultado puede llegarse tanto por una acción positiva como por una abstención o pasividad determinante del evento, pues resulta posible la comisión por omisión siempre que se apoye en el dolo de matar y en el ánimo inequívocamente finalista de ocultar su deshonra y

a la vez desencadenante del proceso causal ideal que conduce al resultado. Es preciso además, se añade en la sentencia, que dicha inacción signifique la lesión de una obligación de actuar de la madre para con su hijo, un «non facere quod debetur» y que esa inacción equivalga a la acción misma.

El Tribunal Supremo no utiliza la expresión «posición de garante», pero está claro que la exige al hacer referencia a un deber de actuar de la madre y exige, además, que la inacción sea equivalente a la acción. Con la referencia a estos dos requisitos específicos de los delitos de comisión por omisión, el Tribunal Supremo se hace eco de la opinión doctrinal mayoritaria respecto a estos delitos.

S. 15 de noviembre de 1969. El Tribunal Supremo condena por infanticidio a la madre que «no presta a la criatura la asistencia y cuidados más elementales, pues su propósito era deshacerse de ella como fuese». En la sentencia no se hace referencia a ninguno de los requisitos que deban exigirse para poder apreciar la existencia de un delito de comisión por omisión.

S. 15 de noviembre de 1977. El Tribunal Supremo condena a la madre y a la abuela materna que no prestan al niño los cuidados precisos, dejándole morir. La sentencia es interesante porque admite la comisión omisiva del infanticidio, estableciendo las diferencias entre el infanticidio por omisión y el abandono de niños con resultado de muerte.

«El infanticidio, al admitir formas de comisión omisivas, plantea el problema de la diferencia con el abandono de niños con resultado de muerte. Estas diferencias pueden ser:

a) El infanticidio, tanto en su forma activa como omisiva, singularmente si ésta es equivalente a la acción, es un delito de lesión de la vida, mientras que el abandono del recién nacido es un delito de peligro para la vida cuando se hubiera dado lugar a tal riesgo de muerte.

b) La acción del infanticidio en sus dos modalidades, activa y pasiva, es directamente mortífera como lo prueba el verbo nuclear ‘matar’ entendiéndose que al resultado letal puede llegarse tanto por acción *strictu sensu* como por omisiones que la equivalgan sin que en esta última hipótesis la acción esperada se convierta en acción exigida para el sujeto activo en virtud de un deber específico de obrar, sino que basta con el deber genérico de no atentar contra la vida ajena.

c) En la acción infanticida, existe dolo directo de muerte. En la de abandono que luego resulta mortal, el dolo sólo abarca el primer tramo de la acción en que el agente tiene conciencia del peligro concreto desatado por la conducta inicial, de

suerte que la muerte sobrevenida funciona como mera calificación».

Tres puntos concretos nos interesan de esta sentencia. En primer lugar, el Tribunal Supremo admite, de un modo indudable, la posibilidad de que el delito de infanticidio se cometa por omisión. En segundo lugar, exige que en estos supuestos la omisión sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto. Por último, el Tribunal Supremo rechaza de plano la teoría de la posición de garante: considera que no es preciso que el sujeto activo tenga un deber específico de obrar para poderle imputar el resultado por no haberlo impedido; cree que basta con el «deber genérico de no atentar contra la vida ajena». Esta apreciación es errónea puesto que los delitos de comisión por omisión son delitos especiales, sólo pueden ser cometidos por quienes se encuentran en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado. En caso de que el resultado sea de muerte, no puede hacerse responder por ese resultado a todas las personas por entender que a todas ellas va dirigido el mandato implícito en la norma referente a la evitación de la lesión del bien jurídico «vida». Además, en el delito de infanticidio, el campo de los posibles sujetos activos está muy reducido: sólo pueden serlo la madre o la abuela materna.

S. 11 de diciembre de 1984. Con la transcripción de parte de uno de los considerandos de la sentencia quedará clara la apreciación del Tribunal Supremo.

«De la declaración de hechos probados aparece destacado con toda evidencia el dolo directo de muerte impulsado por un móvil *honoris causa* al dejar abandonada a la hija recién nacida después de cortar el cordón umbilical: comisión por omisión que es equivalente a la acción por la seguridad, dadas las condiciones del lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo y dejado en el tejado de un vecino, de que necesariamente habría de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre».

S. 28 de marzo de 1989. El Tribunal Supremo exige expresamente la «posición de garante» en un supuesto de infanticidio por omisión. El magistrado ponente es D. Luis Román Puerta.

En el relato de los hechos probados, se explica cómo la madre, al quedar embarazada de su novio, tuvo una idea fija determinante de su conducta posterior: ocultar el embarazo y las consecuencias del mismo. Consiguió ocultar el embarazo y al llegar el momento del parto, dio a luz sola y dejó abandonada a la criatura que nació viva. No ligó el cordón umbilical y dejó al recién nacido en una bolsa que depositó bajo un barril de madera. La causa esencial de la muerte del niño fue «la

omisión de los debidos cuidados». Pudo probarse que la madre actuó voluntaria y conscientemente.

En la sentencia se admite expresamente la posibilidad de que la conducta de la madre revista la modalidad activa (matar) o la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta en relación a esta última de la *posición de garante* que a la madre corresponde respecto al hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres en el Código Civil.

Parricidio

Los casos en los cuales el Tribunal Supremo ha apreciado parricidio doloso en comisión por omisión, son supuestos de madres que dejan morir a sus hijos por no prestarles los auxilios debidos. No se calificaron de infanticidio bien porque faltaba el elemento subjetivo de lo injusto «ánimo de ocultar la deshonra», o bien porque no entraba el menor, a juicio del Tribunal Supremo, en la categoría de recién nacido.

S. 12 de febrero de 1892. Estas son las consideraciones en las que el Tribunal Supremo basó su decisión: «Relación directa e inmediata de causa voluntaria a efecto natural por ella producido en virtud de medio adecuado (...) es aplicable a la madre que dejando a su hija entre los seis y diez días de su nacimiento sin el socorro alimentario necesario para la subsistencia, le priva voluntariamente de la vida con intencionada infracción de los deberes legales y morales de la maternidad».

S. 30 de noviembre de 1927. Es un supuesto en el que la madre y la abuela materna no atan el cordón umbilical al recién nacido. El Tribunal Supremo las condena por parricidio.

S. 12 de junio de 1957. La madre no ata el cordón umbilical y el niño muere desangrado. El Tribunal Supremo considera que no puede deducirse el «ánimo de ocultar la deshonra» y condena a la madre por parricidio.

S. 30 de septiembre 1978. Ya en los años setenta, el Tribunal Supremo habla de «parricidio en forma omisiva». El supuesto de hecho era el siguiente: La madre corta el cordón umbilical a su hijo, pero no lo liga y deja al niño en la bañera. El niño muere pese a haber nacido perfectamente viable.

Según el Tribunal Supremo «el dolo de muerte aparece afirmado por estos hechos, lo que diferencia a este *parricidio en forma omisiva*

del delito de abandono de niños, siendo éste un delito de peligro y no de resultado».

No aprecia el Tribunal Supremo infanticidio pues no hay móvil de ocultar la deshonra ya que la madre llevaba una «vida de alterne» y de todos era conocida su situación de embarazada.

Un aspecto destacable de la sentencia es que habla del homicidio como un tipo básico, y del parricidio y asesinato, y del infanticidio y aborto, como figuras agravadas y atenuadas del mismo, respectivamente. Incluso alude a que el infanticidio debería considerarse como figura atenuada del parricidio. Esta apreciación resulta contradictoria con la defensa que el Tribunal Supremo mantiene de la figura del parricidio por imprudencia. Las cláusulas generales de la imprudencia sólo deben ponerse en relación con los tipos básicos.

S. 30 de junio de 1988. El Tribunal Supremo condena a la procesada por el delito de parricidio en comisión por omisión en una sentencia muy interesante, en la que se plantean los problemas del dolo en los delitos de omisión. Magistrado Ponente: Enrique Bacigalupo.

De un modo resumido, esos son los hechos probados: La procesada, afectada por una psicopatía de carácter leve, contrajo matrimonio y estableció una relación de familia con su marido y sus dos hijos, nacidos estos últimos de anteriores relaciones con hombres no identificados. Dos años después, cesó la convivencia conyugal y la procesada se quedó con la custodia de los hijos, acudiendo su marido a visitar a los niños de cuando en cuando. La procesada mantuvo posteriormente relaciones con otro hombre, con el que viajaba a menudo, descuidándose por completo de los niños, a los que dejaba solos en sus largas ausencias. En una de ellas, los vecinos advirtieron a la Policía de los gritos de socorro que provenían de la casa de la procesada. Cuando los agentes penetraron en la casa, encontraron a los dos niños encerrados en una habitación: uno de ellos había muerto de inanición y el otro se encontraba en grave estado de desnutrición, quedándole secuelas psíquicas por la horrible experiencia vivida.

El Tribunal Supremo desestima el recurso tendente a que se considerase que la procesada actuó sin dolo con estos argumentos:

«La doctrina científica a puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión la característica básica del 'dolo' es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente»; «... el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa». «En el caso de los delitos de 'comisión por omisión' o delitos impro-

pios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante».

Según el Tribunal Supremo, la procesada tuvo conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, puesto que ella misma encerró a los niños; tuvo también conocimiento de su capacidad de acción y además, tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante. Por todo ello, el Tribunal Supremo no duda en calificar la conducta de la madre de parricidio doloso en comisión por omisión.

Homicidio

En la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo resulta difícil encontrar sentencias en las que se condene por el delito de homicidio doloso cometido por omisión. El Tribunal Supremo se muestra reacio a admitir esta forma de comisión del homicidio. En 1977 aparece el primer caso.

S. 21 de diciembre de 1977.

Magistrado Ponente: D. José Hijas Palacios.

El procesado atropelló con su coche a la víctima, una niña de trece años causándole graves lesiones de las que hubiera tardado en curar noventa días si se le hubiese practicado una difícil operación quirúrgica. Pero el procesado recogió a la víctima y la trasladó a un cobertizo donde la ocultó sin prestarle atención ninguna. La niña sufrió una neumonía que unida a las lesiones determinaron su fallecimiento.

El Tribunal Supremo ve con claridad la existencia de dos delitos. El primero el del atropello, un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Pero posteriormente el procesado «inicia una nueva actividad delictiva distinta de la anterior, porque la víctima estaba ya bajo su exclusivo amparo y protección y cometió un nuevo delito omitiendo toda clase de protección debida (...) con la previsión de un resultado no querido desde el principio pero mantenido después durante quince días (...) lo que quiere decir que el dolo de muerte cubrió y se aceptó en toda la actuación ciertamente recusable del procesado».

Considera el Tribunal Supremo esta comisión por omisión como hecho autónomo que sumado a su acción anterior, forman una «con-causalidad adecuada o una causalidad añadida o reforzada».

El Tribunal Supremo exige que la comisión sea causal del resultado y así, en el considerando segundo de la sentencia establece que «entre la conducta omisiva y la mutación del mundo exterior ha de existir un ligamen o relación de causa-efecto con causalidad eficiente, moral y jurídica que haga al agente que omitió responsable del resultado por ser éste consecuencia natural y adecuada de inactividad subjetiva y objetiva».

En esta sentencia se define la omisión a efectos penales como «manifestación de voluntad mediante la inactividad, con un resultado o cambio en el mundo exterior, unidos por una relación de causalidad aunque sin fuerza motriz que provoque el resultado».

Por otro lado, y aunque el Tribunal Supremo no utiliza la expresión «posición garante», alude a ella cuando habla de que la víctima estaba «bajo su exclusivo amparo y protección».

S. 25 de abril de 1988.

Magistrado Ponente: Enrique Bacigalupo.

Hechos probados: Los dos procesados entran en el bajo de un inmueble en ruinas y descubren a un vagabundo. Tras burlarse de él y pegarle patadas le arrojan por el hueco de un balcón sin barandilla desde el primer piso. Los procesados habían prendido fuego previamente a un colchón con el fin de alumbrarse. Uno de los procesados tira el colchón en llamas por el balcón percatándose de que cae encima del vagabundo, a pesar de lo cual, se dirige hacia la puerta de salida, donde le esperaba el otro procesado. Este, al oír los gritos de la víctima se da cuenta de que el colchón ha caído encima de ella. La víctima, presentaba numerosas contusiones pero falleció a consecuencia de las quemaduras.

El Tribunal Supremo condena al procesado que arrojó el colchón por el balcón, como autor por omisión del delito de homicidio. Según el Tribunal Supremo, es cierto que el procesado no actuó con dolo ni con culpa en la acción de tirar el colchón respecto de la muerte de la víctima, pero lo que se le imputa es «no haber actuado, luego de percatarse de lo sucedido, para evitar que se produjera la muerte del afectado por las quemaduras. No quiso primeramente el resultado pero finalmente lo aceptó».

En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace una interesante enumeración de los requisitos que deben darse en los delitos de omisión impropios, en relación con el supuesto de hecho enjuiciado. En primer lugar, «no cabe duda de que el recurrente creó el peligro antijurídico al arrojar el colchón hacia el lugar en que sabía que se podía encontrar la víctima. Por lo tanto, cuando se percató de que el peligro había tenido comienzo de concreción se encontraba en *posición de garante* fundada

en su hecho anterior y consecuentemente estaba obligado a actuar para impedir el resultado». Está claro que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo fundamenta la posición de garante en el actuar precedente peligroso. En segundo lugar, «tuvo capacidad de acción necesaria para dar cumplimiento al deber emergente de su posición de garante». Y en tercer lugar, «no puede negarse el dolo del omitente cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción»; «... por consiguiente se pone de manifiesto el dolo del omitente cuando éste deja transcurrir los hechos sin actuar conociendo las circunstancias que fundamentan el peligro de producción de la muerte y su posibilidad de evitarlo».

El otro procesado es condenado por homicidio frustrado (arrojarlo desde el balcón).

S. 26 de junio de 1990.

Magistrado Ponente: Gregorio García Ancos.

Hechos probados: El procesado era propietario de una finca rústica de la que desaparecieron unas cabezas de ganado. Para buscar al culpable, solicitó la cooperación de dos amigos suyos. Estos fueron a una población próxima y hablaron con otra persona, inculpándola de los hechos a pesar de que dicha persona lo negaba. Por fin, condujeron a la víctima a la casa del primer procesado y allí le prendieron fuego rociándole previamente con gasolina, y todo eso en presencia del primer procesado que no hizo nada para evitarlo. La víctima murió a consecuencia de las quemaduras.

La sentencia resulta interesante en su totalidad pero analizaré sólo el punto en que el Tribunal Supremo considera al primer procesado culpable de un delito de homicidio por omisión por presenciar la acción sin hacer nada para evitarlo.

La Audiencia le había condenado ya como autor de un delito de homicidio en comisión por omisión. Se recurrió esta sentencia alegando que el Tribunal había hecho una interpretación extensiva del instituto de la comisión por omisión, al no incurrir en el procesado la condición de garante de la víctima, además de que en nuestro Código Penal no existe una cláusula general de equiparación entre hacer y omitir ni tampoco una tipificación expresa de los delitos omisivos. El Tribunal Supremo niega estos argumentos con otros:

a) En nuestro Código Penal sí existe cláusula que equipara acción y omisión en el artículo primero: los dos modos de actuar tienen idéntica categoría comisiva y deben ser valorados de la misma forma.

b) Ante esa cláusula general de equiparación no cabe hablar de que no existen tipos delictivos de carácter omisivo, pues el empleo de la

acción negativa en la realización de un hecho no tiene por qué estar incluida de manera concreta en el precepto definidor de un tipo, ya que se trata de un concepto genérico y debe estar incluido en la parte general, salvo que la omisión constituya la esencia del delito y su único medio comisivo.

En cuanto a la posición de garante, dice el Tribunal Supremo que para que pueda entenderse cometido un delito de comisión por omisión es imprescindible que el sujeto inculcado tenga la cualidad de garante de la víctima, es decir, que esté obligado a evitar la realización del hecho. Según la apreciación del Tribunal Supremo en esta sentencia, las circunstancias que puedan dar lugar a la posición de garante son muy variadas, pero hay dos definitorias: haber creado el peligro que desencadena la acción y haberse desarrollado ésta en su propio domicilio, en su presencia y con proporción de medios a los otros coautores. A la vista de la concurrencia de ambas circunstancias en el supuesto el Tribunal Supremo no tiene dudas en considerar que el inculcado se encuentra en posición de garante respecto del bien jurídico protegido y condena por homicidio por omisión.

El Tribunal Supremo desestima el recurso que pretendía la condena del inculcado por el delito del 338 bis y también el tendente a que se castigara al sujeto por homicidio en grado de complicidad.

S. 8 de julio de 1991.

Magistrado Ponente: Enrique Ruiz Vadillo.

También esta sentencia se hace eco ya de los planteamientos doctrinales sobre los delitos de comisión por omisión.

Los hechos probados son los siguientes: El procesado se hacía pasar por médico sin serlo e incluso había llegado a ser director de una clínica. Se ganó la confianza de una enferma de 84 años de edad que estaba ingresada en dicha clínica y le sustruía dinero. Cuando la anciana se enteró, el procesado se encargó de ella personalmente, suministrándole calmantes y prohibiéndole salir de la clínica y por supuesto, presentar denuncia. Como puede leerse en la sentencia, «... en vez de decidir el tratamiento adecuado, temeroso de que se descubriera su acción, se limita, aceptando que el resultado de muerte se produciría de inmediato, a mantener el estado ya descrito, continuando en la misma actitud...»

Reconoce el Tribunal Supremo que la calificación de la Audiencia de homicidio, aplicando la pena en grado mínimo resulta excesivamente benévola. «...determinación (...) que esta Sala no puede rectificar...».

«En el homicidio, continua la sentencia, cabe la modalidad de realización del tipo penal activa y omisiva, y también, por supuesto, cabe la comisión por omisión, sin problema alguno respecto al principio de legalidad que no se ensancha en absoluto con esta interpretación. El Código se refiere al que matare a otro y, en estos términos, la muerte dolosa puede y debe ser imputada a cualquiera que ponga una condición suficiente para producirla. Lo importante es que se llegue, por una vía correcta, a la inferencia del 'animus necandi' que en este caso aparece especialmente probado...»

«La doctrina científica se refiere, al tratar del delito llevado a cabo mediante la modalidad de comisión por omisión, a que el sujeto estuviera en condiciones de evitar el resultado y que ocupara la llamada posición del garante, es decir, que hubiera en el sujeto activo una obligación de actuar para evitar el resultado lesivo o, como en este caso, letal».

En el párrafo siguiente la apreciación del Tribunal Supremo resulta confusa. «... Y este actuar ni siquiera es de los que han de subsumirse en la modalidad de comisión por omisión, sino que alcanza una expresión específica omisiva, porque se trata de un actuar entre activo y omisivo, según las circunstancias, conjugando directamente el verbo del delito porque él sabe que eliminando toda ingesta vitamínica y prescribiendo fármacos como los que han quedado reflejados anteriormente, el resultado de muerte se produciría fatal e inmediatamente. Lo sabe y lo quiere y, de esta manera, la calificación de homicidio no ofrece ninguna duda».

S. 13 de julio de 1991.

Ponente: Moner Muñoz.

Los hechos probados son estos: Los procesados, uno de ellos el recurrente, golpearon repetidamente a la víctima durante largo tiempo. Tanto los procesados como la víctima se encontraban bajo la influencia de la ingestión de alcohol, pero esto no les privaba de su capacidad de conocimiento y voluntad. Después, los procesados abandonaron a la víctima y ésta murió posteriormente. El frío agravó la situación.

La Audiencia había condenado al recurrente por un delito consumado de homicidio. El procesado considera, en cambio, que los hechos fueron constitutivos del delito de lesiones. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Cree que aunque la agresión no tuviera la entidad suficiente como para producir la muerte, debe condenarse al procesado por el delito de homicidio por no intentar evitar la muerte después del ataque. Se apoya en la teoría de la posición de garante: «... en todo caso, una vez que los propios procesados habían creado

una situación tan gravosa para la víctima, se convirtieron en posición de garantes para obviar el resultado dañoso que pudiera producirse, y al no evitar aquél, son autores en comisión por omisión del fallecimiento posterior de la persona a la que previamente habían inferido múltiples golpes, que normalmente debieron producir su muerte, a lo que coadyuvaron las circunstancias ambientales, sin que los procesados hicieran nada por intentar reducir los riesgos que debían haber previsto».

Falsedades y estafas

Aunque con carácter excepcional, el Tribunal Supremo ha castigado por los delitos de falsedades y estafas cometidos por omisión. Estas son las sentencias.

S. 13 de junio de 1951. Se trata de un inspector que extendió el acta sin recoger las irregularidades registradas en el curso de la inspección. La omisión de recoger las irregularidades hace que el Tribunal Supremo considere la comisión por omisión del delito de falsedad. Reconoce el Tribunal Supremo que «el delito de falsedad puede realizarse también por omisión».

S. 4 de octubre de 1974. Este es, en resumen, el supuesto de hecho: Se vende una finca con casa de labores y en la escrituras no se hace constar la existencia de un derecho de arrendamiento sobre la primera planta de dicha casa.

Según el Tribunal Supremo «se puede faltar esencialmente a la verdad mediante omisión de extremos fundamentales en escritura pública, dando así lugar a una falsedad ideológica en comisión por omisión».

Y estos son los casos en los que el Tribunal Supremo considera que hay delito de estafa por omisión:

S. 10 de noviembre de 1978. La estafa se llevó a cabo librando letras de cambio como medio de pago, letras que no se pagaron al vencimiento ni, por supuesto, más tarde.

Esta es la argumentación del Tribunal Supremo: «La estafa por omisión no es muchas veces tal, sino una verdadera estafa activa en la que el silencio o encubrimiento de la verdad se conecta con una acción anterior llamada 'concluyente', por la que el sujeto activo simula una prestación contractual que no puede llevar a cabo, de modo que la otra parte se despoje de un bien patrimonial inducida por la falsa creencia

de estar llevando a cabo un verdadero acto de tráfico civil o mercantil».

S. 27 de noviembre de 1990.

Magistrado Ponente: Manuel García Miguel.

El procesado vendió una finca con pacto de reserva de dominio. En la escritura de compra-venta no hace el vendedor ninguna mención a la existencia de una hipoteca constituida sobre esa finca.

Es el tercer fundamento de derecho el que nos interesa. «Doctrinalmente ha sido discutida la posibilidad de cometer la estafa por omisión, existiendo un sector doctrinal que entiende que la maniobra engañosa ha de ir acompañada de comportamientos activos y que los supuestos de omisión deben quedar relegados al ámbito civil por el menor desvalor que representa la Acción. Este Tribunal ha admitido la modalidad omisiva cuando se silencian o se ocultan circunstancias existentes en el momento de la contratación que debieron ser puestas en conocimiento de la parte contratante (...) aunque quizá debiera restringirse la posibilidad de la comisión por omisión a aquellos supuestos en que el enajenante (...) tenga un especial deber de eliminar el error en que la otra parte pudiera incurrir por la inactividad suya, como sucede en este supuesto».

El Tribunal Supremo admite expresamente la posibilidad de cometer la estafa por omisión y, como precedente, hace referencia a las sentencias de 25 de septiembre de 1970 y de 22 de enero de 1975. En esas sentencias se enjuician supuestos de obtención de créditos o realización de ventas ocultando una situación de insolvencia. En ambos casos el Tribunal Supremo consideró que se daba el delito de estafa pero ciertamente en ninguno de los dos habla de «estafa por omisión». Los números de Aranzadi de esas sentencias son el 3568 y el 177, respectivamente. Hasta la sentencia del año 1978, anteriormente citada, no hay referencia al tema de la estafa por omisión.

S. 17 de septiembre de 1990.

Magistrado Ponente: J. Delgado García.

El Tribunal Supremo se plantea la posibilidad de admitir la comisión por omisión del delito de estafa.

Se trataba del siguiente supuesto de hecho: El procesado compró una empresa y manifestó a la entidad vendedora una carencia temporal de numerario. Dio una relación de bienes que le avalaban sin hacer referencia a que estos bienes no eran sólo suyos, sino que existía una co-propiedad y ocultó además una deuda superior a 100 millones de pesetas. Fingió una solvencia que hizo incurrir en error a la entidad que le

vendió la empresa, entidad que no hubiera realizado el negocio de haber conocido la verdad.

Según el Tribunal Supremo «esto plantea el problema de si es posible cometer por omisión un delito como la estafa en el cual, al describirse el tipo, se concreta una modalidad de comportamiento activo que se define como ‘engaño bastante para producir error en otro’». «Hay que decir que la actuación del procesado fue de carácter complejo (...), pues aparentó una solvencia suficiente con la relación de bienes que presentó (conducta activa), ocultando la realidad de las importantes deudas que gravaban su patrimonio (conducta omisiva)».

«Lo cierto es, continúa el Tribunal Supremo, que este problema en el fondo es una cuestión de relación de causalidad o, si se prefiere, de imputación objetiva, consistente en determinar si la verdadera causa del error padecido por quien realizó el acto de disposición es o no el antes referido comportamiento global del acusado, o si, por el contrario, radica en una negligencia o desidia de la víctima, quien debió investigar la verdadera situación patrimonial del comprador».

El Tribunal Supremo concluye que en cualquier caso, aunque hubiera habido negligencia de la víctima, «el delito habrá existido, pues ello no podría impedir la imputación del hecho a quien obró con mendacidad faltando a la verdad al simular una situación de solvencia de la que carecía».

Aunque se condena por el delito de estafa y la sentencia plantea la posibilidad de que sea por omisión, el Tribunal Supremo no examina a fondo el asunto. Lleva a cabo un planteamiento del problema, pero no se pronuncia con firmeza sobre la postura que adopta al respecto.

Auxilio e inducción al suicidio

El Tribunal Supremo sostiene la tesis de la posibilidad de admitir la comisión por omisión del delito de auxilio e inducción al suicidio en tres sentencias.

S. 26 de marzo de 1916. Supuesto de hecho: Un hombre y una mujer se ponen de acuerdo para suicidarse. Para ello eligen un lugar adecuado. El estaba presente cuando ella escribía la carta despidiéndose de sus padres y cuando por fin se suicidó disparándose a la cabeza.

El Tribunal Supremo condena a él por auxilio al suicidio con estos argumentos:

«...es sin duda un acto de auxilio, ya que una determinación de esa naturaleza exige resolución y entereza que se afirman y acentúan desde el momento en que, nacida en el ánimo de una

persona, encuentran acogida en otra que, al secundarlas, da a la primera valor y energía superiores...»

«... el hecho de llevar a ella a esa casa, de presenciarse cómo escribía la carta y cómo se disparaba sin que él, que asistía impasible a esos actos, no tratase en ninguna forma de impedirlo o evitarlo, es una omisión de elementales deberes, con la cual de modo eficaz auxilió a ella en la realización de su propósito que, en otro caso, no hubiera podido llevar a efecto en esa forma, por todo lo que, si se atiende a que hubo auxilio moral, auxilio material activo y auxilio material pasivo, procede declarar que tales hechos constituyen el delito antes mencionado».

Se trata de un supuesto complejo, puesto que el procesado omitió: «asistía impasible a esos actos», pero también actuó: «el hecho de llevar a ella a esa casa», por ejemplo. El Tribunal Supremo, además, no habla de que, en el caso concreto, el delito se cometiese por omisión. Tampoco hace referencia a la posición de garante del inculpaado respecto del bien jurídico lesionado, pero sí menciona la «omisión de elementales deberes» por parte del procesado, lo que podría servir para fundamentar la posición de garante del mismo en caso de que el Tribunal Supremo se refiriese a deberes jurídicos y no sólo morales.

S. 8 de noviembre de 1961. Exige el Tribunal Supremo que se dé en el procesado la posición de garante para poder castigarle por el delito de auxilio e inducción al suicidio por omisión, ello a pesar de que no utilice el término «posición de garante». Se establece en la sentencia que al marido de la víctima se le debe condenar por dicho delito, mientras que a otras personas (que no se encontraran en posición de garante), se les condenaría por el delito de omisión del deber de socorro.

El marido ve cómo su mujer traga sulfumán con el ánimo de suicidarse y no hace nada para evitar las fatales consecuencias.

Estas son las consideraciones del Tribunal Supremo: «La muerte de una persona a la que antecede determinada actuación de su cónyuge no constituye parricidio doloso (...) ha de calificarse con arreglo a las categorías delictivas de nuestro Código y hallándose obligada cualquier persona so pena de incurrir en el delito de omisión del deber de socorro y más determinadamente el marido, a prestar asistencia a quien se encuentra en la situación de la suicida, la inactividad, aunque no estuviera animada del propósito de ver ocasionada la muerte y ésta fuera iniciada de mano de la propia moribunda, constituye un acto de omisión de socorro; mas como fue seguido del dolo del marido, manifestado por actos exteriores de dificultar la labor de auxilio a su mujer, es una omisión de socorro que alcanza el deseo de que se produzca la muerte y en el curso del proceso mortal ya iniciado por mano y voluntad aje-

nas y después desistido, coopera por su inasistencia a partir del momento en que su hijo marcha a avisar al médico»; «... se aplica el 409: prestación de auxilio al suicida aun habiendo desistido el matador de sí mismo de su resolución de privarse de la vida».

S. 15 de diciembre de 1977. Aunque en esta sentencia el Tribunal Supremo condenó por homicidio-suicidio u homicidio consentido por acción, resulta interesante para el estudio del tema que nos ocupa, puesto que en ella el Tribunal se ratifica en su posición de admisión de la posibilidad de apreciar la comisión por omisión del delito de auxilio e inducción al suicidio.

Se trata de dos amantes que desean quitarse la vida y realizan con ese fin acciones paralelas: inyectarse un veneno. El sobrevive e inyecta él mismo el veneno a su amante, que muere.

Este es el Considerando de la sentencia que nos interesa: «El 409 castiga la inducción y auxilio al suicidio que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesoria y *tanto activa como pasiva*, que requiere el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas pero también a móviles abyectos». «El 409 castiga también el auxilio al suicidio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte llamado homicidio-suicidio, homicidio consentido, homicidio consensual, auxilio ejecutivo al suicidio o finalmente homicidio concertado con la víctima que desea morir (...) que requiere por parte del auxiliador una ejecución activa y material».

En conclusión, el Tribunal Supremo admite el auxilio e inducción al suicidio por omisión pero no el homicidio-suicidio por omisión.

CAPITULO SEGUNDO

Delitos imprudentes por omisión

En todos los delitos culposos el autor no debe haber observado el cuidado objetivamente debido, debe haber *omitido* la observación de ese cuidado. Pero esta omisión, que existe en todos los delitos culposos, tanto si se han cometido por acción como por omisión, no debe confundirse con la *omisión entendida como no-acción*; ésta sólo puede (y debe) darse en los delitos imprudentes por omisión y es independientemente de la inobsevancia del cuidado objetivamente debido.

La distinción anteriormente citada es obvia. Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo resultan confusas en este sentido ya que, aun tratándose de supuestos de delitos imprudentes en comisión por omisión, cuando el Tribunal Supremo utiliza el término «omisión»

se refiere a omisión del cuidado objetivamente debido y no a omisión de acción.

Por otro lado, el Tribunal Supremo no da un tratamiento diferenciado a los delitos culposos por omisión respecto a los cometidos por acción salvo en algunas sentencias muy recientes, las cuales representan una mínima parte dentro de las numerosísimas sentencias referidas al tema.

Lo expuesto en los párrafos anteriores puede dar una idea de lo difícil que resulta descifrar la verdadera intención del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias; cuál era exactamente su opinión respecto al caso concreto. Su planteamiento es sencillo, pues para apreciar «imprudencia punible», exige: una acción u omisión negligente, un resultado tipificado como delito y relación de causalidad entre acción u omisión y resultado. De aquí sólo puede extraerse la conclusión de que el Tribunal Supremo acepta la comisión por omisión culposa en innumerables ocasiones, aunque en esas sentencias no entre a analizar los planteamientos dogmáticos, sobre el tema. Cabe decir en su descargo que tampoco la Doctrina española ha profundizado excesivamente en el estudio de los delitos culposos en comisión por omisión y esto a pesar de que los delitos imprudentes, ya se cometan por acción o por omisión, son mucho más frecuentes en la vida real que los dolosos.

Y ya sin más preámbulos paso a analizar esos «casos» o «supuestos» que se repiten constantemente, en los que el Tribunal Supremo condena por delitos imprudentes a quienes se abstuvieron, sin dolo, de realizar una acción que debían haber llevado a cabo.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) del guardabarreras

Son muy frecuentes en nuestra jurisprudencia las sentencias que castigan a los guardabarreras que, por no bajar la barrera del paso a nivel que estaba a su cargo, no impiden la colisión entre el tren y un vehículo que atravesaba la vía en ese momento. También es un caso citado por la doctrina con asiduidad como prototipo de delito de comisión por omisión por imprudencia. El guardabarreras asume voluntariamente una obligación de vigilancia en virtud de un contrato y por ello se sitúa en posición de garantía de los bienes jurídicos que puedan resultar dañados por su conducta negligente. Pero el Tribunal Supremo no apoya sus decisiones en la teoría de la posición de garante hasta sentencias recientes.

Los resultados, obviamente, son variados: unas veces se producen daños, otras lesiones y otras veces el resultado es de muerte. El Tribu-

nal Supremo castiga por delitos de imprudencia temeraria, imprudencia simple o falta, dependiendo de la gravedad de la negligencia, con resultado de daños, muerte, lesiones o varios de estos resultados según los casos. Castiga por un sólo delito de imprudencia con estos resultados.

S. 8 de abril de 1929. El conductor de un automóvil murió al ser arrollado por el tren. El Tribunal Supremo condenó al guardabarreras por imprudencia simple con infracción de reglamentos, por no haber cerrado la barrera como era su obligación. El término «omisión» que se utiliza en esta sentencia se refiere a la omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido: «... imprudente omisión del deber...».

Muy similar es la argumentación de las sentencias de 27 de junio de 1932, 22 de septiembre de 1934 y 16 de octubre de 1946.

S. 5 de julio de 1948. El procesado no cerró como era su deber el paso a nivel. En su tercer considerando la sentencia habla de «relación causa-efecto entre su notorio descuido y el mal que su negligencia ocasionó». La relación de causalidad entre omisión y resultado es exigida una vez más por el Tribunal Supremo sin reparos.

También la sentencia de 8 de mayo de 1952, examina un caso de guardabarreras.

S. 22 de junio de 1962. El guarda permaneció en el interior de la casilla a pesar de haber recibido el anuncio del paso de un tren. Cuando observó que un camión coincidía con el tren, se apresuró a cerrar la barrera, pero era demasiado tarde. El Tribunal Supremo le condena por imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones.

Otras sentencias que enjuician hechos similares en la década de los 60 son:

Sentencias de 21 de octubre de 1962 (imprudencia temeraria con resultado de daños y muerte), 25 de abril de 1964 (imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones), 25 de mayo de 1964 (imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de daños), 14 de octubre de 1964 (imprudencia temeraria con resultado de daños y lesiones), 3 de julio de 1965 (falta de imprudencia, puesto que el procesado no acude con la rapidez necesaria y consigue cerrar sólo una parte de la barrera), 19 de octubre de 1967 (imprudencia simple con resultado de muerte y daños), 20 de diciembre de 1967 (imprudencia temeraria con resultado de daños, por no cerrar el paso a nivel «confiando en un indeterminado retraso horario»), 3 de mayo de 1968 (imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones y daños), 11 de mayo de 1968 (imprudencia temeraria con resultado de muerte y da-

ños, delito en el que incurre el factor de circulación por no cambiar las agujas cuando debía hacerlo) y otras.

S. 14 de junio de 1969. El Tribunal Supremo condena al procesado por el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte y daños. En esta sentencia se hace mención a ese especial deber de vigilancia que incumbe a los guardias de vías en virtud de contrato, aunque no exige todavía posición de garante.

Así, según el Tribunal Supremo, «existe responsabilidad en el jefe de Sección de Instalaciones fijas de la Renfe que, *teniendo a su cargo el cuidado y conservación del tramo de vía correspondiente*, permite que un paso a nivel presente los carriles de ferrocarril sobresaliendo de 8 a 10 cms. sobre el terreno, presentándose como un peligroso obstáculo para la circulación».

Ya en la década de los 70, sentencias de 23 de febrero de 1970 (imprudencia temeraria con resultado de daños), 4 de diciembre de 1970 (imprudencia temeraria con resultado de muerte), 1 de julio de 1971 (imprudencia temeraria en relación con los artículos 407 y 420), 3 de febrero de 1972 (imprudencia temeraria en relación con el artículo 407 y lo mismo en sentencia de 27 de octubre de 1972).

S. 2 de marzo de 1977. El Tribunal Supremo aprecia la comisión del procesado del delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones y daños. La sentencia hace referencia a la especial posición del que asume un deber «voluntaria y contractualmente», pero no lo enfoca en el sentido de fundamentar una posición de garante, sino en el sentido de que la imprudencia se convierta en temeraria por incumplimiento de ese deber; «... resulta indudable que la reprochabilidad de la conducta de éste (del agente) será más grave en cuanto que el deber de actuar omitido haya sido asumido voluntaria y contractualmente, porque en tales casos a la obligación social genérica de comportarse correctamente con arreglo a las exigencias legales o consuetudinarias, se suma la aceptada contractualmente que le impone otras concretas y específicas que agravan su responsabilidad convirtiendo casi siempre su culpa en temeraria...».

S. 13 de junio de 1981.

Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez.

Por fin sigue el Tribunal Supremo la teoría de la posición de garante en esta sentencia.

El Tribunal Supremo considera que el procesado incurrió en un delito de imprudencia temeraria en comisión por omisión. Según los hechos probados, una compañía de ferrocarriles transfirió al procesado la

custodia de un paso a nivel sin guarda, «recibiendo a tal fin, las llaves de los candados de las cadenas que cierran el mismo, y asumiendo a partir de dicha fecha las responsabilidades que pudieran derivarse a consecuencia de los accidentes que por cualquier motivo pudieran producirse...». El Tribunal Supremo considera acertadamente que el procesado asumió, así contractualmente, la posición de garante, «que imponía a éste el deber de adoptar las precauciones necesarias para impedir el luctuoso resultado...». El procesado no cerró la vía en las horas en que pasaban los trenes para evitar colisiones e «incurrió en una imprudencia o negligencia grave o temeraria que realiza o integra el tipo penal contemplado en el art. 565, n.º 1.º, construido como un delito de comisión por omisión...».

A continuación, el Tribunal Supremo señala qué requisitos deben darse para poder apreciar un delito de comisión por omisión imprudente:

- «1) Que la omisión sea condición negativa del resultado.
- 2) Que tal condición aparezca como suficiente en caso de haberse cumplido, para impedir el resultado o sea que la acción jurídicamente esperada no puede ser imaginada hipotéticamente como existente, sin que deje de desaparecer el resultado en su manifestación concreta, y 3) Que tal omisión tenga lugar hallándose o encontrándose el sujeto imputado en posición de responsable, en este caso por ingerencia o garantía, ya que la equiparación de la omisión con el hacer activo tiene su base en una especial situación de deber jurídico de impedir el resultado...».

Según el Tribunal Supremo, en el caso se dan estos elementos: a) Omisión que aparece como condición negativa y b) Esta omisión significa una grave infracción del deber de cuidado. Insiste el Tribunal Supremo en la relación de causalidad «innegable y predominante» que se da entre omisión y resultado, puesto que de haberse bajado las barreras, el automóvil en el que viajaban las víctimas no hubiese penetrado en la vía y no se hubiera producido el accidente.

No se encuentra ninguna argumentación interesante en sentencias de 22 de abril de 1982 y 26 de marzo de 1990, también referidas a casos de guardabarreras.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) del encargado de línea eléctrica

También los encargados de conservación de líneas eléctricas asumen una obligación contractual que les hace incurrir en responsabilidad en caso de que, por su conducta negligente, resulte dañado un bien

jurídico de los que estaban bajo su ámbito de protección. Esa conducta negligente puede consistir en una acción o en una omisión.

S. 26 de enero de 1910. El Tribunal Supremo condena por el delito de homicidio por imprudencia.

«No habiendo el procesado cortado la corriente eléctrica al serle avisado de hallarse sobre la carretera un hilo de teléfono que produjo la muerte del interfecto, incurrió en la responsabilidad de autor de Homicidio por imprudencia con infracción de reglamentos». El procesado no actuó, no llevó a cabo una acción tendente a evitar el resultado. Tampoco hubo observancia del cuidado objetivamente debido.

S. 28 de diciembre de 1927. Este es el supuesto de hecho: Como consecuencia del mal estado de un cable de fluido eléctrico, se produjo una ruptura que causó la muerte a dos personas y lesiones a otras dos. Se hace responsable de este resultado al encargado de conservación de la línea eléctrica por omitir la oportuna reparación del cable.

S. 6 de febrero de 1948. El Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones al encargado de vigilar la instalación de unos cables eléctricos. Los obreros dejaron un cable suelto y un niño se electrocutó.

Otras sentencias que enjuiciaron casos muy similares a los anteriores y que el Tribunal Supremo resolvió también de un modo similar son: sentencias de 15 de marzo de 1948, 9 de mayo de 1951 y 20 de diciembre de 1955, entre otras.

Tampoco en las sentencias de los años 60 relativas al tema, se observan modificaciones sustanciales en las argumentaciones del Tribunal Supremo. Pueden verse, en este sentido, las sentencias de 20 de diciembre de 1961, 25 de octubre de 1962, 17 de diciembre de 1962, 16 de abril de 1963, 2 de abril de 1964, 26 de junio de 1964, 5 de noviembre de 1964, 29 de mayo de 1965, 3 de junio de 1965, 10 de febrero de 1967, 12 de mayo de 1967, 12 de diciembre de 1967; 16 de mayo de 1968 y 28 de junio de 1968.

En la década de los 70, el Tribunal Supremo hizo referencia en alguna ocasión a esa «omisión» que «causa» el resultado.

S. 10 de junio de 1972. El dueño de una línea telefónica particular, «... debió mantenerla en condiciones de que no supusiera un peligro para nadie. Mas como mantuvo los hilos sin condiciones de seguridad (...) se produce un desprendimiento por abandono, quedando así perfilado el primer requisito de la imprudencia: *omisión voluntaria, no maliciosa*. El desprendimiento hace que se cruce con una línea eléctrica, manteniendo esta situación de inminente peligro durante varios días sin adoptar como propietario medida alguna para evitar los males en po-

tencia, siendo totalmente previsible, evitable y presumible que el paso por tal pasaje podría resultar fatal».

Resalta la sentencia el hecho de que el omitente sea «propietario» de la línea eléctrica, lo que le hace asumir un especial deber de vigilancia del buen estado de la misma.

S. 14 de noviembre de 1972. El Tribunal Supremo hace referencia a la relación de causalidad que exige entre omisión y resultado en todos los delitos culposos, dando idéntico tratamiento a la comisión de los mismos por omisión que a su comisión mediante un comportamiento activo.

«La descarga eléctrica que determinó la muerte de un obrero se debió al deficiente estado de la instalación eléctrica que daba fuerza y luz a los aparatos con que trabajaba éste, con lo que queda establecida la relación causal y la imprudente conducta del procesado (...), que aun conociendo esas deficiencias omitió las precauciones elementales de seguridad que hubiesen evitado el fallecimiento».

S. 30 de junio de 1976. Incurrir en el delito de imprudencia temeraria el encargado de una línea de conducción de electricidad que deja que un obrero suba a un poste a realizar una conexión y recibe una descarga eléctrica. El procesado no había tomado precaución ninguna; «... ni siquiera se cercioró de que la corriente estaba cortada, creando por su pasiva inactividad e inepto comportamiento, una situación determinante 'per se' de peligro cierto, causante del luctuoso suceso». El resultado fue la muerte del obrero, por lo que la imprudencia temeraria se pone en relación con el artículo 407.

S. 19 de junio de 1978. También en esta sentencia se hace mención a que «El procesado, dándose cuenta del peligro (...), omitió tomar las precauciones específicamente necesarias, todo lo cual tipifica la imprudencia grave en que incurrió el procesado». El verbo «omitir» utilizado en esta sentencia, resulta ambiguo; puede hacer referencia tanto a omisión como a no-acción, como a no observancia del cuidado objetivamente debido.

Otras sentencias de los años 70 menos interesantes son las de 10 de noviembre de 1970, 17 de diciembre de 1974, 3 de noviembre de 1976 y 3 de diciembre de 1979, entre otras.

S. 17 de febrero de 1982. Esta sentencia merece una especial atención, pues no sólo habla de comisión por omisión, sino que exige, además, que se dé en el autor la posición de garante como fundamento de su deber actual.

Según el criterio fáctico, el procesado, que desempeñaba el cargo de Jefe de Distrito de Hidroeléctrica Española, S.A., recibió una carta

del señor G.C. en la que éste le notificaba que los cables de una línea de conducción eléctrica de alta tensión, cruzaban por encima de una granja de su propiedad a menor altura que la establecida reglamentariamente, lo que representaba un grave peligro para obreros, animales y piensos. A pesar de haber recibido esa carta, el procesado no adoptó ninguna clase de medida de precaución.

En vista de estos hechos, el Tribunal Supremo considera que: «El procesado omitió los más elementales deberes de cuidado que venía obligado a observar para evitar los males que podrían derivarse de tal situación, siendo perfectamente previsibles para él dada su profesión de técnico de electricidad, por lo que su conducta debería calificarse de imprudencia temeraria grave, sobre todo si además se tiene en cuenta su *posición de garante*, asumida por el recurrente en la zona donde se produjo el accidente que tenía como fuente el contrato pactado con la compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado, comunicando todas las anomalías del tendido (...) cosa que no hizo (...) a pesar de la carta que le fue escrita, por lo cual, su inexplicable y antijurídica *inacción u omisión impropia* (ya que dada la posición de garante tenía el deber de actuar) que se hallaba en relación causal con el accidente (pues de haber actuado como se esperaba se hubiera evitado éste) no puede ser atribuida a ignorancia de la situación, que de haber sido diligente hubiera conocido ya, por razón de su empleo, sin necesidad de carta, sino a una actitud de frialdad e indiferencia hacia lo que podía ocurrir, lindante con el dolo eventual...».

El Tribunal Supremo hace referencia a la negligencia grave que se da en el caso concreto o inobservancia del cuidado objetivamente debido, a la no realización de una acción que podía y debía haberse realizado, dada la posición de garante del procesado que asumió mediante contrato, y por último se refiere también, una vez más, a la relación de causalidad entre omisión y resultado, que el Tribunal Supremo ampara en la idea de que, de haberse llevado a cabo la acción omitida —esperada—, se hubiera evitado el resultado. Con la mención a estos requisitos, el Tribunal Supremo sigue la argumentación de la doctrina mayoritaria respecto al tema «delitos de comisión por omisión».

También en los años noventa, el Tribunal Supremo se ha encargado de enjuiciar supuestos similares, si bien no ha sido tan explícito en estas sentencias como en la de 1982. A modo de ejemplo, trata el tema de vigilantes de la seguridad de líneas eléctricas, en sentencias de 5 de julio de 1990 y 22 de diciembre de 1990. En la primera de ellas se trataba del Director Técnico y del Capataz de un tendido eléctrico que no cumplen sus obligaciones de control y vigilancia de medidas de seguridad, con el resultado de la muerte por electrocución de un obrero.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) de directores de obras, aparejadores, arquitectos.

Son muy numerosos en la vida cotidiana los supuestos en los que, como consecuencia de una conducta negligente del aparejador, arquitecto, etc., de una obra, se producen resultados lesivos a bienes jurídicos muy variados. Cuando se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre supuestos de este tipo y su sentencia ha sido condenatoria, sus argumentos no son diferentes, según se haya cometido el hecho por acción o por omisión. De esta observación puede inferirse que nuestro Tribunal Supremo ha admitido siempre la comisión por omisión de delitos de homicidio, lesiones y/o daños, todos ellos por imprudencia o, como el mismo Tribunal Supremo diría, la comisión por omisión de delitos imprudentes (sea la imprudencia temeraria, simple —con o sin infracción de reglamentos—) y también faltas imprudentes, con resultado de muerte, lesiones y/o daños, condenando por estos delitos o faltas a los directores de obras negligentes. Pero tampoco en estos casos se encuentra una expresa mención a la comisión por omisión hasta los años setenta. Estas sentencias darán idea de la evolución jurisprudencial al respecto.

S. 28 de septiembre de 1887. Estos fueron los hechos: El director de una obra que consistía en reformar la fachada de una casa, no dispuso la colocación de andamios con su tabla vertical ni la de avisos reglamentarios para indicar peligro y prohibición de pasar por allí, «... siendo tales omisiones causa determinante de que la caída de la palanqueta ocasionase la muerte de un transeúnte». En esta «relación de causalidad» y en la afirmación de que «lo mismo se delinque por acción que por omisión», fundamenta el Tribunal Supremo la responsabilidad del director de la obra.

S. 5 de julio de 1927. El contratista de una obra, omitió el deber de colocar una valla que rodease aquella, infringiendo las Ordenanzas Municipales que así lo estipulaban. Un tablón cayó al suelo y lesionó a un transeúnte, ocasionándole la muerte posterior. El Tribunal Supremo considera que el contratista incurre en el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte.

S. 8 de mayo de 1952. Considera el Tribunal Supremo que cometió el delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones el contratista de una obra por no haber contratado un aparejador que dispusiera la buena colocación de los materiales. Se produjo el derrumbamiento del edificio con los resultados mencionados.

S. 14 de mayo de 1955. Por el mismo delito que en la sentencia citada anteriormente, se condena al contratista de una obra por no hacer las reparaciones necesarias en un edificio en construcción, que finalmente se derrumbó. Muy similar a ésta es la sentencia de 6 de julio de 1955.

Ya en los años sesenta,

S. 29 de abril de 1960, El Capataz y el Encargado de obra tenían en casi completo abandono la dirección de la misma, «... incurriendo en negligencia en el cumplimiento de sus deberes sin vigilar ni visitar la obra aun conscientes del peligro...». Se produjo un derrumbamiento y el Tribunal Supremo les condenó por el delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones graves.

S. 16 de noviembre de 1960. El Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones y muerte, a un arquitecto por no cumplir con su obligación de vigilancia.

S. 20 de mayo de 1961. En esta sentencia pueden encontrarse ya algunos datos de interés. En uno de los considerandos se dice que: «La causa originaria del accidente que costó la vida a un obrero, ha dimanado de no haber observado el procesado, como contratista de una obra, las preocupaciones más elementales para evitar el riesgo que el ejercicio del trabajo a que la víctima se dedicaba pudiera ocasionarle en su vida, ya que trabajando bajo una línea de alta tensión, no fue avisado por el empresario del grave peligro que corría (...) y como esta omisión del procesado acarreó un mal a un productor a sus órdenes (...) es notorio que el daño se ha producido por un acto de negligencia imputable a quien estaba obligado a evitarlo como empresario...». Se hace referencia a la concreta omisión del procesado, así como a la relación de éste con la víctima (empresario-productor a sus órdenes), que coloca a aquél en una especial situación de protección de su empleado. Puede decirse que se exige ya, aunque todavía no expresamente, una especial situación del procesado para poder fundamentar su responsabilidad a título de comisión por omisión.

S. 31 de marzo de 1962. En ella el Tribunal Supremo considera que el contratista de una obra incurrió en el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte. «La construcción de andamios, argumenta el Tribunal Supremo, sin barandillas ni medidas de seguridad es constitutiva de imprudencia en cuanto que voluntariamente se crea una situación de peligro para los que trabajan en esas condiciones (...), cosa que no podía pasar inadvertida al procesado por su profesión de contratista de obras que necesariamente debió prever esos peligros». La referencia de esta sentencia a la «creación de

una situación de peligro» por la no adopción de medidas de seguridad, podría ser interesante si el Tribunal Supremo hubiese fundado en ella la responsabilidad del contratista a título de comisión por omisión, pero pierde su interés al emplearla exclusivamente para catalogar de imprudente la conducta del contratista.

También se hacen responsables a capataces, arquitectos, contratistas, etc., por la no adopción imprudente de medidas de seguridad y vigilancia en sentencias de 2 de abril de 1962, 23 de junio de 1962, 3 de diciembre de 1962, 14 de enero de 1963, 8 de febrero de 1963, 23 de octubre de 1963 (en la que hace mención expresa de la relación de causalidad entre omisión y resultado), y sentencia de 4 de diciembre de 1963.

S. 24 de febrero de 1964. En esta sentencia el Tribunal Supremo (Ponente, Quintano Ripollés), admite la figura del cooperador pasivo.

Se considera autor de imprudencia en su grado máximo de temeridad (y resultado de muerte) al dueño de una obra y única persona de la que el oficial albañil acataba órdenes, que pese a haber sido advertido por el Arquitecto de su deficiente gestión en la dirección, con el consiguiente peligro para los obreros, no obró en consecuencia por lo que incurrió en culpa consciente y como consecuencia de esta omisión se produjo un hundimiento. El Tribunal Supremo considera al *Aparejador cooperador omisivo* por no actuar, pese a constarle la incompetencia del dueño de la obra. Alude la sentencia a la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones y el resultado. El Tribunal Supremo admite la participación en un delito de omisión (no con carácter general, sino sólo en esta sentencia). No resulta fácil, sin embargo, defender la posibilidad de que haya partícipes en los delitos de omisión. Antes bien, es más correcto pensar que todo el que omita la acción debe considerarse autor.

Hasta los años setenta no se encuentra ninguna sentencia merecedora de mención especial, aunque hasta entonces el Tribunal Supremo dicte sentencia sobre casos similares en numerosas ocasiones. Así, entre otras, pueden verse al respecto: sentencias de 18 de abril de 1964, 9 de mayo de 1964, 19 de junio de 1964, 20 de octubre de 1964, 22 de octubre de 1964, 10 de noviembre de 1964, 24 de junio de 1965, 7 de octubre de 1966, 12 de diciembre de 1966, 28 de marzo de 1967, 5 de abril de 1967, 26 de mayo de 1967, 8 de junio de 1967, 13 de junio de 1967, 20 de septiembre de 1967, 14 de octubre de 1967, 20 de enero de 1968, 8 de febrero de 1968, 17 de febrero de 1968, 29 de abril de 1968, 23 de septiembre de 1968, 8 de octubre de 1968, 11 de octubre de 1968, 4 de noviembre de 1968, 7 de noviembre de 1968, 30 de noviembre de 1968, 24 de septiembre de 1969, 10 de marzo de 1969 (en la que vuelve a hablar de omisión, que crea una situación peligrosa imputable

al encargado de una obra, omisión a la que da el mismo tratamiento que si de una acción se tratase), 30 de abril de 1969, 19 de enero de 1970, 28 de febrero de 1970, 15 de junio de 1970, 6 de octubre de 1971, 3 de diciembre de 1971, 25 de febrero de 1971 (en la que considera que un arquitecto cometió una negligencia y omisión *in vigilando*, pero sigue sin hablar de comisión por omisión), 29 de abril de 1972, 17 de octubre de 1972, 4 de diciembre de 1972, 29 de enero de 1973 y 5 de junio de 1973.

S. 6 de junio de 1973. Esta sentencia resulta interesante por el hecho de que establece la diferencia que en tantas ocasiones olvida el Tribunal Supremo entre omisión de las observancia del cuidado objetivamente debido, requisito imprescindible en todo delito imprudente, sea cometido por acción o por omisión, y omisión entendida como no-acción, que forma parte obviamente de los delitos cometidos por omisión.

El supuesto de hecho no difiere esencialmente de otros sobre los que ya se pronunció el Tribunal Supremo. Se trata de un obrero que trabajaba en un andamio a cinco metros de altura y cayó del mismo, produciéndose de inmediato su fallecimiento. Este obrero trabajaba bajo la dirección del procesado, sin estar protegido por cinturón de seguridad ni barandilla alguna. Además, el procesado llevaba cinco días sin acudir a la obra y sin ejercer, por consiguiente, su deber de vigilancia.

Según el Tribunal Supremo, «los delitos de imprudencia, que propiamente pueden llamarse de comisión por omisión, al presentarse en la mayoría de los casos como una verdadera ausencia de cautelas en el obrar humano, pueden ofrecerse también como verdadero delito de omisión desde el inicio en que no concurre una actividad del agente, sino una pasividad o un no hacer cuando debía obrar para soslayar el riesgo de sufrir un daño la persona que actuaba en su beneficio y bajo sus órdenes, cuya situación de peligro tenía la obligación de conocer y evitar...». El procesado «... con su pasividad permitió una situación prolongada de riesgo y peligro para la víctima, ya que era lógico prever que (...) cualquier contingencia podría provocar la caída al suelo del obrero».

Me parece excesivo que el Tribunal Supremo califique a todos los delitos imprudentes de delitos de comisión por omisión por el hecho de que no se dé en ninguno de ellos la observancia del cuidado objetivamente debido. Que no se observe este cuidado no significa que se cometa el delito por omisión, sino sólo que estamos ante un delito imprudente (por acción o por omisión). Con esto, el Tribunal Supremo incurre en el error que él mismo intenta subsanar en esta sentencia. Sin embargo, pasando por alto este error (aunque resulte difícil), y entendiendo que el Tribunal Supremo parecía querer referirse a que en todo

delito imprudente existe una omisión (del deber de cuidado debido), que debe diferenciarse de la mera pasividad o no-acción, es preciso reconocer el mérito a esta sentencia al ocuparse de este problema que, aunque fácilmente detectable, me atrevo a decir que es el principal causante de que nuestro Tribunal Supremo no se ocupe con carácter general de analizar con profundidad los delitos imprudentes cometidos por omisión de un modo diferenciado a los mismo cometidos por acción.

Se suceden en los años posteriores los casos de delitos imprudentes en comisión por omisión por parte de directores de obras, encargados, arquitectos, etc., que no reciben un trato especial respecto a los delitos imprudentes por acción. Entre otras sentencias pueden mencionarse éstas: 11 de junio de 1973, 18 de octubre de 1973, 12 de marzo de 1974, 29 de marzo de 1974, 8 de mayo de 1974, 9 de noviembre de 1974, 29 de noviembre de 1974, 12 de mayo de 1975, 26 de mayo de 1975, 26 de noviembre de 1975, 23 de enero de 1976, 13 de febrero de 1976, 23 de marzo de 1976, 5 de marzo de 1976, 31 de mayo de 1976, 15 de octubre de 1976, 16 de noviembre de 1976, 7 de diciembre de 1976, 23 de diciembre de 1976, 26 de abril de 1977, 21 de junio de 1978, 9 de octubre de 1978, 9 de febrero de 1979, 2 de marzo de 1979, 8 de noviembre de 1979, 24 de abril de 1980 (en ella se hace referencia al criterio de la causalidad hipotética, «... el accidente era previsible y se hubiera evitado de haber cumplido con las obligaciones que tenía contraídas con su cometido...»), 10 de mayo de 1980, 7 de julio de 1980, 14 de noviembre de 1980, 26 de febrero de 1981, 18 de abril de 1981, 12 de mayo de 1981, 8 de marzo de 1982, 14 de mayo de 1983, 20 de marzo de 1984, 22 de diciembre de 1984, 30 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986, 28 de septiembre de 1987 y 7 de junio de 1988 (también en ésta se fundamenta la relación de causalidad entre omisión y resultado en que, si se hubieran adoptado las medidas de precaución y seguridad que no se adoptaron, «... se habría evitado la caída y fallecimiento del obrero»). En todas estas sentencias el delito se cometió por omisión. En algunas ni siquiera utiliza el término «omisión», empleando sólo el de «negligencia»; en otras sí lo utiliza, tratando de encontrar una causalidad en esa omisión respecto de la producción del resultado como la existente entre acción y resultado en los delitos de acción o bien, con más acierto, acudiendo al criterio de la causalidad hipotética, criterio, por lo demás, muy discutible.

S. 15 de mayo de 1989. Por fin, recoge esta sentencia el requisito imprescindible que debe concurrir en un sujeto para poderle imputar un resultado a título de comisión por omisión: la posición de garante con respecto al bien jurídico lesionado. «Cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir cuidadosamente las instrucciones oportunas a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad como *garante de la salvaguardia de la integridad física*

de cuantos trabajadores participan en la ejecución de los diversos trabajos sujetos a riesgos que es preciso evitar».

El Tribunal Supremo remite en esta sentencia a las de 29 de noviembre de 1974, 15 de octubre de 1976 y 12 de mayo de 1981. En ellas, ciertamente, como en muchas otras, se mencionan los especiales deberes de vigilancia que asumen los directores de obras. Pero también es cierto que en éstas, al igual que en otras, esos deberes especiales son utilizados para fundamentar la apreciación de una negligencia más grave (temeraria) en los procesados, pero no para considerar que se da en ellos la posición de garante exigible en todo delito de comisión por omisión.

No se vuelve a mencionar la posición de garante en sentencias más recientes de 17 de noviembre de 1989, 1 de diciembre de 1989, 12 de enero de 1990 ó 30 de marzo de 1990.

Imprudencia temeraria o simple de los dueños de animales

Los dueños de animales deben adoptar medidas de vigilancia y cuidado para que éstos no causen perjuicios a las personas (o daños en las cosas) que puedan estar en contacto con ellos. Su condición de dueños les convierte en garantes de los bienes jurídicos que podrían resultar perjudicados por estos animales, y hace incurrir a aquéllos en un delito de comisión por omisión imprudente, si no actúan para evitar esos resultados. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en estas sentencias:

S. 19 de octubre de 1887 y S. 23 de diciembre de 1887. En ambos casos el Tribunal Supremo condena al dueño de un perro que lo deja suelto por el delito de imprudencia con resultado de lesiones.

S. 16 de marzo de 1929. La procesada había dejado un borrico en la calle sin nadie que lo cuidara. El borrico mordió a un niño produciéndole lesiones que precisaron 38 días de asistencia facultativa y pérdida de la falange de un dedo de la mano. También en este caso el Tribunal Supremo la condenó por imprudencia con resultado de lesiones.

S. 19 de junio de 1935. Considera el Tribunal Supremo que incurrir en el mismo delito el dueño de un mono que muerde a un transeúnte.

S. 28 de septiembre de 1956. Lo mismo en el caso de unos perros de caza que entran en un corral y matan las gallinas.

S. 11 de octubre de 1961. El Tribunal Supremo castiga por imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones y daños al encargado de vigilar unas vacas que no adopta medidas para evitar que se les escapen.

S. 10 de febrero de 1965. Responde por el delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones el encargado de la vigilancia de un toro que abandona esta vigilancia. El toro corneó a una mujer que pasaba por el camino.

S. 17 de mayo de 1988. Dos perros atacan a un niño. El niño muere y el Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte a la dueña y al encargado de suministrar comida a los perros, pues sabían que la valla que rodeaba el recinto que los custodiaba no estaba levantada en tres metros de largo y a pesar de ello no la repararon ni cerraron.

*Imprudencia temeraria con resultado de muerte de parientes
(parricidio u homicidio)*

Es obligada la referencia a la posibilidad de objetar con dureza el hecho de que el Tribunal Supremo condene por el delito de parricidio por imprudencia. Resulta muy discutible la apreciación de un delito con tal enunciado desde el momento en que se considera la figura del parricidio como agravada respecto de la de homicidio (tipo básico), y teniendo en cuenta, además, que las cláusulas generales de la imprudencia sólo deben ponerse en relación con los tipos básicos del Código Penal. El Tribunal Supremo, no obstante, acepta la categoría del parricidio por imprudencia en numerosas sentencias.

NOTA 1: Recojo en este apartado, como puede inferirse de su enunciado, los casos de homicidio imprudente en comisión por omisión que guardan relación con el delito de parricidio (padres que dejan morir a sus hijos)

NOTA 2: En algunas de estas sentencias el Tribunal Supremo abandona la tesis de los «crimina culpa» y utiliza las fórmulas «parricidio por imprudencia» u «homicidio por imprudencia».

S. 20 de noviembre de 1909. El Tribunal Supremo aprecia parricidio imprudente por omisión en la conducta de la madre que, una vez nacido su hijo, no da aviso a persona alguna para que le preste auxilio

al niño y le deja sin abrigo y en completa desnudez. El niño contrajo una congestión cerebral y murió.

Según el Tribunal Supremo, «... es notoria la realidad de un delito por omisión». «La indiscutible negligencia con que la madre del recién nacido procedió al omitir los más elementales cuidados que éste requería en los momentos subsiguientes del parto, son integrantes, por la falta de intención del agente, del delito de parricidio por imprudencia temeraria».

S. 30 de diciembre de 1924. Una empleada de hogar da a luz un niño y no le presta, posteriormente, el auxilio debido. No le ata el cordón umbilical y el niño muere. El Tribunal Supremo condena a la procesada por parricidio imprudente.

En la sentencia se exige, para fundamentar la responsabilidad penal de la procesada por los hechos enjuiciados, la concurrencia de estas dos circunstancias: a) que «el acto u omisión en este caso que causa el resultado, entre dentro de la previsión humana como ordinariamente susceptible de producir el mal efectivo ocasionado, y b) una relación causa-efecto que ligue ambos extremos».

S. 9 de mayo de 1966. También en este caso se produjo la muerte de un niño recién nacido y el Tribunal Supremo condenó a la madre que no le ató el cordón umbilical por el delito de parricidio por imprudencia.

S. 7 de noviembre de 1973. Este es un supuesto en el que el Tribunal Supremo castigó por delito de imprudencia temeraria en relación con el artículo 407 del Código Penal.

Una madre retira a su hijo de ocho años en un Establecimiento Benéfico donde le ingresó cuando tenía siete días. Trasladó al niño a su domicilio y dejó de ocuparse de él hasta el punto de que, en avanzado estado de desnutrición, el niño se cayó por las escaleras produciéndose una hemorragia cerebral y contrayendo posteriormente, por falta de cuidados, una bronconeumonía, sin que su madre requiriese para él asistencia facultativa de ningún tipo, que su grave estado requería y cuya falta fue causa del fallecimiento del menor. A la vista de estos hechos probados, el Tribunal Supremo condena a la madre por el delito ya indicado.

S. 22 de noviembre de 1976. El Tribunal Supremo castiga por homicidio por imprudencia y alude expresamente a la «comisión por omisión» del mismo. Es Magistrado Ponente, Antonio Huerta y Alvarez de Lara.

«Los delitos de imprudencia, que pueden llamarse de comisión por omisión, pueden ofrecerse también como verdaderos delitos de omisión desde el inicio, cuando no se contempla una actividad del agente, sino una pasividad cuando debía obrar con la diligencia y cuidado que un niño de 16 meses requiere». El niño había sufrido un accidente que le produjo fractura de fémur; posteriormente no pudo comer durante un tiempo, pero los padres no le prestaron atención ni solicitaron asistencia médica hasta que, ante el acusado estado de desnutrición del niño, decidieron llevarle a una clínica en la que falleció al día siguiente de raquitismo agudo. Según el Tribunal Supremo, los hechos fueron calificados benévolamente de imprudencia temeraria, pues el niño presentaba diferentes lesiones cicatrizadas y quemaduras de tercer grado producidas por cigarrillos encendidos «que denota algo más que omisión de deberes de cuidado que recaen sobre los padres».

Aunque la posición de garante no sea un requisito exigido expresamente por el Tribunal Supremo en esta sentencia, sí hace mención a los especiales «deberes que recaen sobre los padres» como fundamentadores de la responsabilidad de los mismos. Por otra parte, alude también a otros dos requisitos que deben concurrir inexcusablemente en todo delito imprudente en comisión por omisión: «pasividad cuando se debía obrar» (omisión), y falta de «diligencia y cuidado» (inobservancia del cuidado objetivamente debido).

La diferencia que el Tribunal Supremo establece entre omisión de acción y omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido, es muy similar a la de la sentencia de 6 de junio de 1973. Se procesó y condenó, en este caso, a un encargado de obras que se despreocupó de la seguridad de sus obreros. El Tribunal Supremo incurre en el mismo error: de la lectura de la sentencia se deduce que el Tribunal denomina delitos de comisión por omisión a todos los delitos imprudentes, dado que en todos ellos se da una omisión (la de observar el cuidado debido). Parece ser que el Tribunal Supremo confunde los términos, tanto en la sentencia del año 1976 como en la citada de 1973.

S. 28 de junio de 1980. El Tribunal Supremo vuelve a castigar por imprudencia temeraria en relación con el 405 (parricidio por imprudencia) y a pesar de que la sentencia es reciente y de que ya había admitido la categoría con anterioridad, no menciona la evidente comisión por omisión del delito.

En el relato de los hechos probados, se narra cómo una mujer va a dar a luz a un lugar solitario. Nace una niña que fallece posteriormente por falta de cuidados de reanimación y de ligadura de cordón umbilical. Según el Tribunal Supremo no puede apreciarse infanticidio culp-

so, pues el infanticidio es una figura que incluye un elemento subjetivo de lo injusto: ánimo de ocultar la deshonra, y los tipos que incluyen un elemento subjetivo de lo injusto no son susceptibles de comisión culposa.

El Tribunal Supremo reconoce que la doctrina hubiera calificado el supuesto de homicidio culposo, «disintiendo de la Jurisprudencia».

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) de encargados de señalizar zanjas abiertas o de dueños de vehículos abandonados en la calzada

La omisión de señalizar zanjas o vehículos abandonados en la calzada crea un riesgo para determinados bienes jurídicos que podrían resultar perjudicados. El Tribunal Supremo, ha enjuiciado en numerosas ocasiones estos casos en los que, por haberse producido efectivamente el resultado, condena como responsables del mismo a los encargados de la señalización de esas zanjas o a los propietarios o conductores de esos vehículos. La especial condición de estos sujetos les coloca en posición de garante respecto de los bienes jurídicos que podrían resultar perjudicados por su actitud negligente.

Es obvio, pues, que estos delitos imprudentes han sido cometidos por omisión. Pero las sentencias del Tribunal Supremo que citaré a continuación, no parecen tomar en consideración este hecho puesto que no se plantean si se dan o no los requisitos necesarios para poder apreciarlos.

Citaré, en primer lugar, las sentencias que enjuician los supuestos de abandono de zanjas abiertas en la calzada sin señalizaciones.

S. 1 de julio de 1921. Un ciego, que paseaba por la calzada, cayó a una zanja abierta en la misma. El resultado fue de lesiones. Incurrir en responsabilidad el Ingeniero Director de las obras por no haber puesto señales en la zanja o haber ordenado que las pusieran.

Según el Tribunal Supremo, sólo cabría exoneración de responsabilidad en el supuesto de que hubiera ordenado a un obrero la colocación de señales y éste no lo hubiera hecho. Hace referencia el Tribunal Supremo a la necesidad de que exista una relación causa-efecto entre acción u omisión y resultado.

S. 23 de noviembre de 1948. En una obra de alcantarillado se deja abierto un pozo sin señalizar. Un hombre cae, se fractura el cráneo y muere. El contratista incurre en responsabilidad.

En palabras textuales del Tribunal Supremo. «La responsabilidad recaerá sobre aquellos que hayan realizado el acto o incurrido en la omisión punible».

S. 8 de junio de 1957. El Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos al encargado de una obra por no haber señalado ni colocado vallas en una zanja «... en evitación de posibles accidentes que podían ocurrir y que debió prever».

S. 5 de mayo de 1962. No se señaló durante la noche una zanja abierta en un lugar de mucho tráfico rodado. En esta sentencia se condena a dos obreros que habían recibido la orden de señalización de la zanja y no la habían ejecutado.

S. 19 de octubre de 1962. En la sentencia, el Tribunal Supremo condenó por el delito de imprudencia temeraria con resultado de daños al encargado de una obra de carretera que no señaló suficientemente un montón de arena que se hallaba sobre la misma, produciéndose una colisión.

S. 30 de noviembre de 1962. Responde por imprudencia el destajista de una obra que deja abierta una zanja durante la noche sin ninguna señalización. Resultaron lesiones en dos personas.

S. 12 de febrero de 1964. Esta sentencia ofrece un interés especial. El Magistrado Ponente es Alejandro García Gómez.

«Debe considerarse *autor por omisión* del delito de imprudencia al contratista de una obra que ordenó a sus obreros que procedieran a abrir una zanja sin visitar después la obra». Los obreros cubrieron mal la zanja, quedando un peligroso bache que el contratista no mandó señalar. Un motorista que pasaba por allí tuvo un accidente y murió. El Tribunal Supremo condena al contratista por imprudencia temeraria con resultado de muerte.

S. 10 de febrero de 1968. También en esta sentencia se hace referencia (al menos) a la comisión del delito por omisión. Es Magistrado Ponente Jesús Sáez Jiménez. El delito por el que se condena es el de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de lesiones y daños.

«Si el acusado, encargado de las obras, consintió que se pusieran grandes piedras alrededor de la zanja recién cerrada, para evitar que pudiera pisarse el cemento todavía no fraguado, sin cuidarse seguidamente, como venía obligado a hacer, de adoptar las medidas necesarias para la reglamentaria señalización que evitara acaecimientos dañosos, incurrió en una notoria *omisión culposa...*».

S. 3 de febrero de 1972. El encargado general de una cafetería-restaurante, no encendió ni ordenó encender las luces del exterior del edificio. Según el Tribunal Supremo, esta omisión originó un estado de peligro en el lugar del aparcamiento, puesto que quedaba sin iluminar un foso abierto allí. Una persona cayó dentro del foso.

En la misma línea que las anteriores, sentencias de 5 de marzo de 1965, 15 de marzo de 1965, 5 de abril de 1968, 4 de diciembre de 1968, 31 de enero de 1969, 20 de marzo de 1970, 7 de abril de 1970, 6 de marzo de 1975, 21 de enero de 1976, 27 de enero de 1978, entre otras.

En cuanto al abandono de vehículos en la calzada sin señalización, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, condenando a los omitentes propietarios del vehículo o encargados de la vigilancia del mismo por delitos de imprudencia temeraria o simple o por falta de imprudencia con resultado de muerte, lesiones o daños según los casos. Estas son algunas de estas sentencias:

Sentencias de 15 de octubre de 1962, 9 de noviembre de 1962, 14 de enero de 1963, 16 de enero de 1963, 21 de enero de 1963, 28 de enero de 1963, 25 de noviembre de 1963, 23 de marzo de 1964, 30 de septiembre de 1964, 12 de noviembre de 1964, 5 de marzo de 1965, 15 de marzo de 1965, 10 de mayo de 1965, 24 de mayo de 1965, 3 de junio de 1965, 14 de octubre de 1966, 10 de diciembre de 1966, 17 de junio de 1967, 2 de octubre de 1967, 6 de octubre de 1967, 9 de octubre de 1967, 17 de noviembre de 1967, 30 de enero de 1968, 27 de junio de 1968, 16 de junio de 1971, 17 de diciembre de 1971 y 12 de febrero de 1973, entre otras.

Infidelidad en la custodia de documentos por imprudencia

En sentencia de 24 de octubre de 1990, admite el Tribunal Supremo (Magistrado Ponente, Enrique Bacigalupo) la comisión por omisión imprudente del delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 364 del Código Penal); y ello a pesar de que los verbos típicos del precepto citado, expresan conductas inequívocamente activas: «sustraer», «destruir» y «ocultar». Esta es la argumentación del Tribunal Supremo:

«... la cuestión de la omisión de la acción típica no se debe confundir con la referente a la falta de cuidado debido y exige un tratamiento previo...». «Ciertamente el art. 364 no contiene una definición expresa de la forma omisiva; sin embargo, ello no impide, en principio, que la realización del tipo se pueda llevar a cabo mediante una omisión». «La infidelidad en la custodia de documentos (...) protege fundamentalmente la seriedad del ejercicio de la función pública en un Estado de Derecho. Desde esta

perspectiva es claro que no sólo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destrucción, ocultación y sustracción, sino también los omisivos consistentes en no impedir que los documentos sean también destruidos, ocultados o sustraídos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera...».

Una vez afirmado por el Tribunal Supremo que es posible la comisión por omisión del delito tipificado en el art. 364 del Código Penal, se ocupa de lo sucedido en el caso concreto: ocultación por omisión. A estos efectos se ha de entender que existe ocultación cuando «desaparecen los documentos o se sitúan fuera del lugar habitual de custodia».

El Tribunal Supremo considera que se daba en el sujeto la posición de garante: «... incumplimiento por parte del procesado de las obligaciones que le imponía su posición de garante surgida de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica»; «... el procesado dejó de 'registrar y ordenar las causas' y éstas eran 'ilocalizables o de difícil localización'. La comprobación de la inadecuación de las instalaciones (...) no impedía cumplir con el deber generado por la posición de garante...».

«Por último, continúa el Tribunal Supremo, se trata de una omisión de cumplimiento de un deber de garantía que resulta equivalente a la realización activa del tipo penal. En efecto, esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión, o un delito impropio de omisión, se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo»; «... no siendo problemático que el procesado hubiera podido evitar el resultado con el cumplimiento de su deber de garantía, la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo no resulta discutible».

Finalmente, el Tribunal Supremo se ocupa del problema del dolo en los delitos de omisión:

«... en los delitos de omisión, el 'dolo' o, mejor dicho, la forma equivalente al mismo, no se puede definir como la voluntad de realización de una acción, pues el omitente, precisamente, no realiza la acción debida»; «... en los delitos de omisión, la forma más grave de realización del tipo la 'decisión de omitir' no es un elemento constitutivo de la misma y que, por tanto, el que conoce: a) las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos im-

propios de omisión) y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente. Consecuencia de ello es que la culpa en los delitos de omisión será de apreciar cuando el omitente, por negligencia, es decir, por su descuido, no tuvo conocimiento de la situación generadora de su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza la meta posible por la forma descuidada o inadecuada en la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía». «De acuerdo con estos principios, es indudable que en el caso que ahora se juzga el procesado no obró con dolo».

Todos estos argumentos hacen que el Tribunal Supremo condene al procesado por el delito de infidelidad en la custodia de documentos por imprudencia y en comisión por omisión. La Audiencia ya había castigado por este delito, aunque con argumentos distintos.

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) con resultado de incendio

NOTA: En ocasiones, el Tribunal Supremo utiliza la fórmula «incendio por imprudencia».

En los artículos 547 y siguientes del Código Penal, en los que se regula el delito de incendio, se utiliza el verbo «incendiar» (incendiaren) como verbo típico. Se trata de un verbo con sentido inequívocamente activo (16), pero ello no impide que el Tribunal Supremo castigue su comisión por omisión. En sentencias recientes, el Tribunal Supremo se refiere a que la omisión punible del sujeto se da por no evitar la propagación del fuego tras haber llevado a cabo una acción de prender fuego a algo sin intención de provocar un incendio, se apoya, pues, en la teoría de la injerencia.

El Tribunal Supremo condenaba ya en el siglo pasado por el delito de incendio por imprudencia en comisión por omisión; aunque, naturalmente, la expresión que utilizaba no era ésta, sino la de imprudencia (simple con o sin infracción de reglamentos, temeraria, falta de imprudencia) con resultado de incendio y sin hacer mención a la comisión por omisión del delito. El tratamiento jurisprudencial de los delitos de incendio imprudentes en comisión por omisión no ha sido diferente, pues, del otorgado por nuestro Tribunal Supremo al resto de los delitos por omisión imprudentes.

(16) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1977, p. 315.

S. 17 de febrero de 1871. El encargado de la conservación de un paso a nivel no cortó la hierba próxima a la línea férrea. Al pasar el tren, por el rozamiento se produjo un incendio. Se hace responsable del mismo a dicho encargado por no haber cortado la hierba.

S. 7 de octubre de 1953. Se condena al portero y administrador de un inmueble que, sabiendo que uno de los vecinos almacenaba películas de celuloide en una de las dependencias, no lo impidieron, incendiándose el edificio. Según el Tribunal Supremo, entre esa omisión voluntaria no maliciosa y el resultado, se da un nexo causal de manera directa, inmediata y completa.

S. 25 de marzo de 1968. El Tribunal Supremo considera que incurre en el delito de imprudencia temeraria con resultado de incendio el encargado de una finca agrícola, el cual ordena a un obrero que proceda a la quema de rastrojos, a pesar de conocer que ese predio lindaba con barbechos y que soplaban viento sur. El encargado *no acompañó* al jornalero para trazar el surco con el tractor. Este prendió fuego a los rastrojos conociendo también las circunstancias antes citadas. El Tribunal Supremo condena al jornalero por el mismo delito que al encargado.

S. 6 de abril de 1968. El encargado del encendido y mantenimiento de una caldera de calefacción, puso unas astillas de leña sobre aquella para que se secasen. A continuación se marchó a encender otras calderas sin dejar vigilancia alguna. Las astillas prendieron y se produjo un incendio. Se castiga al procesado por el delito de imprudencia temeraria. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en relación a un supuesto de hecho similar en sentencia de 9 de junio de 1973.

Más interesantes son estas dos sentencias de los años 80:

S. 18 de octubre de 1982.
Magistrado Ponente: Castro Pérez.

Son hechos probados que el procesado «almacenó ilícita e imprudentemente una cantidad excesiva de mercancías y sustancias altamente inflamables y de gran combustibilidad omitiendo las necesarias medidas de seguridad para la protección y seguridad del almacén y del inmueble en general». Se produjo un incendio y el Tribunal Supremo castigó al procesado por el delito de incendio por imprudencia temeraria.

En el segundo considerando de la sentencia afirma, «... que si bien el delito de incendio se halla tipificado en los arts. 547 y siguientes del

Código Penal en su forma comisiva o de acción, ello no constituye obstáculo legal alguno para que también pueda ser cometido por medio de una simple omisión o de la llamada comisión por omisión u omisión impropia, que no consiste solamente en un simple no hacer u omitir sino en no hacer algo que conforme a su deber jurídico se esperaba que hiciese el agente (*non facere quod debetur*); «... el delito se comete omitiendo una cierta acción que de haberse producido hubiera interrumpido la serie causal en curso y por tanto la producción del evento». La sentencia hace referencia a la «existencia del lazo de causalidad entre la falta de acción y el resultado, que gran parte de la doctrina estima no sólo de carácter o apreciación normativa, sino natural o real, puesto que añadida ésta mentalmente o ilusoriamente al supuesto de facto, el resultado dañoso con muchas probabilidades no se hubiera producido».

El Tribunal Supremo no habla de «posición de garante», sino de «deber jurídico de actuar». Por otra parte, encuentra causalidad en la omisión respecto de la producción del resultado acudiendo al criterio de la causalidad hipotética.

S. 12 de mayo de 1986.

Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid.

La procesada prendió fuego a unas ramas en una finca de su propiedad y se retiró del lugar cuando quedaba el rescoldo. El viento desplazó las brasas hasta unas fincas colindantes y se produjo un incendio.

Según el Tribunal Supremo, la procesada había reconocido «la omisión de la acción adecuada para interrumpir el nexo causal: apagar en forma definitiva y no productora de riesgos derivados del acto lícito inicial...» Por otra parte, se afirma en la sentencia que «aunque el delito de incendio (el doloso) sea normalmente de acción, debe encuadrarse en sede de causalidad, como residenciado en el ámbito de los delitos de simple omisión o de comisión por omisión (...) este delito se comete omitiendo una cierta acción que de haberse producido hubiera interrumpido la serie causal en curso...».

Por último, se refiere el Tribunal Supremo a la necesidad de que concurren dos circunstancias más para poder hablar de delito de comisión por omisión: que la omisión sea equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto y que el autor se encuentre en posición de garante; «... en orden a la causalidad, la omisión es equivalente a la acción, cuando la acción esperada y exigible al agente hubiere impedido, de haberse realizado, el resultado dañoso»; «... la procesada se había posicionado por propia decisión en lo que la dogmática científica denomina como situación de garan-

te, al estar la misma sujeta a un deber de control sobre una fuente de riesgo o peligro por ella creada, en tanto en cuanto su actuar precedente (prender fuego a los montículos de ramaje) había actuado sobre una zona en que como agente-omitente estaba obligada a ejercer control y vigilancia».

Imprudencia temeraria o simple (con o sin infracción de reglamentos) de médicos, enfermeras...

Como ejemplo de delito cometido por imprudencia, suele citarse el supuesto del médico o enfermera que, sin haberse cerciorado de la sustancia que contiene la jeringuilla, inyecta a su paciente un veneno letal en lugar del medicamento que el enfermo necesitaba; aunque, en realidad, lo que quisiera inyectarle fuera ese medicamento. En este caso se comete un delito (de homicidio, si el paciente muere) imprudente por acción. Pero también es posible imaginar la comisión imprudente de delitos contra la vida o la integridad física por parte de médicos, enfermeras u otras personas encargadas del cuidado y vigilancia de determinados pacientes; así, por ejemplo, el médico que conociendo la gravedad de su paciente, se ausenta del hospital y no le visita en toda la noche (siempre que, obviamente, no obrara con dolo en el sentido en que éste debe entenderse en la omisión).

Existen sentencias del Tribunal Supremo que califican hechos similares en las que están presentes los requisitos de los delitos de comisión por omisión a pesar de que el Tribunal Supremo no haga referencia expresa a esta modalidad de comisión. A veces resulta difícil determinar si el delito se cometió por acción o por omisión; en el ejemplo antes citado podría ser que el médico realizase una primera visita rápida al enfermo y después se ausentase del hospital, con lo que se daría una acción y una omisión posterior.

S. 19 de enero de 1972. El Tribunal Supremo condenó a un tocólogo por el delito de imprudencia temeraria «productora de muerte». El médico no prestó a la mujer el necesario auxilio postparto a pesar de que fue avisado del grave estado de la paciente. La sentencia alude a sus «consecutivas e intolerables negligencias omisivas» y a la concurrencia en el procesado de «culpa con previsión de los fatales resultados que por su omisivo proceder podían producirse...». Estas expresiones revelan que el Tribunal Supremo consideró que el delito se cometió por omisión.

S. 15 de enero de 1974. Los hechos son similares a los enjuiciados en la sentencia anterior: falta de auxilio post-operatorio. Según el Tribunal Supremo «no puede estar más clara la grave negligencia en que

incidió el imputado y que fue productora por omisión de la muerte y la relación causal entre el proceder omisivo y el resultado de muerte...».

S. 18 de junio de 1982.

Ponente: Antonio Huerta y Alvarez de Lara.

El médico procesado no prestó los cuidados debidos a una niña a la que había operado de amigdalitis. La niña sufrió una hemorragia que el procesado no trató y murió. Según el Tribunal Supremo, se pone de manifiesto «la conducta omisiva del procesado que infringió deberes elementales de cuidado (...), pues, habiendo sido la causa inmediata de la muerte de la niña parada cardiorespiratoria debida a aspiración de sangre a vías aéreas tras hemorragia faríngea post-amigdalectomía, si hubiera sido debidamente tratada esa hemorragia faríngea por el procesado, (...) hubiera podido evitarse el fatal desenlace...». Insisten los Magistrados en la relación de causalidad existente entre omisión y resultado; «... con lo que la relación de causalidad entre la conducta omisiva del procesado y el resultado letal aparece con toda evidencia, pues aplicando la fórmula clásica negativa de la causalidad, si no hubiera habido hemorragia faríngea, que debió de cortarse o al menos tratar de cortarla, (...) no habría habido, muerte...».

S. 5 de diciembre de 1989. El Tribunal Supremo considera que incurre en falta de imprudencia simple con resultado de muerte el médico ginecólogo que no presta a su paciente el auxilio debido con estos argumentos:

- a) El tocólogo prescindió libremente y durante excesivo tiempo de prestar ayuda a la víctima.
- b) Ese retraso encerraba *ex ante* un aumento notable del riesgo para la vida de la paciente.
- c) El tocólogo pudo y debió tener presente ese incremento del peligro y pudo y debió evitar la demora.
- d) La demora se integró en el curso causal que desembocó en el fallecimiento de la víctima, de tal manera que cobró relevancia en el resultado aquel aumento del riesgo.

Aunque el Tribunal Supremo no hable de posición de garante, es destacable la importancia que concede a ese aumento de riesgo que supone la omisión del procesado de prestar ayuda a la víctima.

Otros

Incluyo en este apartado algunas sentencias en las que el Tribunal Supremo castiga por la comisión de diferentes delitos imprudentes en los que se dio una pasividad por parte del sujeto o sujetos, es decir, que fueron cometidos por omisión. Se trata de sentencias no incluibles en los apartados anteriores, pero que, a pesar de ello, merecen ser consideradas, sobre todo para destacar la multitud de situaciones de la vida diaria que pueden dar lugar a fundamentar una posición de garante en un sujeto concreto; posición de garante que le hará incurrir en responsabilidad por no evitar el resultado que debía de haber evitado.

S. 20 de octubre de 1953. El Tribunal Supremo condena al conductor de un tranvía que conducía excesivamente rápido (acción) y al cobrador que no coloca la cadena de seguridad (omisión) por un delito de imprudencia con resultado de muerte. La víctima cayó del tranvía y murió. El cobrador cometió el delito por omisión. Según el Tribunal Supremo, «... la imprudencia punible puede cometerse lo mismo por acciones voluntarias no intencionales que por omisiones injustificadas».

En sentencias de 12 de diciembre de 1953, 1 de junio de 1956, 10 de mayo de 1969, 13 de junio de 1969, 6 de octubre de 1969, entre otras, el Tribunal Supremo enjuicia supuestos de omisiones negligentes por parte de encargados de la conservación de ascensores. Estos, conociendo las irregularidades existentes en el funcionamiento de los aparatos, no las subsanan e incurrir en responsabilidad por los resultados que tales negligencias ocasionan.

S. 18 de junio de 1962. El Tribunal Supremo hace responsable de la muerte de un obrero al arrendatario explotador de una mina que, conociendo que en uno de los pozos se desprendían gases peligrosos, no previno de ello al encargado por lo que éste ordenó a un obrero que bajase, produciéndose la muerte de éste.

S. 12 de marzo de 1964. La sentencia del Tribunal Supremo condena por el delito de imprudencia temeraria puesto en relación con el art. 407, al propietario de un molino y fábrica de luz por no adoptar medidas de seguridad para sus obreros.

S. 24 de octubre de 1964. Se condena a un barrenero que, a pesar de las quejas de los vecinos de un pueblo cercano a las explosiones sobre las piedras que caían en sus casas, no adopta precaución alguna y una persona muere al ser alcanzada por una piedra.

S. 19 de enero de 1965. Según la narración de los hechos, el obrero procesado dio, en el ejercicio de su trabajo y de un modo accidental, con el pico en una tubería de conducción de gas. Aun conociendo que el gas escapaba por el orificio, no dio cuenta a nadie del escape, lo que hizo que el gas se filtrara en la vivienda más próxima, intoxicando a sus ocupantes.

El Tribunal Supremo no condena al procesado por haber abierto el orificio, puesto que el hecho fue fortuito, sino por no impedir los resultados que podían producirse de no cerrarse aquél. Aunque el Tribunal Supremo no apoya su decisión en la teoría de la posición de garante, creo que el obrero sí se encontraba en esa situación, fundamentada en su actuar precedente peligroso.

S. 22 de septiembre de 1967. Se hace responsable por imprudencia de la muerte de un obrero al encargado del mando de una grúa que, dándose cuenta de su defectuoso funcionamiento, no paró el motor a tiempo. Se desplomó la grúa y cayó encima de la víctima.

S. 30 de abril de 1968. Incorre en el delito de imprudencia temeraria en relación con el art. 407 del Código Penal, «... el procesado, perito industrial, comisionado por la empresa donde trabajaba para gestionar la reparación de una puerta cuyo cable se había roto, siendo reparado provisionalmente (...), siendo necesario un arreglo definitivo, hecho que el procesado no comunicó a la empresa, continuando la puerta en funcionamiento durante seis meses, hasta que el cable se rompió cayendo la puerta encima de una persona, matándole...».

S. 14 de junio de 1968. Según el Tribunal Supremo, «incurre en la falta del art. 586.3 el administrador del inmueble que, teniendo conocimiento del mal estado de un balcón, (...) no adoptó ninguna medida de seguridad, desprendiéndose un bloque de cemento de dicho balcón, alcanzando a una mujer que pasaba por la acera, que falleció».

S. 2 de abril de 1969. Se condena al propietario de una empresa de pintura que, «... teniendo conocimiento de la existencia de gases inflamables, era elemental que pensara en los acumulados desde el término del trabajo de la mañana, pero no previno la acumulación de gases ni adoptó las medidas necesarias para evitar la chispa eléctrica, evitable con la revisión de la instalación». Se produjo una explosión que alcanzó al obrero que allí trabajaba.

S. 24 de abril de 1969. Se procesa y condena al propietario de un inmueble con una pared en mal estado que no la repara. El Tribunal Supremo exige relación de causalidad entre omisión y resultado;

«... causalidad del hecho del autor resultante del descuido en la conservación de la pared y de no vigilar las ostensibles señales de su mal estado y peligro de inminente derrumbamiento...». «Estas culposas omisiones (...) están en perfecta correlación de causa-efecto con las dañosas consecuencias producidas, debiendo reputarse temerario el proceder del acusado».

S. 5 de mayo de 1969. Se hace responsable por imprudencia de la muerte de un obrero al vigilante de una mina que, «...no obstante su condición de vigilante y ante la incidencia observada de que habían dejado de explotar ocho barrenos, lo que podía acarrear graves y previsibles consecuencias (...), no se preocupó de introducir o hacer que fueran introducidas las oportunas varillas de madera, ni de adoptar ninguna precaución especial».

S. 11 de mayo de 1970. Se procesa al facultativo de minas que no impidió a un obrero a su cargo que accediese al lugar donde se encontraba un cartucho de dinamita que había fallado en la explosión. El obrero removió la tierra con una pala y resultó gravemente herido al explotar el cartucho.

S. 26 de mayo de 1970. El procesado es el director de una serrería en la que se construía una nave industrial. Se habían abierto unos hoyos y el procesado no proveyó los huecos de tapaderas o barandillas sólidas, aun siendo a todas luces previsible que algún carro cargado de leña de los que pasaban diariamente entre los hoyos, pudiese caer en alguno de ellos, como efectivamente sucedió, resultando muerto el conductor.

S. 20 de octubre de 1973. El Tribunal Supremo condena como autor de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos al encargado de la puerta de entrada a una piscina por dejar entrar a tres menores de catorce años sin nadie que les acompañase y por no ocuparse posteriormente de ellos. Los niños utilizaron la piscina de adultos y uno de ellos murió.

S. 15 de octubre de 1987. El Tribunal Supremo se plantea si existe o no responsabilidad penal en la actuación de los encargados de la conservación y reparación del instrumental médico y de la instalación eléctrica de un hospital. Las instalaciones estaban en mal estado y un paciente muere seis años después de ser intervenido quirúrgicamente, presuntamente a causa de las quemaduras que una llamarada le produjo durante la operación. El Tribunal Supremo absuelve a los procesados

por considerar que no fue su negligencia la causante de esa llamarada que mató al paciente.

En uno de los Considerandos, el Tribunal Supremo explica el significado de la categoría «culpa *in omittendo*», de esta forma:

«Dentro de las varias clasificaciones de las infracciones culposas, uno de los términos de una de ellas es la denominada ‘culpa *in omittendo*’, modalidad eminentemente normativa, la cual se caracteriza por la inacción, por la pasividad o por la abstención o inactividad de quien, para conjurar o evitar un evento dañoso, estaba obligado a actuar y a adoptar determinadas cautelas o precauciones, merced a imponérselo así preceptos de rango legal o reglamentario o, al menos, el principio *neminem laedere* o *alterum non laedere*, el cual preside la vida humana y comunitaria y las relaciones intersubjetivas que se dan en el desempeño de las diferentes tareas y en el seno de la vida social». Según el Tribunal Supremo, dicha omisión ha de ser voluntaria aunque no maliciosa, ha de haber producido un resultado dañoso o lesivo y debe haber relación de causalidad o nexo causal entre la omisión o el resultado, de tal forma que sea aquélla la generante o determinante de éste. A esta categoría culposa, continúa el Tribunal Supremo, debe aplicársele el mismo fundamento que en general legitima la punición de las infracciones culposas y la distinción entre el elemento normativo y el psicológico.

S. 12 de noviembre de 1990.

Ponente: Francisco Soto Nieto.

Los hechos fueron los siguientes: El procesado, dueño de una noria, recibió del ayuntamiento de su localidad una advertencia sobre el lamentable estado en que ésta se encontraba y el peligro que suponía la existencia de un pozo al descubierto sin ningún tipo de protección. El procesado, a pesar de ello, no adoptó las medidas de seguridad pertinentes y se produjo la caída de dos niños a dicho pozo, que murieron asfixiados.

El Tribunal Supremo condena al procesado por el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos y resultado de muerte por omisión, puesto que considera que él era el poseedor de la noria y pozo, y por tanto el llamado a velar por su acondicionamiento y seguridad, a fin de eliminar el riesgo que representaba. A él venía atribuido el control del peligro.

Su abstención «... le convierte en autor de un delito, siquiera venga conceptualizado como imprudente, de omisión impropia o de comisión por omisión. Y ello por adquirir la función de garante, vulnerando su deber de evitación de un resultado que se ofrecía como previsible (...) permaneciendo inactivo. La posición de garante surge y se consolida al co-

rresponder al sujeto, la función personal de control de una fuente de peligro. La sociedad ha de confiar en que, quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, proceda de forma que tal amenaza no se traduzca, por su reprochable omisión, en una realidad latente». Continúa el Tribunal Supremo diciendo que la comisión por omisión puede ser imprudente siempre que el tiempo admita semejante forma: «... la jurisprudencia así lo ha reconocido, acusándose en tales supuestos la coincidencia entre deber de garante y deber objetivo de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables».

La sentencia resulta, en todos sus puntos, muy interesante en relación con el tema que nos ocupa. En primer lugar, porque consagra la posibilidad de aplicar a los delitos culposos las teorías que, sobre comisión por omisión, se aplican a los dolosos, cosa que nuestro Tribunal Supremo no ha hecho hasta muy recientemente, como puede verse. En segundo lugar, no sólo fundamenta la responsabilidad del sujeto en la posición de garante en que se encontraba por ser dueño de la noria y pozo, sino que, además, hace referencia expresa a que el procesado se encontraba en situación de «dominio de una fuente de peligro», situación de la que surge su posición de garante y que es aceptada como tal por la mayoría de la doctrina en nuestro país (Bustos Ramírez y Rodríguez Mourullo, entre otros). En tercer lugar, y por último, la sentencia se refiere también a la confusión, tan frecuente en la jurisprudencia penal, a la que ya me he referido en otras ocasiones: deber objetivo de cuidado (con el que no se cumple en los delitos culposos), y deber de garante (con el que no se cumple en los delitos de comisión por omisión sean dolosos o culposos).

CONCLUSIONES

1. Puede decirse que el Tribunal Supremo ha admitido siempre, aunque sea de un modo intuitivo, la posibilidad de cometer por omisión determinados delitos de resultado. Por ello debe aceptarse que, en estos casos, el Tribunal Supremo cree que es posible que la conducta descrita en el verbo típico se lleve a cabo tanto por acción como por omisión.

2. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha examinado en sus sentencias los planteamientos doctrinales referentes al tema hasta finales de la década de los sesenta. Esto se aplica fácilmente por el hecho de que también la doctrina española se ocupó tardíamente del análisis de la omisión.

3. El Tribunal Supremo ha apreciado la comisión por omisión de delitos dolosos de un modo restrictivo; concretamente, sólo en estos delitos: infanticidio, parricidio, homicidio, falsedades, estafa y auxilio

al suicidio. Por contra, son muy numerosas las sentencias en las que considera que se ha cometido un delito culposo o imprudente en comisión por omisión.

4. Una vez superada la interpretación que Silvela hizo de la sentencia de 1874, de la que dicho autor dedujo que sólo podían considerarse punibles las omisiones expresamente recogidas como tales en el Código Penal español (criterio que Córdoba Roda aceptó en un principio), el Tribunal Supremo admitió la comisión por omisión de determinados delitos en base al art. 1 del Código Penal. Según el Tribunal Supremo, dicho artículo equipara la punición de la acción y de la omisión. Esto hizo que el Tribunal Supremo no diera a los delitos cometidos por omisión un tratamiento diferenciado respecto de los cometidos por acción.

5. Paulatinamente, y con las incoherencias e inseguridades propias de los momentos en los que aparece una nueva teoría aún no asentada, nuestro Alto Tribunal se hace eco de las construcciones doctrinales respecto a la comisión por omisión. Así, desde finales de los años sesenta, se consagra el término «comisión por omisión», si bien ésta había sido utilizada con anterioridad de un modo esporádico en sentencia como la de 30 de enero de 1945.

6. También desde finales de los años sesenta y con mayor claridad en la década de los setenta, el Tribunal Supremo comienza a basar sus decisiones en lo que respecta a los delitos de comisión por omisión, en la teoría de la posición de garante.

7. Respecto de los delitos culposos cometidos por omisión, la doctrina española y, en consecuencia, nuestra jurisprudencia, han evolucionado más bien poco.

Tradicionalmente, nuestro Tribunal Supremo ha confundido, en los delitos de comisión por omisión culposos, la omisión de acción con la omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido, lo que ha impedido un tratamiento jurisprudencial satisfactorio de estos delitos. El trato indiferenciado entre delitos de acción y de omisión al que anteriormente hacía referencia, se ha mantenido en los delitos culposos hasta nuestros días.

Por otro lado, el Tribunal Supremo defiende, salvo excepciones, que en nuestro Código Penal existen cuatro delitos o faltas de imprudencia y pone en relación estas figuras con aquéllas que se aplicarían si el delito se hubiese cometido con dolo, en atención al resultado producido. Así, por ejemplo, en un supuesto de homicidio por imprudencia, el Tribunal Supremo habla de delito de imprudencia (temeraria, por ejemplo) con resultado de muerte o puesto en relación con el art. 407. Esto le lleva a la contradicción de admitir constantemente la comisión por omisión imprudente del delito de lesiones, mientras que no ha admitido la comisión por omisión dolosa del mismo delito.

8. El Tribunal Supremo considera, con carácter general, que existe causalidad en la omisión. En los delitos de comisión por omisión imprudentes exige, casi sin excepción, relación de causalidad entre omisión y resultado. En sentencias recientes, el Tribunal Supremo establece que una omisión es causal del resultado, cuando de haberse llevado a cabo la acción omitida, se hubiese impedido dicho resultado. Esta teoría, admitida también por un sector de la doctrina, no resulta satisfactoria como modo de afirmar la existencia de una causalidad en la omisión, aunque sí como criterio de imputación objetiva (17) (18).

(17) Véase CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 1, 3.ª edición. Madrid, 1985, p. 263, nota (11). No existe relación de causalidad entre omisión y resultado. Por ello, aquélla no puede constatarse tampoco del modo en que intenta hacerlo el Tribunal Supremo. Acudiendo a ese criterio, sólo se determina la causalidad *potencial* de la acción no realizada, pero no puede hallarse un nexo causal real entre omisión y resultado.

(18) Véase también BACIGALUPO, E.: *Delitos impropios de omisión*. Bogotá, 1983, pp. 89 y 90, sobre la teoría aludida y los problemas que plantea. No se exige causalidad en la omisión en las sentencias en las que Enrique Bacigalupo es Ponente.

CRONICAS EXTRANJERAS

La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU.

Breves comentarios con motivo del Trigésimo Aniversario del Código Penal Modelo (*)

JAIME E. GRANADOS PEÑA (**)

*A la memoria de Luis Eduardo Leyva Ayala (***)*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Origen del C.P.M. y la evolución de la ciencia penal norteamericana. A. «Common Law Crimes». B. Los intentos de codificación. C. La crisis penal norteamericana. D. El C.P.M. y el

(*) Este trabajo forma parte de un proyecto mucho más amplio de análisis comparativo de los sistemas civilistas y anglosajones en la esfera de lo criminal, en el que participan además, los profesores José M. CANALS, Henri DAHL y Ernesto CHIESA. Ya han sido publicados los estudios introductorios relativos al Código Penal Tipo para América Latina y su traducción al inglés. [Véase 17 Am. J. Crim. Law 235 y 263 (1990)].

(**) Catedrático Auxiliar de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Profesor Visitante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana (Santa Fe de Bogotá, Colombia).

El autor desea testimoniar su agradecimiento al Decano Antonio GARCÍA PADILLA por impulsar la idea de escribir este artículo y a los profesores Ernesto CHIESA, Henri DAHL y José M. CANALS por sus valiosos comentarios. También debe reconocer el trabajo de sus ayudantes de investigación Gloria SIERRA, Myriam MATOS, Ivonne SANTIAGO, Ina BERLINGERI y Sol Concepción BULERÍN, estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Asimismo resalta el desinteresado apoyo prestado por los estudiantes Félix CIFREDO CANCEL, Flavio CUMPIANO y Joaquín MONSERRATE, de la misma Escuela. Por último, aprecia la dedicación de las señoras Carmen SOTO, Lizette RAMOS y Wanda MANDRY en la transcripción del manuscrito, notas al calce y anejos.

(***) Condiscípulo, socio en la lucha por el Derecho y amigo entrañable; sacrificado cuando tenía 33 años en la vorágine sin sentido en la que se desangra Colombia.

nuevo movimiento codificador norteamericano. E. La ciencia penal norteamericana y el C.P.M.—III. Estructura del C.P.M. y su influencia en las legislaciones estatales de EE.UU. A. Estado de las codificaciones penales derivadas del proyecto FIELD. B. Estructura del C.P.M.—IV. Cuadro comparativo de la influencia del C.P.M. A. Introducción. B. Disposiciones preliminares (§1). C. Principios generales de culpabilidad (§2). D. Principios generales de justificación (§3). E. Principios generales de responsabilidad (§4). F. Principios generales sobre el delito imperfecto (§5).—Apéndice: Texto en español de la Parte General del C.P.M. (se publicará en el fascículo I/93 de esta misma Revista).

I. INTRODUCCION

Las últimas décadas se han caracterizado por un constante cambio de las instituciones penales (1), sobresaliendo en la tarea reformadora los esfuerzos desplegados por equipos de juristas al estilo del Proyecto Alternativo alemán de 1966 (2), el Código Penal Modelo para los

(1) Así han modernizado sus Códigos penales Polonia (1969), Alemania (1969, entró en vigor 1975), Austria (1975), Portugal (1982), por citar algunos países europeos. En América Latina la transformación es aún más notoria: Costa Rica (1970), Bolivia (1973), Nicaragua (1973), Guatemala (1972), El Salvador (1974), Cuba (1979), Colombia (1980), Panamá (1982), Brasil (1984) y Perú (1991) han modificado sustancialmente sus leyes penales o puesto en vigor nuestros Códigos. También puede, incluirse el caso de Puerto Rico (1974) y Proyecto de 1992. Además están en vía de adoptar nuevos estatutos España (P.A.P. 1983, reformas de 1983 y 1989 y anteproyectos de 1990 y 1992), Francia (Anteproyecto de 1976 y Proyecto de 1978), Italia (Proyecto de 1980), Argentina (Proyecto Bacigalupo de 1975), para sólo citar algunos ejemplos notorios.

Véase sobre este tema en general a JESCHECK, *Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada*, 39 Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ANDPC en adelante) 9 (1986); del mismo, *The Significance of Comparative Law for Criminal Law Reform*, 5 Hastings Intl. and Comp. Law Review 1 (1981); del mismo, *La Reforma de Derecho Penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados*, 25 ANDPC 629 (1972); DELMAS-MARTY, M., *A favor de unos principios orientadores de legislación penal*, 43 ANDPC 961 (1990); QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma penal en España*, 37/40 Documentación Jurídica 3 (1983); SINGER, R., *Symposium Model Penal Code*, Foreword, 19 Rutgers Law Journal 519 (1988); BAUMANN, J., *Problemas reales y problemas aparentes de la reforma del Derecho penal*, Libro homenaje a José Peco (1972). Véase además a GAINER, *Report to the Attorney General on the Federal Criminal Code Reform*, 1 Criminal Law Forum 99 (1989); FITZGERALD, *New Development in Criminal Law*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 1271 (1991); BERISTAIN, *La Reforma del Código Penal Alemán*, 22 ANDPC 371 (1969); ROXIN, *La Política Criminal de la Actualidad*, en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal 5 (1982), y PLAWSKI, *Les Principes généraux de L'avant-project et le droit pénal comparé*, 50 Revue Internationale de Droit Penal 107 (1980).

(2) Véase *Alternative Draft of a Penal code for the Republic of Germany*, Littleton-London, 1977.

Para una versión en español puede consultarse a BUSTOS RAMÍREZ, J. y VALENZUELA BEJAS, M., *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, Buenos Aires, 1981, Vol. III, pp. 745-777.

EE.UU. (borrador de 1962 y segundo edición de 1985) (3) y el Código Penal Tipo para América Latina (4).

De igual manera los estudios comparativos han demostrado su eficacia en la tarea de armonizar las soluciones de los problemas fun-

Sobre su historia véase, además, a BERISTAIN, A., *artículo cit., supra*, nota 1, pp. 373-4; JESCHECK, H. H., *La reforma del Derecho Penal alemán, cit. supra*, nota 1, p. 639; del mismo, *Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal alemán*, 29 ANDPC 5, 6-7 (1976).

(3) Utilizo el texto oficial publicado por el American Law Institute, *Model Penal Code*, Complete Statutory Text, Philadelphia, 1985, con prólogo de Herbert Wechsler. El Código Penal Modelo (C.P.M. en adelante) fue aprobado por el American Law Institute (A.L.I. en adelante) el 24 de mayo de 1962 en la reunión ordinaria anual de esa institución. La bibliografía que ha generado es muy extensa y excede los límites de este trabajo introductorio. Sin embargo, en lo relativo a sus efectos sobresalientes reseñaré las recientes contribuciones monográficas: JESCHECK, H. H., *Significance of Comparative Law, cit., supra*, nota 1, pp. 17-8; KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents*, 19 Rutgers Law Journal 521 (1988); DRESSLER, J., *Reflections to Excusing Wrongoers: Moral Theory, New excuses and the Model Penal Code*, 19 Rutgers Law Journal 671 (1988); REMINGTON, F., *The Future of the Substantive Criminal Law Codification Movement-Theoretical and practical concerns*, 19 Rutgers Law Journal 867 (1988).

(4) La edición utilizada es la preparada por el Instituto de Ciencias Penales de Chile (Secretariado ejecutivo de la Comisión redactora del Código Penal Tipo —C.P.T. en adelante—), bajo la dirección del Prof. Francisco GRISOLÍA, Santiago de Chile, 1973 (3 volúmenes). La bibliografía relativa al C.P.T. también es abundante. Sobresalen las contribuciones de NOVOA MONREAL, *La armonización del Derecho Penal en América Latina*, Estudios Penales en homenaje a Tulio Chiossone, Caracas, 1980, pp. 603-620; RODRÍGUEZ-DEVESA, J. M., *La X Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, 28 ANDPC 293 (1975); ROMEO PÉREZ, J. E., *Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica*, 25 ANDPC 425, 426-9 y 454-5 (1972); DE MIGUEL PÉREZ, I., *Código Penal para Latinoamérica*, 36 ANDPC 533 (1983); RIVACOBAY Y RIVACOBAY, M., *Pensamiento Penal y Criminológico del C.P.T. para Iberoamérica*, 11 Derecho Penal y Criminología 62 (1989); y, recientemente, DAHL, *The Influence and Application of the Standard Penal Code for Latin America*, 17 Am. J. Crim. Law 235 (1990).

Para un parecer crítico véase, entre otros, a BUSTOS RAMÍREZ, J. y VALENZUELA BEJAS, M., *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, Buenos Aires, 1981, T. I, pp. 1-38, quienes sostienen:

«..., el Código Penal Tipo ha sido una contribución importante en el ámbito jurídico-penal, ya que por primera vez, en forma sistemática, ha posibilitado un intercambio de experiencias e investigaciones, impulsando un trabajo común de análisis» (p. 9).

Sin embargo,

«Una vez más se permaneció en el mero campo especulativo y lógico-formal, completamente desconectado tanto de la realidad legislativa como social; nuevamente se perdió la oportunidad de realizar una labor que significara verdaderamente un aporte y señalara una ruta propia conforme a las realidades social-políticas de Latinoamérica...» (p. 11).

damentales (5), aun cuando todavía persistan las particularidades estilísticas de cada sistema, sea el Derecho civil o continental, sea el Derecho común o anglosajón.

Este artículo se dedica al estudio introductorio de la influencia del Código Penal Modelo (C.P.M.), tanto en el pensamiento científico norteamericano como en relación con los cambios registrados en las jurisdicciones estatales en los últimos 30 años. En este sentido vale la pena resaltar desde ahora que dicha influencia es un hecho notorio, dado que la mayoría de los tratadistas de EE.UU. han asimilado las nuevas orientaciones derivadas del C.P.M., amén de las similitudes que guardan cerca del 80% de las legislaciones de ese país.

Sin embargo, todavía queda un largo camino por recorrer, puesto que a nivel federal no se ha producido la esperada transformación (6); y en no pocos casos v.gr.: el C.P. de Puerto Rico de 1974 (7), el haber tomado a medias el C.P.M. ha ocasionado más problemas que resultados positivos.

(5) Véase a JESCHECK, *The Significance of Comparative Law for Criminal Law reform*, cit., supra, nota 1, pp. 1-15; ANCEL, *Reflexiones sobre estudios de Derecho Penal comparado*, en Problemas actuales del Derecho Penal y la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 609-619; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Códigos Penales Iberoamericanos*, Estudio de Legislación penal comparada, Caracas, 1946, Vol. I, pp. 416-7; ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, México, 1988, T. I, pp. 296-9.

(6) Véase a GAINER, cit., supra, nota 1, pp. 111-130.

(7) Véase al respecto a SILVING, H., *A penal Code by prosecutors for prosecutors*, 36 Rev. Col. Abog. Puerto Rico 865, 869-871 (1971); MIRÓ CARDONA, J., *Borrador para un Proyecto de Código Penal Puertorriqueño*, 41 Rev. Jur. UPR 401, 405 (1972); NEVARES MUÑOZ, D., *Evolution of Penal Codification in Puerto Rico: A Century of Chaos*, 51 Rev. Jur. UPR 87, 131-158 (1982); del mismo, *Análisis crítico del Código Penal de Puerto Rico*, 24 Rev. Jur. U.I.A., 5, 5-8 y 10-18 (1989); y del mismo, *Derecho Penal Substancial*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 953, 968-979 (1991); del mismo, *Derecho Penal Substancial*, 61 Rev. Jur. U.P.R. (1992); GRANADOS, *Derecho Penal Substancial*, 59 Rev. Jur. UPR 285, 311-2 (1990); del mismo, *Estudio comparativo de la culpabilidad en Puerto Rico (Faz positiva)*, 61 Rev. Jur. 71, 77-84, 91-94, 103-113 (1992); del mismo, *Las defensas derivadas de la insanidad mental ¿Dónde está Puerto Rico?*, en 53 Rev. Col. de Abog. 47, 52-57 (1992); y, del mismo, *El delito de asesinato en segundo grado entre el homicidio involuntario y el preterintencional: Comentarios en torno a la propuesta de revisión del Código Penal de Puerto Rico*, 61 Rev. Jur. U.P.R. 361, 364-385 y 398-408 (1992).

A propósito conviene adelantar la situación particular del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en cuanto a sus instituciones penales se refiere. Puerto Rico presenta un fascinante entronque entre las tradiciones civilista y anglosajona, por lo que es calificado por algunos como de Derecho mixto. (Véase a TRIÁS MONGE, *El sistema judicial de Puerto Rico*, Río Piedras, 1988, p. 245; y, GRANADOS PEÑA, *Estudio comparativo de la culpabilidad en el sistema penal de Puerto Rico*, cit., supra, nota 7, p. 73, escolio n.º 4). En efecto, no puede ocultarse ni minimizarse la notable influencia de la herencia hispánica (en Puerto Rico alcanzó a regir el C.P. español de 1870), ni de la legislación argentina; aquella por más de 400 años de vinculación política y cultural y ésta por la

Para el lector de habla hispana y, sobre todo, para quienes creen en la opción de un continente americano integrado supranacionalmente, es de vital importancia conocer las bases de la estructura del Sistema de Justicia Criminal de los EE.UU. A diferencia de los problemas constitucionales y procesales que son ampliamente divulgados en nuestra órbita cultural (8), los de índole sustancial son ignorados, circunstancia que ni permite el progreso de la ciencia penal continental, ni ofrece la opción de enriquecer la ciencia angloamericana mediante la comparación.

La utilidad de este mutuo conocimiento trasciende la fase teórica. En efecto, merced a la cada vez mayor colaboración judicial internacional (9), resulta imprescindible dominar las orientaciones penales

formación del principal redactor del proyecto de Código Penal, profesor Francisco PAGÁN RODRÍGUEZ (véase *Proyecto de Código Penal*, Departamento de Justicia, San Juan, 1967). Sin embargo, a la par pueden ubicarse otros aspectos en donde se siente el peso de la mutación experimentada con los cambios legislativos y jurisprudenciales en lo penal, ocurridos a partir de 1900, principalmente el Código Penal de 1902 [véase a GONZÁLEZ VALES, *Apuntes para una historia del proceso de adopción del Código Penal luego del cambio de soberanía*, 1 Rev. Acad. Puert. de Jur. y Leg. 141 (1989)]. Por tal motivo se perfila claramente el estilo norteamericano en la configuración de algunas de sus principales normas punitivas, particularmente en la parte especial.

De la parte general debe resaltarse que el C.P.M. tuvo un impacto moderado. El eclecticismo característico del Código Penal vigente de 1974, se puede observar en consecuencia, de forma dual. Preeminencia continental de la parte general y angloamericana de la parte especial. Tal vez la excepción más sobresaliente sea la relativa a la imputabilidad, dado que el criterio general de incapacidad mental (artículo 30), se adoptó casi textualmente del C.P.M. (§ 4.01). Véase *infra* apéndice.

(8) Sobre la importancia de este análisis véase a NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, pp. 110-111.

Recientemente se han publicado, entre otros, los siguientes textos: CARRIO, A., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Análisis comparativo en función de una reforma procesal*, Buenos Aires, Eudeba, 1990; RESUMIL, O. E., *Derecho Procesal Penal*, Oxford, Equity, 1990, vol. I; y CHIESA, E., *Derecho Procesal Penal de Estados Unidos y de Puerto Rico*, Santa Fe de Bogotá, Forum, 1991, vol. I, 1992, vol. II.

(9) Sobre desarrollos recientes véase, entre otros, a BARLETTA, *La colaboración judicial en los países de la América Latina*, 2 Rev. Acad. Puert. de Jur. y Leg. (1990); CARLSON and ZAGARIS, *International Cooperation in Criminal Matters: Western Europe's International Approach to International Crime*, 15 Nova Law Review 551 (1991); BASSIOUNI, *A Comprehensive Strategic Approach on International Cooperation for the Prevention, Control and Suppression of International and Transnational Criminality*, 15 Nova Law Review 356, 366-371 (1991); NODELMANN, *The Role of the United States in the International Enforcement of Criminal Law*, 31 Harvard International Law Journal 37, 45-74 (1990); FREI and TRESCHOEL, *Origins and Application of the United States - Switzerland Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 31 Harvard International Law Journal 77, 89-97 (1990); HEYMANN, *International Cooperativa in Dealing Terrorism: A Review of Laward Recent Practice*, 6 Am V. I. Int'l. Law and Policy, 1, 16-32 (1990); y GRANADOS, *Teoría general del delito político y sus proyecciones en el Derecho Penal internacional: Propuesta para la abolición del delito político*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 1183, 1205-1212 (1991).

principales de cada sistema para poder estructurar en términos pragmáticos dicha asistencia v. gr. tratados de extradición (10).

En este artículo se presenta la estructura del C.P.M. en relación con las legislaciones estatales después de una breve reseña sobre la historia del C.P.M. y su impacto en los especialistas norteamericanos. Para ello se utiliza un esquema sinóptico y comparativo, el cual sirve de guía para medir la influencia que en las jurisdicciones analizadas ha tenido el C.P.M. (11) y, por último, se acompaña la traducción al español del C.P.M. (Parte General).

II. ORIGEN DEL C.P.M. Y LA EVOLUCION DE LA CIENCIA PENAL NORTEAMERICANA

A. «Common Law Crimes»:

Las dos grandes tradiciones jurídicas contemporáneas, presentan importantes similitudes en el Derecho Penal. No siempre fue así. De hecho, el principio básico de legalidad es un fenómeno de reciente factura en el Derecho común, puesto que en Inglaterra sólo vino a consolidarse en 1972 con *Knuller* (12), en Canadá en 1955 (13), en la India en

(10) Véase al respecto, además, a KENNEDY, D. M., STEIN, T., y RUBIN, A., *The Extradition of Mohammed Hamadei*, 31 Harvard International Law Journal 5, 12-20 (1990); WILLIAMS, S., *The Double Criminality Rule and Extradition: A Comparative Analysis*, 15 Nova Law Review 581 (1991); y, naturalmente, el clásico texto editado por ROBCEWICZ, TUBKOUSKI, K., *Cooperación interamericana en los procedimientos penales*, México, 1983.

(11) Se sigue el modelo sugerido por algunos como DAHL, H., *artículo cit. supra*, nota 1, pp. 261-2; TREIMANN, D. M., *Recklessness and the Model Penal Code*, 9 Am. J. Crim. Law 281, 375-386 (1981); y, es el recomendado por los comentaristas del C.P.M., véase edición oficial *cit. supra*, nota 3, part. I, vol. 1, p. 3, escolio n.º 1.

(12) *Knuller v. Director of Public Prosecutions* (1973) A.C. 435 (H.L.). Hay que señalar que aún cuando era infrecuente crear delitos por jurisprudencia en el Siglo XX, la controversia se planteó seriamente con el famoso caso del directorio de damas («Ladies' Directory Case») resuelto en favor de dicha creación en *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, (1962) A.C. 220 (H.L.)

Véase al respecto a WILLIAMS, G., *Criminal Law, The General Part*, London, 1961, pp. 575-608; y, sobre todo, STUART, D., *Canadian Criminal Law*, Toronto, 1987, páginas 15-21.

Véase, también, sobre *Shaw* y *Knuller*, a LA FAVE, W. and SCOTT, A., *Substantive Criminal Law*, St. Paul, 1986, T. I, pp. 88-103, especialmente el escolio n.º 13. Véase igualmente a SINGER, R. y GARDNER, M., *Crimes and Punishment: Cases, Materials and Readings in Criminal Law*, New York, 1989, pp. 169-175; y ZAFFARONI, E. R., *Tratado...*, *cit. supra*, nota 5, T. I, pp. 133-4.

Véase, además, a NINO, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, pp. 105-107.

(13) Aún cuando el primer Código Penal de 1892, siguió las recomendaciones del proyecto de STHEPEN (véase *infra*, nota 57), no se consignó la prohibición de

1860 (14), y en los EE.UU. a nivel federal en 1811 (15), aun cuando a nivel estatal todavía esté por concluir (16).

El problema fundamental radica en la facultad de crear los delitos e imponer las sanciones, que a fin de cuentas es la esencia del Derecho Criminal. El Derecho Común en sus orígenes se desarrolló sobre la base de su construcción judicial, lo que con el devenir de la ciencia criminal anglosajona se denominaron «Common Law Crimes» (17); v. gr. el

crear judicialmente delitos sino hasta 1950 por el caso de *Frey v. Fedoruk* (1950), S.C.R. 517 y a nivel legislativo con la enmienda introducida a la Sección 8 del Código Criminal Federal. Véase al respecto a STUART, D., *ob. cit.*, *supra*, nota 2, p. 3 y 17; WILLIAMS, G., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 583-4; y FITZGERALD, *cit.*, *supra*, nota 1, pp. 1273-6; del mismo, *Codes and codifications: Interpretation, Structure and Arrangement of Codes*, 2 Criminal Law Forum 127 (1990). Por cierto, debe aclararse que no se trata de un nuevo Código Penal como lo sugiere ZAFFARONI, E. R., *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 5, T. I, p. 398.

(14) Se trata del Código Macaulay de ese año. Véase *infra*, nota 45. Véase además a WILLIAMS, G., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, p. 584. Nótese que el Proyecto Macaulay data de 1837, pero fue sólo hasta 1860 que se aprobó. Además, vale la pena mencionar que la influencia del proyecto Stephen de 1878-9, se hizo notar también en Nueva Zelanda (1893), Queensland (1899), Western Australia (1902) y Tasmania (1924). Véase al respecto, a WILLIAMS, G., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 583-4.

Otra particularidad es la constante revisión de los estatutos penales para ajustarlos a los cambios de la época y sistematizarlos, según el avance de la ciencia criminal. Así, por ejemplo, desde 1972 funciona en Canadá la Comisión para la reforma del Derecho, la cual produjo en 1986 un Proyecto de Código Penal. Véase a STUART, D., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 3-4.

De igual forma operan en las otras jurisdicciones anglosajonas, comités o comisiones encargadas de actualizar los Códigos y proponer enmiendas o, incluso, proyectos completos. Véase, por ejemplo, *Tasmanian Law Reform Commission, Report on Insanity, Intoxication and Automatism*, 14 Criminal Law Journal 213 (1990); y, principalmente, GOODE, M., *Codification of the Australian Criminal Law*, 16 Criminal Law Journal, 5, 5-8 y 16-19 (1992).

(15) Debido a que una decisión de los jueces creando delitos, significaría una intromisión en las funciones del Congreso, afectándose con ello la separación de poderes, según resuelto por el Tribunal Supremo en *United States v. Hudson and Goodwin*, 11 US (7 Cranch) 32, 3.L.Ed. 259 (1812). *United States v. Coolidge*, 14 US (1 Wheat) 4415, 4 L.Ed. 124 (1816); y, recientemente, *Liparota v. United States*, 471 US 419, 105 S. Ct. 2084 (1985). Véase al respecto a LA FAVE and SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. I, páginas 91-4, escolio n.º 19.

(16) Dado que no aplica esta interpretación a los Estados de la Unión, por cuanto las únicas limitaciones giran en torno a las penas crueles e inusitadas, sanciones ex-post facto y vaguedad de estatutos penales. Ello no obstante que ya en más de un 80% de las jurisdicciones se trabaje con base en estatutos codificados o en proceso de adopción, siguiendo como se verá *infra*, nota 170, el C.P.M. Véase al respecto a ROBINSON, P., *Criminal Law Defense*, St. Paul, 1984, T. I, Preface; LA FAVE and SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. I, pp. 101-3; y DRESSLER, J., *Understanding Criminal Law*, New York, 1987, pp. 14-5 y 26-7, especialmente el escolio n.º 7 último.

(17) Véase sobre la historia de los «Common Law Crimes» a STEPHEN, J. F., *A History of the Criminal Law of England*, London, 1983, vol. II, pp. 75-1 y ss.; PIKE, L. A., *History of Crime in England*, Buffalo, 1983 (reimpresión facsimilar de la edi-

escalamiento (18). Sin embargo, como herencia de la ilustración (19) se fue imponiendo la necesidad de generar certeza en la conducta proscribida, amén de la prohibición de castigos Ex-post Facto, lo que dio lugar a su vez a la confección de estatutos penales que expresasen con suficiente claridad los elementos constitutivos de los delitos (20). En esto coincidía tanto el pensamiento civilista codificado, como el anglosajón.

ción de 1876), vol. II, pp. 489 y ss.; HOLMES, W. O., *The Common Law*, Boston, 1881, pp. 39-76; BASSIOUNI, M. Ch., *Substantive Criminal Law*, Springfield, 1978, pp. 14-20; LA FAVE and SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. I, pp. 88-103; y, BRUMBAUGH, J., *Criminal Law and Approaches to the Study of Law*, Westbury, 1991, páginas 229 y ss.

(18) Para una relación de los delitos típicos del Common Law receptados en los EE.UU. véase a LA FAVE y SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. I, pp. 94-5, entre los que menciona la conspiración, tentativa para cometer un crimen, incitación para cometer un crimen, utilizar un lenguaje obsceno en público, tener una casa de prostitución, maliciosamente matar a un caballo, blasfemia, negligentemente permitir que un prisionero escape, beber en público, libelo, agresión indecente, falso arresto o prisión, etc.

Véase también a BERLIN STUCHINER, T., *Delitos y penas en los Estados Unidos*, Barcelona, 1959, pp. 76 y ss.; y WILLIAMS, G., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 592-596.

(19) Véase a ZAFFARONI, E. R., *La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo*, 42 ANDPC 521, 521-3 (1989).

(20) Hay que anotar que ello era una consecuencia necesaria, desde la perspectiva histórica, aún cuando no lógica, dado que la regla de derecho puede estar diseñada previamente, tanto en un estatuto como en una decisión o conjunto de decisiones judiciales que constituyan un precedente. Naturalmente, acogiendo la teoría política y por virtud de Montesquieu, parecía mejor garantizada la libertad ciudadana con las reglas fijadas por un legislador que por una judicatura controlada por el ejecutivo. ¿Pero acaso está mejor protegida la comunidad destinataria de la norma penal —es decir todos— si la regla aparece plasmada en un artículo o sección o párrafo de un Código que en las decisiones de los tribunales? Si ello fuese así, ¿cómo explicar lo que ocurre cuando el tribunal reinterpreta el alcance de una norma y ayuda a recrear la fuente de derecho? El mejor ejemplo es *Pueblo v. Hernández*, 90 JTS 29 (1990) (disidencia del Juez Presidente Pons Núñez), en donde el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que los empleados de la compañía de Teléfonos de Puerto Rico (P.R.T.C.) eran públicos para los efectos del Código Penal. [Véase sobre la polémica del «juez legislador» a PUECH, *La Jurisprudencia penal*, 30 Archives de Philosophie du droit, 141, 141-155 (1985)]. Entiendo que se impuso históricamente como un reclamo ancien de control frente a la tiranía de los jueces servidores del «ancien regime», en un sistema que no permitía la separación de los poderes o ramas del poder público. Aquí es donde tiene sentido el hablar de las funciones garantistas y limitadoras del *Ius puniendi*, que en el mundo anglosajón son vistas como principios o corolarios (certeza, accesibilidad, no retroactividad y presunción en favor de la libertad o «Favor Rei»). Véase a WILLIAMS, G., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 575-592; y STUART, D., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 15-37. Véase, además, a BASSIOUNI, M. Ch., *ob. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 58-63. Véase, finalmente, para una posición contraria a FORTIER, *El principio de legalidad: Apuntes para un análisis crítico*, 61 Rev. Jur. U.P.R., 149, 166-181 (1992).

En los EE.UU. a nivel federal, quedó resuelto que en adición a las limitaciones penológicas (21) el sistema judicial no puede crear los delitos, sin importar que procediesen de los antiguos «Common Law Crimes». La razón esgrimida fue la indebida intromisión en las facultades reservadas por la constitución federal al Congreso, es decir, que violaría la separación de poderes, uno de los ejes del constitucionalismo norteamericano (22).

Las legislaturas estatales, quedaron en libertad en cuanto a permitir el desarrollo judicial de los delitos, siempre y cuando se respetasen las limitaciones en la punibilidad previstas en la constitución federal (23), las cuales se activan, directamente o mediante la octava enmienda (24).

Ello explica que cerca de diez legislaturas todavía conserven «Common Law Crimes», a la par de inorgánicos estatutos penales, ajenos al espíritu codificador (25).

B. Intentos de codificación:

Inmerso en las ideas derivadas del utilitarismo, Jeremy Bentham abogó por una codificación general del Derecho (26), de la que no escapó el campo criminal. Aunque personalmente no redactó ni preparó un

(21) Se trata de la 8.^a enmienda que prohíbe la imposición de castigos crueles e inusitados y la sección 9 cláusula 3.^a del Artículo I, sobre penas Ex-post Facto. Véase al respecto, DRESSLER, J., *ob. cit., supra*, nota 16, pp. 19-20 y 26-7; BASSIOUNI, M. Ch., *ob. cit., supra*, nota 9, pp. 29-32 y 41-4; LA FAVE y SCOTT, *ob. cit., supra*, nota 12, T. I, pp. 135-138 y 248-258.

(22) Véase *supra*, nota 20. Véase, además, a GUNTHER, *Constitutional Law*, Westbury, 1990, pp. 311-2; y SERRANO GEYLS, R., *Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, San Juan, 1986, T. I, pp. 571-583.

(23) Véase in extenso a LA FAVE and SCOTT, *ob. cit., supra*, nota 12, T. I, pp. 126-148 y 194-266.

(24) Según lo resuelto por el Tribunal Supremo Federal en el caso normativo de *Robinson v. California*, 370 US 660, 666 (1962). Véase al respecto a CHIESA APONTE, E., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Bogotá, 1991, T. I, pp. 34-39; y, ALVARO GONZÁLEZ, J. J., *La protección de los Derechos Humanos en Puerto Rico*, 57 Rev. Jur. U.P.R. 133-150 (1988).

(25) Véase en general a PRESSER, S., y ZAINALDI, J., *Law and American History*, St. Paul, 1980, pp. 385 y ss. En lo criminal puede consultarse también a BASSIOUNI, M. Ch., *ob. cit., supra*, nota 17-20; ADRESSLER, J., *ob. cit. supra*, nta 16, pp. 14-5, y sobre todo, FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Boston-Toronto, 1978, quien por cierto estudia críticamente las dificultades de «pensar» el Derecho Penal al estilo continental.

(26) Véase en general a BENTHAM, J., *A general view of a complete code of laws*, en *The Works of Jeremy Bentham*, London, 1962, T. III, p. 207; del mismo, *An introduction to the morals and legislation*, New York, 1948, pp. 205-336. Véase, además, dentro de la copiosa literatura sobre Bentham a MILNE, A.J.M., *Bentham's Principle of Utility and Legal Philosophie*, in *Bentham and Legal Theory*, Belfast, 1973, pp. 10-3; FITZGE-

proyecto de Código penal que siguiera esa línea, no hay duda que las bases de su pensamiento influyeron profundamente a los que harían esa tarea sistematizadora del Derecho Penal anglosajón. Así debe resaltarse el hecho de que sus directrices sobre los fundamentos pragmáticos del *ius puniendi*, al igual que las pautas de política criminal, han servido de marco de inspiración a prácticamente todos los codificadores (27).

En efecto, el Código penal para el estado de Louisiana de 1826, preparado por Edward M. Livingston (28), aunque no es el primer intento por elaborar estatutos penales en los EE.UU. a nivel estatal (29), es unánimemente reconocido como el que dio las bases al desarrollo de la ciencia jurídica penal norteamericana (30). Sin embargo,

RALD, P., *Codes and Codifications: Interpretation, Structure and Arrangement of Codes*, 2 Criminal Law Forum 127, 128-9 (1990); FRIEDLAND, M., *Codification in the Commonwealth: Earlier Efforts*, 2 Criminal Law Forum 145-147 (1990); KADISH, S., *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, 78 Columbia Law Review 1098, 1099 (1978); y del mismo, *The Model Penal Code Historical Antecedents*, 19 Rutgers Law Journal 521-522-3 (1988). Véase también a SILVING, H., *Criminal Justice*, Buffalo, Río Piedras, 1971, T. I, pp. 90-4.

Véase, finalmente, en español, a ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, México, 1988, T. II, pp. 193-199.

(27) Véase al respecto el propio reconocimiento expresado por STEPHEN, J. F., *A History of the Criminal Law of England*, London, 1883, T. II, p. 216:

«Según pasó el tiempo el estado de derecho fue severamente criticado, especialmente por Bentham, cuyas teorías sobre el Derecho habían tenido un grado de influencia práctica sobre la legislación de su país y de varios países, comparable sólo a la de Adam Smith y sus sucesores sobre el comercio. Su visión era que el Derecho existente debía ser derogado, y que en su lugar debía aprobarse un nuevo Código basado en lo que él se refería como principios filosóficos».

(28) Véase LIVINGSTON, E. M., *The Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence; consisting of systems of Penal law for the State of Louisiana and for the United States of America*, Montclair, 1968, vols. I y II (se trata de una reimposición de la edición preparada por el Juez Presidente del Tribunal Supremo Federal Salmon P. Chase en 1873).

(29) En verdad desde 1607 los estatutos penales ingleses al igual que los «Common Law Crimes» regían en las colonias americanas. Sin embargo, sólo fue a partir de la revolución americana en donde surgieron auténticos estatutos reunidos a la manera de codificaciones. Véase a POUND, R., *The development of American Law and Its Deviation from English Law*, 67 Law Quarterly Review 49, 57 (1951).

Véase, además, del mismo autor, *Jurisprudence*, St. Paul, 1959, T. III, pp. 675-9 y 705-722. Así, el decano de Harvard explica cómo fue Sir Francis Bacon quien propuso en 1614 la codificación del «Common Law», pero a pesar del apoyo recibido su labor quedó inconclusa al retirarse del cargo de Lord Chancellor.

(30) Véase, entre otros, la bibliografía de Livingston, preparada por HUNT, CH., *Life of Edward Livingston*, 1864; BASSIOUNI, M. Ch., *Substantive Criminal Law*, Springfield, 1978, p. 20; ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, México, 1988, T. II, páginas 114-117; KADISH, S., *Codifiers of the Criminal Law*, cit *supra*, nota 26, pp. 1099-1106; y del mismo autor, *The Model Penal Code's Historical Antecedents*, cit., *supra*, nota 3, páginas 523-529.

Véase, además, a SÁNCHEZ OSES, *Eduardo Livingston y la sistematización del Derecho Penal*, 15 ANDPC 507 (1962).

durante una centuria su influencia fue mínima, viviendo a florecer al ser «descubierto» por el American Law Institute (ALI), cuando inició los trabajos conducentes a un «Model Penal Code» (C.P.M.). Incluso su aceptación ha sido de tal especie, que recientemente ha sido recomendado como guía para la reforma imperiosa del sistema criminal federal (31).

De los múltiples aspectos positivos que se destacan en el Código de Livingston, sólo mencionaré el relativo al «Code of Crimes and Punishments» (32). Primero, debe resaltarse el haber intentado sistematizar los problemas de la clasificación de los delitos (33). Segundo, la eliminación de delitos de origen teocrático como el suicidio y la sodomía (34). Tercero, la vanguardista postura sobre el papel preventivo de las penas (35), aspecto en donde se notaba con mayor claridad las ideas de Bentham (36). Por ejemplo, expresaba con de-

(31) Véase el discurso del entonces Secretario de Justicia de los EE.UU. (Attorney General) Hon. Richard Thornburg, pronunciado en la reunión anual del A.L.I. el 19 de mayo de 1989 en Philadelphia (Penn.), según citado por DAHL, H., *cit., supra*, nota 4, página 260, escolio 152 in fine.

Véase, además, el informe preparado por el Juez Federal canadiense Hon. Allen M. Linden, 2 Criminal Law Forum 111 (1990), en donde señala que Thornburg desea:

«... integrar todas las ofensas importantes de una forma clara, estructurada y orientada lógicamente y siguiendo un plan definido de propósitos y principios.»

(32) El Proyecto Livingston consiste realmente en cuatro Códigos, cada uno con su correspondiente exposición de motivos. Son: 1. Código de Delitos y Penas; 2. Código de Procedimiento; 3. Código de Evidencia, y 4. Código de Corrección y Penitenciario. El primer volumen contiene las explicaciones (pp. 187-328), mientras que el otro relaciona el articulado propuesto, en el cual por cierto se distingue un primer libro (Parte General) y otro dedicado a las ofensas y sus penas (Parte Especial), para un total de 690 artículos. Sin embargo, los dos primeros capítulos (título primero) del libro segundo, tratan temas propios de la parte general v. gr. Definiciones y clasificación de las ofensas (arts. 75-81) y aspectos básicos de la punibilidad (arts. 82-108).

(33) En efecto, define ofensa (vocablo genérico equivalente al «reato» italiano o al «hecho punible» del Código Penal Tipo Latinoamericano, por cierto muy similar al criterio seguido por el C.P.M. §1.04):

«... todos los actos y omisiones que son prohibidos por la ley positiva, bajo la sanción de una pena».

(Art. 75); y a su vez, los clasifica principalmente atendiendo el bien jurídico tutelado (ver Art. 79 que incluye 15 diferentes intereses protegidos) de naturaleza colectiva y el art. 80 que contiene 6 de carácter individual.

(34) Sin embargo, mantiene dentro de las ofensas contra la moral (Libro II, Título XVI) el delito de adulterio (Cap. III, arts. 344-349). En lo que respecta al suicidio, se prohíbe su ayuda o permisión a través de la forma omisiva (art. 548).

(35) Véase arts. 82-108 y la explicación del articulado, vol. II, pp. 190-205.

(36) Véase al respecto a KADISH, *Codifiers of the Criminal Law, cit., supra*, nota 26, pp. 1100-1103, principalmente las cartas que intercambiaron Bentham y Livingston entre 1826 y 1830 (ver escolios 14-18).

talle las específicas circunstancias de agravación y atenuación de las penas (37), de forma tal que todavía supera a muchas legislaciones contemporáneas (38).

A pesar de lo anterior, no debe dejar de señalarse que mantiene el método del «Common Law Crimes» de presumir el dolo (39), aun cuando eliminó el «felony-murder rule» (40), que tantas críticas genera todavía (41).

Véase, además, el informe introductorio de los proyectos de LIVINGSTON (*supra*, nota 37, vol. I, pp. 86-7), en donde resalta las bondades de pasar de un sistema consuetudinario a otro escrito.

«En este informe, pues, me propongo demostrar la necesidad de una reforma, desde el punto de vista del estado actual de nuestras leyes penales, y para contestar las objeciones al establecimiento de un sistema escrito. Los objetivos del Derecho Penal son: definir las ofensas, prevenir que se cometan, designar y dirigir la manera de imponer la penalidad cuando son cometidas».

(37) Véase art. 102, que establece:

«Para las distintas modalidades de la misma ofensa, las agravantes y atenuantes de las penas tienen en este Código una referencia a la pena asignada a la ofensa principal; con esto se ordena que sea aumentada o disminuida con ciertas proporciones. Para aplicar esta proporción, las reglas siguientes deben ser observadas...»:

(38) Otra característica es la ejemplificación para ilustrar los conceptos utilizados en la descripción de los delitos, v. gr.: Homicidio por omisión (art. 484).

(39) Véase por ejemplo el art. 484 (Homicidio por omisión):

«Debe presumirse que lo permitió voluntariamente quien omite los medios necesarios para prevenir la muerte, cuando conoce el peligro, y puede evitarlo sin peligro de lesión personal o pérdida pecuniaria.»

(40) Conocido también como «Asesinato estatuario». En el Proyecto Livingston todas las modalidades del asesinato son intencionales y premeditadas (arts. 537-540).

Sobre la importancia de esta tesis véase a GRANADOS, *El delito de asesinato en segundo grado entre el homicidio involuntario y el preterintencional: Comentarios en torno a la propuesta de revisión del Código Penal de Puerto Rico*, 61 Rev. Jur. U.P.R. 361, 381-5 (1992).

(41) Véase, entre otros a LA FAVE and SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. II, pp. 206-233; FLETCHER, G., *ob. cit.*, *supra*, nota 25, pp. 307-319; DRESSLER, J., *ob. cit.*, *supra*, nota 16, pp. 463-473; BASSIOUNI, M. Ch., *ob. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 247-256; BRUMBAUGH, J., *ob. cit.*, *supra*, nota 17, pp. 647-672; LOEWY, A., *A Criminal Law*, Cincinnati, 1991, pp. 62-81; y, STUART, D., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 222-233. Véase también a NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, pp. 130-152.

Véase, además, los siguientes artículos: FLETCHER, *Reflections on Felony-Murder*, 12 Sw. U.L. Rev. 413 (1981); ROTH and SWADBY, *The Felony Murder Rule: A doctrine at constitutional Crossroads*, 70 Cornell L. Rev. 446 (1985); y, ALDESTEIN, *Felony-Murder in the New Criminal Codes*, 4 Am. J. of Crim. Law 249 (1975). En contra véase a CRUMP, *In Defense of the Felony Murder Doctrine*, 8 Harvard Journal Law and Public Policy 359 (1985). «The felony-murder rule» se ha eliminado en Inglaterra, Nueva Zelandia, India y Sudáfrica. Se ha propuesto su abolición recientemente en Australia y Canadá. Véase en este sentido a STUART, D., *ob. cit.*, *supra*, nota 12, p. 231; y, FITZGERALD, *New Developments in Criminal Law...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 1277.

En todo caso, no debe dejarse pasar por alto que entre las reformas que inspiró, están varias latinoamericanas como la de Nicaragua (42), Guatemala (43) y Brasil (44).

Siguiendo el orden cronológico y aun cuando se trata de un Código para otro país, debe mencionarse el de la India de 1837, redactado por una «comisión» presidida por el célebre historiador inglés Thomas B. Macaulay (45). Al igual que el de Livingston, el Código de Macaulay es secuela de la escuela utilitarista de Bentham (46), lo que explica la curiosa mixtura del Derecho musulmán e hindú con las estrictas ordenanzas británicas, a su vez, inspiradas en los «Common Law Crimes». Empero, hay que señalar que debido al escaso trasfondo en Derecho criminal de Macaulay, la obra no tiene la arquitectura sistemática del Código de Livingston, por más que en algunas partes lo siga literalmente (47). Como quiera, hay que abonar el liberalismo de Macaulay, quien pudiendo seguir a Livingston en la punición del mal llamado «delito político» (48), prefirió omitir sancionar la libertad de expresión, salvo el caso extremo de la incitación para la sedición (49).

(42) Véase, en este sentido, a ZAFFARONI, *La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria...*, cit., supra, nota 19, p. 532, escolio 31.

(43) Idem.

(44) Véase, al respecto, el interesante estudio que hace ZAFFARONI, en *La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria...*, cit., supra, nota 19, p. 530-1 y 545.

(45) Véase, al respecto, entre otros, a KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, pp. 526-529; del mismo, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors...*, cit., supra, nota 26, pp. 1106-1121; y FRIEDLAND, M. L., *Codification in the Commonwealth: Earlier Efforts*, 2 Criminal Law Forum 145 (1990). Debe señalarse que el Código Macaulay fue el primer trabajo de su género en ser aprobado en el Imperio Británico, aun cuando sólo entró en vigor hasta 1860 (Véase a FRIEDLAND, W. L., cit., supra, p. 147).

(46) Véase, en este sentido, a KADISH, S., *Codifiers of the Criminal Law...*, cit., supra, nota 26, p. 1099; del mismo, *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, pp. 526-7; FRIEDLAND, M. L., *Codification in the Commonwealth...*, cit., supra, nota 26, p. 147.

(47) A manera de ejemplo debe destacarse la eliminación del «Felony-murder-rule» (doctrina del asesinato estatuario). Véase a KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, p. 529; y del mismo, *Codifiers of the Criminal Law...*, cit., supra, pp. 1118-9.

También puede resaltarse la similar solución de los problemas generados por el «homicidio involuntario». Véase a KADISH, S., *Codifiers of the Criminal Law...*, cit., supra, nota 26, p. 1199, escolio n.º 167.

Finalmente llama la atención el uso por igual de ilustraciones o ejemplos, que pretenden explicar el alcance de los artículos propuestos. Véase a KADISH, S., *Codifiers of the Criminal Law...*, cit., supra, p. 1112-3.

(48) Para una discusión del problema en perspectiva comparada, véase a GRANADOS, *Teoría general del delito político y sus proyecciones en el Derecho Penal Internacional. Propuesta para la abolición del delito político*, 60 Rev. Jur. U.P.R. 1183 (1991).

(49) En este sentido, véase a KADISH, S., *Codifiers of the Criminal Law...*, cit., supra, nota 26, pp. 1114-5; y, al mismo, *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, pp. 527-8.

De otra parte discrepo de quienes piensan que el Código de Macaulay es más pragmático que el de Livingston (50). Un buen ejemplo de ello lo encontramos cuando trató de dilucidar uno de los problemas más difíciles del Derecho Penal substancial: la relación de causalidad. En efecto, la solución de Livingston está inspirada en su mejor conocimiento de la ciencia criminal europea, mientras que la de Macaulay está dominada por la tendencia evidenciaría del Derecho anglosajón.

Macaulay demostró una adecuada sensibilidad en relación con los problemas de la culpabilidad («mens rea»), hasta el extremo de limitar los casos de responsabilidad absoluta (51); y, lo más significativo, evitar la proliferación de los elementos subjetivos del tipo. Ello se explica dado que procuró no incluir en el propio delito el específico elemento de «mens rea», es decir, el grado, forma o especie de culpabilidad requerida. De esa manera, los problemas de obrar «a propósito» o «intencionalmente», «con conocimiento», «negligencia» o «imprudencia» son requeridos a nivel general para todos los delitos (52). Nótese la similitud con las bases de la culpabilidad adoptadas luego en el C.P.M. (53).

Por su parte R. S. Wright, abogado británico que había trabajado en la oficina de las Colonias, preparó un proyecto de Código criminal para la isla de Jamaica en 1877 (54), el cual influyó en James A. Stephen, quien para ese entonces ya tenía un borrador de su digesto (55).

(50) Me refiero a la tesis de KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, p. 528.

(51) Véase, en este sentido, a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, cit., supra, nota 26, p. 1119.

(52) Para una discusión del problema, véase a GRANADOS, *Estudio comparado de la culpabilidad en el sistema penal de Puerto Rico (Faz Positiva)*, 61 Rev. Jur. U.P.R. 71, 103 (1992).

(53) Curiosamente la literatura no ha resaltado este aspecto. Véase, entre otros, a STUART, D., *Canadian Criminal Law*, Toronto, 1987, pp. 117-124; y GAINER, R. L., *The Culpability provisions of the Model Penal Code*, 19 Rutgers Law Journal 575, 581-4 (1988).

En cuanto a la notable influencia del Código de Macaulay en el desarrollo del Derecho Penal de las colonias, puede consultarse a HARRING, S. L., *Please send six copies of the penal code*. British Colonial Law in Selangor, 1874-1880, 19 Int. Jour. of the Soc. of Law 193, 198-205 (1991).

(54) Sobre el proyecto Wright, véase, entre otros, a FITZGERALD, P., *Codes and codifications: Interpretation, Structure and Arrangement of Codes*, 2 Criminal Law Forum 127, 128-9 (1990); y FRIEDLAND, M. L., *Codification in the Commonwealth...*, cit., supra, nota 26, pp. 145-6, 148-159.

(55) En este sentido véase a FRIEDLAND, M. L., *Codification in the Commonwealth...*, cit., supra, nota 26, pp. 150-1.

Stephen poseía el dominio del Derecho criminal que le hacía falta a Macaulay, y, seguía el pensamiento de Bentham al igual que éste y Livingstone (56). Su proyecto de Código penal era realmente una sistematización de los dispersos «Common Law Crimes» que pudo preparar para la cámara de los comunes en 1879 (57), en donde utilizó los materiales reunidos para escribir su Digesto (58). De hecho, no se trataba de un verdadero Código sino más bien una versión reducida y organizada del Derecho Criminal de Inglaterra (59).

Los aspectos dignos de destacar giran en su mayoría sobre asuntos relativos a los delitos en particular v. gr., el requisito de la malicia para el asesinato, la defensa del asesinato estatutario, las lesiones negligentes, etc. (60).

Como era de esperar el proyecto de Stephen no tuvo mucho éxito, al menos en Inglaterra (61); habida cuenta que sí ejerció una gran influencia en las reformas de las jurisdicciones del Commonwealth Británico (62).

(56) En esto concuerdan los especialistas. Véase a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, cit., supra, nota 26, pp. 1121-1; FRIEDLAND, W. L., *Codification in the Commonwealth...*, cit., supra, nota 26, p. 155; y FITZGERALD, P., *Codes and codifications...*, cit., supra, nota 26, pp. 128-9.

Recuérdese que además del Digesto, STEPHEN escribió los *Comentarios a las leyes de Inglaterra* (21 ed. 1950) y, sobre todo, su monumental *Historia del Derecho Criminal de Inglaterra*, en tres volúmenes que abarcan desde el Derecho romano hasta 1882.

(57) El proyecto se completó en 1878 y fue presentado al Parlamento por Sir John Holker, siendo discutido entre noviembre de 1878 y mayo de 1879, rindiéndose un informe final el 12 de junio de 1879, pero por haber sido presentado muy tarde y cambiado el Gobierno, en 1880, finalmente no fue aprobado. Véase, al respecto, a STEPHEN, J. F., *A History of the Criminal Law of England*, London, 1883, vol. I, Preface, pp. vi-viii.

Sobre la importancia de Stephen, véase, entre otros, a NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, pp. 104-5; y JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, pp. 606-608.

(58) Idem.

(59) Idem.

(60) En este sentido, véase a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, cit., supra, nota 26, p. 1128-30; y del mismo, *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, pp. 532-3.

(61) En este sentido, véase a FRIEDLAND, W. L., *Codification in the Commonwealth...*, cit., supra, nota 26, p. 151-3. Recuérdese que Stephen era conservador y como tal tuvo el apoyo del Gobierno de Disraeli, pero con el retorno del liberal Gladstone, no tenía mucho porvenir en un Parlamento de por sí reacio a codificar.

(62) Véase, al respecto, a KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, cit., supra, nota 3, pp. 533-4.

Conviene agregar que el proyecto —o proyectos dado que fueron dos de 1878 y el revisado de 1879— de Stephen, influyeron profundamente en el preparado por Sir Samuel Griffith para Queensland (Australia) en 1897. Dicho trabajo finalmente se convirtió en el Código de 1899 y gracias a él otras jurisdicciones aprobaron estatutos similares: Western Australia (1902), Papúa, Nueva Guinea y Nigeria del Norte (1903), entre otros. Véase, en este sentido, a FRIEDLAND, M. L., *Codification in the Commonwealth...*, cit.,

Volviendo a los EE.UU., se entiende que el movimiento codificador naciera como parte del legado de Bentham en la formación del Derecho norteamericano, es decir, el reconocimiento de los postulados iluministas, moderados por el pragmatismo utilitarista (63).

El ejemplo más citado de ese movimiento codificador es el de Dudley Field. En 1864 Field terminó su trabajo de sistematización del Derecho norteamericano, el cual incluía un Código Penal, aún cuando los principales redactores de éste fueran William C. Noyes y Austin Abbott (64).

La importancia de este trabajo radicó en reunir el Derecho criminal vigente en el estado de Nueva York, sin pretender introducir reformas sustanciales (65).

Sin embargo, nadie duda de la enorme influencia que tuvo en la codificación de otros estados de la unión norteamericana, en la medida en que antes de haber sido aprobado como Código penal de New York en 1881 (66), ya lo había sido en Dakota (1865) y California (1872) (67). Además, tiene el mérito de haber eliminado los «Common Law Crimes» (68), de tal suerte que sólo podían los jueces interpretar los estatutos (69).

supra, nota 26, pp. 156-9; YEO, S.M.H., *Necessity under the Griffith Code and the Common Law*, 15 Criminal Law Journal 17 (1991); GOODE, M., *Codification of the Australian Criminal Law*, 16 Criminal Law Journal 5, 5 y 9-10 (1992); y O'REGAN, *Two Curiosities of Sir Samuel Griffith's Criminal Code*, 16 Criminal Law Journal 209 (1992).

(63) Véase, en este sentido, a KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, *cit.*, *supra*, nota 3, p. 534.

(64) Véase, en detalle, a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, *cit.*, *supra*, nota 26, p. 1130-1138.

Para una discusión del movimiento codificador de New York, véase a POUND, R., 3 *Jurisprudence* 709-713 (1959).

(65) Véase, en este sentido, a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, *cit.*, *supra*, nota 26, pp. 1133-5.

(66) Véase a POUND, R., *cit.*, *supra*, nota 64, p. 712.

(67) Véase, al respecto, a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, *cit.*, *supra*, nota 26, p. 1137-1138.

Un total de 16 Estados adoptaron el Proyecto Field, movidos en gran medida por la influencia de California. Entre ellos están Arizona, Idaho, Montana, Oregón, Utah y Wyoming. Pero, su importancia resulta todavía mayor, por cuanto constituyó el único modelo de legislación penal en Estados Unidos, hasta que Louisiana aprobó en 1942 un nuevo Código Penal. Véase, al respecto, a KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, *cit.*, *supra*, nota 3, p. 537; y MORROW, J. C., *The Proposed Louisiana Criminal Code-An Opportunity and a Challenge*, 15 *Tulane Law Review* 415 (1941).

(68) Véase, en este sentido, a KADISH, S., *Criminal Law Codifiers...*, *cit.*, *supra*, nota 26, pp. 1136-7.

(69) Véase a LA FAVE, W. and SCOTT, A., 1 *Substantive Criminal Law*, 91-101 (1986). Con todo ello no resolvió todos los problemas, siendo tal vez el más sobresaliente la distinción entre la malicia premeditada y la deliberación como criterio de tipificación del asesinato. Véase, al respecto, B. N. CARDOZO, *Law and Literature*, 70, 100-1 (1931). Para una discusión detallada, véase a GRANADOS, *El delito de asesinato en segundo grado*, 61 *Rev. Jur. U.P.R.* 361-381-385 (1992).

C. La crisis penal norteamericana:

De acuerdo con Kadish (70), salvo el caso aislado de la Louisiana en 1942 (71), la aparición del Proyecto de Código Penal de Field para New York, marcó el rumbo de la codificación en los EE.UU. hasta la aparición del C.P.M. Sin embargo, eso no significa que voces críticas no se alzarán en ese país. En efecto, autores como Barrows (72), Moran (73), Glueck (74), Abbott (75), Morrow (76), Stone (77) y, sobre todo, Hall (78), Michael y Wechsler (79), desde 1900 en adelante criticaron el estado caótico de la legislación penal, tanto estatal como federal. De manera similar, autoridades internacionales como Sellin (80) y Jiménez de Asúa (81) —para sólo citar los más conocidos— han criticado con dureza los desatinos en la codificación penal norteamericana.

Así no debe extrañar que una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial se hiciera cargo el A.L.I. (82), bajo el liderazgo de Herbert

(70) Véase *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, *cit.*, *supra*, nota 3, p. 537.

(71) Véase *supra*, nota 67. Para una tesis crítica de ese Código véase además a MORROW, C. J., *Reform of Substantive Criminal Law in Louisiana*, 27 *Rev. Jur. U.P.R.* 7 (1958); y del mismo, *Louisiana Criminal Code of 1942-Opportunities Lost and Challenges Yet Unanswered*, 17 *Tulane Law Review* 1 (1942).

(72) Véase a BARROWS, S. J., *New Legislation Washington 1900*, *cit.* por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 664 (1977).

(73) Véase a MORÁN, XII *Indiana Law Journal*, 420 (1937), según cita de JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *cit.*, *supra*, nota 5, p. 664.

(74) Véase a GLUECK, *Principles of a rational Penal Code*, 41 *Harvard Law Review* 453 (1928).

(75) Véase a ABBOTT, *The need for uniform reciprocal Criminal Law*, 20 *Journal of Criminal Law and Criminology* 582 (1930).

(76) Véase principalmente de MORROW los siguientes artículos: *Proposed Louisiana Criminal Code-An Opportunity and Challenge*, 15 *Tulane Law Review* 415 (1941); *Louisiana Criminal Code of 1942-Opportunities Lost and Challenges Yet Unanswered*, 17 *Tulane Law Review* 1 (1942); y *Reform of Substantive Criminal Law in Louisiana*, 27 *Rev. Jur. U.P.R.* 7 (1958).

(77) Véase a STONE, *An Introduction to the Codification*, 29 *Tulane Law Review* 303 (1955).

(78) Véase principalmente a HALL, J., *Science and Reform in Criminal Law*, 100 *University Penn. Law Review* 786 (1952); y *General Principles of Criminal Law*, 1-26 (1960).

(79) Véase de MICHAEL, J. y WECHSLER, H., su clásico artículo *A rationale of the Law of Homicide*, 37 *Columbia Law Review* 701 (1937); y *Criminal Law and its Administration*, 4-20 (1940).

(80) Véase a SELLIN, T., *Bulletin de la Comisión Internacional penale et penitentaire* 35 (1939).

(81) Véase su *Tratado de Derecho Penal...*, *cit.*, *supra*, nota 5, T. I, pp. 661-669.

(82) Sobre los detalles del nacimiento de la idea de un Código Penal Modelo a cargo del A.L.I. puede consultarse a WECHSLER, *A Thoughtful Code of Substantial Law*, 45 *J. Crim. L., Criminology and Political Science* 524 (1955).

Wechsler y Louis B. Schwart y con el apoyo de la Rockefeller Foundation, de la imperiosa tarea de preparar un verdadero Código Penal Modelo para los Estados de la Unión (83).

La idea original consistía en preparar una serie de documentos contentivos de los principales aspectos de la legislación penal norteamericana, es decir, una especie de Stephen's Code (84). A la vez, se quería retomar la tradición de Bentham y Livingston para que las penas tuviesen una verdadera función preventiva. Finalmente, se pretendía sistematizar, utilizando los aportes de la ciencia criminal contemporánea, los vetustos estatutos penales, empezando con la elaboración de una parte general, de acuerdo con las recomendaciones de Hall (85) y Williams (86).

D. El C.P.M. y el nuevo movimiento codificador norteamericano:

1. *El A.L.I. (A.L.I.) y el proceso de preparación del C.P.M.:*

Una vez que Wechsler y Schwartz asumieron la dirección del proyecto, se conformaron las comisiones redactoras. El objetivo era presentar un primer borrador al A.L.I. en su reunión anual para que sirviese de material de trabajo hasta lograr un texto aceptable (87). En efecto, el primer borrador tentativo fue entregado en 1953 (88), al cual le siguieron un total de doce más, que culminaron con la propuesta oficial aprobada por el A.L.I. (89). Este fue prontamente traducido al ale-

(83) Sobre la organización y distribución de tareas puede consultarse a A.L.I., *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, Philadelphia, 1985, part I, vol. I, Foreword (Herbert WECHSLER), pp. xii-xiii.

(84) Véase en este sentido a KADISH, S., *The Model Penal Code's Historical Antecedents...*, 19 Rutgers Law Journal 521, 537-8 (1988).

(85) Recuérdese su tratado *General Principles of Criminal Law*, Indianápolis, 1960, pp- 5-14.

(86) Véase su *Tratado Criminal Law. The General Part*, London, 1961, Preface, p. v.

(87) Véase, al respecto, a WECHSLER, *The Challenge of a Model Penal Code*, 65 Harvard Law Review, 1097 (1952).

(88) Véase A.L.I., *Model Penal Code, Tentative Draft n.º 1 (Submitted by the Council to the Members for Discussion at the Thirtieth Annual Meeting May 20, 21, 22 and 23, 1953*, Philadelphia, 1953.

Este primer texto contenía el Plan del Código, los principios generales de responsabilidad y los delitos contra la propiedad, junto con sus respectivos comentarios en un total de 120 páginas.

(89) Los cuales fueron sometidos en cada reunión anual de 1953 a 1960. Así, por ejemplo, el n.º 2 es de 1954 (trata del régimen penológico y delitos contra la propiedad); n.º 3 y 4 de 1955 (sobre el tratamiento de los delincuentes juveniles con ponencias de Paul W. TAPPAN y Thorsten SELLIN; lo mismo que los principios generales de Responsabilidad y los delitos sexuales). La propuesta oficial fue adoptada en la reunión anual de 1962 (mayo 24), teniendo como base el proyecto tentativo revisado (PR) de 1961, que a su vez recogió los comentarios y reacciones a los 13 borradores iniciales.

mán por Honig (90), siguiendo como documento de trabajo para los proyectos germanos que culminaron con el Código Penal de 1975 (91). La Propuesta oficial fue revisada en 1984 por el A.L.I., con miras a complementar las notas comparativas de las jurisdicciones estatales que la habían receptado (92) y ampliar los extensos comentarios de los redactores. Así, puede hablarse de un C.P.M. definitivo en 1985 (93).

2. Cambios a nivel estatal ocurridos en virtud de la elaboración del C.P.M.:

La dinámica del cambio legislativo en las jurisdicciones estatales fue evolutiva. Durante el período de crisis del Derecho Penal norteamericano, sólo se aprobó un Código diferente al proyecto FIELD (94). En el período de preparación de la Propuesta Oficial, de 1952 a 1962, se aprobaron algunas codificaciones estatales que alcanzaron a sentir el influjo de los trece borradores tentativos (95). Sin embargo, el mayor impacto tuvo lugar después de la publicación de la Propuesta Oficial en 1962 (96), e incluso, luego de la versión última del C.P.M. en 1985 (97). Así, pues, alrededor de 40 Estados han recibido la influen-

(90) Véase, en este sentido, a JESCHECK, H. H., *Significance of Comparative Law for Criminal Law Reform*, 5 *Hastings Int'l and Comparative Law Review* 1, 18 nota n.º 88 (1981).

(91) Un buen ejemplo de esta ignorada influencia son los textos del §24 del Proyecto oficial de 1962, §21 del Proyecto alternativo de 1966 y §20 del Código Penal de 1975. Véase, al respecto, a GRANADOS, *Las defensas derivadas de la insanidad mental ¿Dónde está Puerto Rico?*, 53 *Rev. Col. de Abogados* 47, 55-6, escolio n.º 30 (1992).

(92) Hasta la fecha de una forma u otra 40 jurisdicciones estatales norteamericanas y la del Estado Libre Asociado de Puerto Rico han modificado sustancialmente sus códigos penales siguiendo el C.P.M. Para una relación detallada pueden verse los cuadros comparativos anejos.

(93) Véase A.L.I., *Model Penal Code, Complete Statutory text*, Philadelphia, 1985, Foreword (H. WECHSLER).

(94) Se trata del de Louisiana. Véase *supra*, nota 71.

(95) Entre ellas se destacan Wisconsin (1956), Illinois (1962), Minnesota (1963) y New México (1963). Véase, al respecto, a REMINGTON, *A Proposed Criminal Code for Wisconsin*, 20 *Univ. Kansas City Law Review* 221 (1952).

(96) En efecto modificaron parcialmente sus legislaciones recodificándolas conforme al C.P.M. los siguientes Estados: Alabama (1980), Alaska (1980), Arizona (1978), Arkansas (1976), Colorado (1972), Connecticut (1971), Delaware (1973), Florida (1975), Georgia (1969), Hawaii (1973), Indiana (1977), Iowa (1978), Kansas (1970), Kentucky (1975), Maryland (1976), Montana (1979), Nebraska (1979), New Hampshire (1973), New Jersey (1979), New York (1967), North Dakota (1975), Ohio (1974), Oregón (1972), Pennsylvania (1973), South Dakota (1977), Texas (1974), Utah (1973), Virginia (1975), Washington (1976) y Wyoming (1983).

(97) Para mayor información, véase a LA FAVE and SCOTT, *cit., supra*, nota 12, T. I, pp. 2-6.

cia directa de este proyecto, convirtiéndose, sin discusión, en la más importante obra codificadora criminal en la historia del Derecho anglosajón (98).

La presencia del C.P.M. en las legislaciones estatales es definitiva. Pero, excede también ese contexto, en la medida en que algunas de sus tesis guardan similitud con las reformas del Derecho continental recientes, al estilo de la alemana (99). Es por dicho motivo que se insiste en un acercamiento de los dos grandes sistemas jurídicos, lo cual se vislumbra, además, con el trabajo del C.P.T. para América Latina (100) y su marcada presencia en las reformas legislativas asumidas en las jurisdicciones de ese subcontinente (101).

Sin embargo, hay que reconocer, que la tarea del C.P.M. aun cuando notable, está inconclusa. Además de los Estados que todavía no han seguido sus guías, algunas de sus instituciones principales, como la relativa a la punibilidad (Artículos 6 y 7 de la Parte General), han sido superadas por otros desarrollos (102). Pero, lo que más preocupa, es el caótico esta-

(98) Es por ello que BOYCE and PERKINS han expresado recientemente que:

«El Sistema de Justicia Criminal está en medio de un cambio dinámico. Varias jurisdicciones han puesto en vigor nuevos Códigos o revisado los viejos estatutos para aplicar los más modernos conceptos. Como quiera, el resultado refleja la variedad más que la uniformidad». (*Criminal Law and Procedure*, Westbury, 1989, p. xix).

(99) Véase, en este sentido, a DAHL, *The Influence and Application of the Standard Penal Code for Latin America*, 17 Am. J. of Criminal Law 235, 258-260 (1960); y sobre todo a JESCHECK, H. H., *The Significance of Comparative Law for Criminal Law Reform*, 5 Hastings Int'l and Comparative Law Review 1, 18 (1981), quien incluso afirma que:

«El C.P.M. (1962) es un trabajo resultado de un intensivo estudio del derecho comparado interamericano que incluye al Derecho común inglés, y en algunos puntos, al Derecho continental europeo».

(100) Véase, al respecto, a NOVOA MONREAL, E., *La armonización del Derecho Penal en América Latina*, en Ciencias del delito. Estudios varios en Homenaje a Tulio Chiossone, Caracas, 1980, pp. 603-620.

(101) Véase especialmente a DAHL, H., *The Influence...*, cit., supra, nota 4, pp. 235-242; JESCHECK, H. H., *The Significance...*, cit., supra, nota 1, pp. 19-20; y, recientemente, sobre el Código Penal del Perú de 1991, a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *El nuevo Código Penal Peruano*, 44 ANDPC 515, 516 y 573 (1991).

(102) Me refiero concretamente al controvertido *Federal Sentencing Guidelines* (1987), preparado por «The United States Sentencing Commission», compuesto por su presidente William W. WILKINS, Jr.; Michael K. BLOCK; Stephen G. BREYER; Helen G. CORROTHERS; George E. MACKINNON; Ilene H. NAJEL; Paul H. ROBINSON (quien escribió un fuerte disenso); Benjamin F. BAER y Ronald L. GAINER. Véase, al respecto, entre otros, recientemente a RHODES, *Federal Criminal Sentencing: Some measurement issues with application to pre-guideline sentencing disparity*, 81 Journal of Criminal Law and Criminology 1002, 1025-1029 (1991). Ello explica que autores de la talla de BRUMBAUGH, no transcriban en sus textos dichas secciones y, en cambio, sí incluyan la Guía Federal. Véase su ob. cit. infra, nota 131, apéndices A y B.

do de la legislación federal criminal (103), a pesar que de los esfuerzos de codificación iniciados por Ramsey Clark y Louis B. Schwartz (104), produjeron un Borrador en 1971 (105). En este sentido, el reto que tiene el A.L.I. y la comunidad académica norteamericana en general, ha sido brillantemente expuesto por Richard Thornburg en 1989: *adaptar el C.P.M. a las necesidades federales siguiendo el pensamiento de Livingston y ajustado a la ciencia penal contemporánea* (106).

E. La ciencia penal norteamericana y el C.P.M.:

A la par del advenimiento de una nueva era codificadora en los EE.UU., ha venido operando un cambio en las obras de los tratadistas norteamericanos. En buena medida ese proceso obedece a una influencia recíproca; sin embargo, puede anticiparse que ha sido más el fruto del C.P.M. que de la doctrina (107).

En efecto, a principios de siglo las obras principales giraban en torno a los libros de análisis al estilo del Wharton's (108); y, sobre todo, los célebres «case books», según el formato diseñado por el decano Landell (109). La característica fundamental de estos trabajos, era la poca —si alguna— sistematización de los problemas criminales (110) y, lo que es todavía usual, la confusión de las instituciones penales

(103) Véase, en este sentido, por todos, a GAINER, R. L., *Report to the Attorney General on Federal Criminal Code Reform*, I Criminal Law Forum 99, 139-140 (1989).

(104) Véase, al respecto, a GAINER, R. L., *Report to the Attorney General...*, cit., *supra*, nota 1, pp. 141-149.

(105) Véanse los dos volúmenes publicados, *Study Draft of New Federal Criminal Code*, Washington, D.C., 1970 y *Final Report*, Washington, D.C., 1971.

(106) Véase a THORNBURG, R., *Message to the 66th. Annual Meeting of the A.L.I.*, mayo 1989, citado por DAHL, H. *The Influence...*, cit., *supra*, nota 4, p. 260, nota 152.

(107) Véase, en este sentido, a LA FAVE and SCOTT, *Substantive Criminal Law...*, cit., *supra*, nota 12, T. I, pp. 5-6, para quienes:

«La principal contribución del C.P.M. es que representó un reexamen sistemático del Derecho Penal sustantivo».

(108) Se trata realmente de sucesivas ampliaciones del trabajo original de F. WHARTON, *A Treatise on Criminal Law*, publicado por primera vez en 1846.

(109) Para facilitar la enseñanza del Derecho y a la vez elevarlo al rango de ciencia teórica y no empírica el Decano de Harvard (LANDELL) ideó los «casebooks», o libros que contenían las decisiones de los tribunales y los comentarios del autor.

En materia criminal substancial las obras de mayor consulta (al menos las más citadas) eran F. B. SAYRE, *A Selection of cases on Criminal Law*, New York 1978; J. B. WAITE, *Cases on Criminal Law and Procedure*, Chicago, 1937; y, sobre todo, los trabajos ya clásicos de 1937; J. MICHAEL and H. WECHSLER, *Criminal Law and its Administration, Cases, Statutes and Commentaris*, Chicago 1940; J. HALL-S. GLUECK, *Cases on Criminal Law*, Boston, 1940; y J. HALL, *Cases and Readings on Criminal Law and Procedure*, Indianápolis, 1949.

(110) En este sentido, véase a JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, cit., *supra*, nota 5, T. I, pp. 670-1.

substanciales con los de índole procesal y evidenciario. La mayor parte de los autores, además presentaban una clara afiliación a los movimientos neoclásicos (111), aun cuando se notan algunos defensores sociales (112). También debe resaltarse el notable desarrollo de los estudios criminológicos liderados por Glueck (113) y Shunderland (114). Finalmente, el análisis exhaustivo de la jurisprudencia hecho en los «Law Review», son indicativos del éxito del método «realista» en los EE.UU. (115), situación que explica por sí misma, el abandono de esfuerzos comparatistas que lograsen un acercamiento con la ciencia europea (116), o al menos, un avance en la teoría penal (117).

(111) Véase al respecto a JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, cit., supra, nota 5, T. I, p. 667, quien sostiene tímidamente que:

«Parece, sin embargo, cuando se contemplan las penas establecidas y los propósitos de represión y prevención expresados en el preámbulo y en el texto, que su tendencia está lejos del positivismo y que cabría considerarlo neoclásico.»

(112) En general, véase a CANALS, J., *Classicism, Positivism and Social Defense*, 50 J. Criminal Law, Criminology and Police Science 541 (1960).

Sobre la pretendida afiliación a la defensa social, véase principalmente al recién fallecido ANCEL, M., *Social Defense*, Littleton, 1987, pp. 122-123, nota 95, 124, nota 99 y 283, nota 47, quien por cierto cita en apoyo de su tesis a SCHWARTZ, *Le project de Code Pénal, de American Law Institute*, en Rev. Science Crimene et droit Penal Comparé 37 (1957).

(113) Véase principalmente de S. and E. GLUECK, *Five Hundred Criminal Careers* (1979), *Five Hundred Delinquent Women* (1934), *Later Criminal Careers* (1937), *Physique and delinquency* (1956), *Predictory delinquency and crime* (1959), *Ventures in criminology* (1967), *Toward a typology of juvenile delinquency* (1970), *Of delinquency and crime* (1974).

(114) Con su ya clásico estudio *White Collars Crime*, New York, 1949. Hay una nueva edición con introducción de GEIS, G. y GOFF, C., publicada por Yale University Press, New Haven, 1983.

(115) Entendiendo por tal la corriente de pensamientos ius filosófica para la cual lo verdaderamente importante del estudio del Derecho es la capacidad de predictibilidad de la norma que se va a aplicar en los tribunales. Véase para una discusión básica a COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, 1991, pp. 186-190.

(116) No obstante hay que descartar, los trabajos de los profesores Helen SILVING (*Essays on Mental Incapacity and Criminal Conduct*, Springfield, 1968; *Criminal Justice*, Buffalo, 1971 —en dos volúmenes—; y, *Elementos constitutivos del delito*, Río Piedras, 1977); G.O.W. MUELLER (*Comparative Criminal Law in the United States*, Littleton 1970); Edward M. WISE (*Studies in Comparative Criminal Law —with G.O.W. MUELLER—*, Littleton 1975); M. Cherif BASSIOUNI (*Substantive Criminal Law*, Springfield, 1978); y, sobre todo, George FLETCHER (*Rethinking Criminal Law*, Boston-Toronto, 1978), por cuanto han procurado al menos estudiar comparativamente los principales problemas jurídico penales (v. gr.: *El dolo eventual en Fletcher*, cit., supra, nota 25, páginas 439-454). De hecho este último es coautor con Albin ESER de *Justification and excuse*, Freiburg, 1987-8 (2 volúmenes); estudio que es indicativo de las amplias posibilidades de análisis comparativo entre los dos sistemas.

(117) Así, sólo pueden considerarse como de significativa influencia los trabajos de J. HALL, cit., supra, nota 78; Glaville WILLIAMS, cit., supra, nota 12; y, recientemente,

De todas formas, es de abonar el esfuerzo de los críticos del sistema, pues debido a ellos surgió la opción de modernizar el sistema penal con la elaboración del C.P.M. y a través de esta obra, propiciar el desarrollo ulterior de la ciencia criminal anglosajona.

Lo anterior explica por sí mismo que los principales trabajos en Derecho Penal se hayan producido después de la publicación de la Propuesta Oficial en 1962. De ellos hay que destacar las obras de Boyce y Perkins (118), Johnson (119), Foote y Levy (120), Hall, George y Force (121), Kaplan y Weisberg (122), Vorenberg (123), Weinreb (124), Kadish y Shullhofer (125), Dix y Sharlot (126), Inbau, Moenssens y Bacigal (127), Low, Jeffries y Bounie (128), Bassiouni (129), Singer y Gardner (130), Brumbaugh (131), Moskowitz (132),

los esfuerzos teóricos de Andrew ASHWORTH [*Towards a Theory of Criminal Legislation*, 1 *Criminal Law Forum* 41 (1989)]. Véase al respecto a FITZGERALD, *New Developments in Criminal Law: Implications for the International Scene*, 60 *Rev. Jur. U.P.R.* 1271, 1277-8 (1991).

(118) Véase R. BOYCE and R. PERKINS, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, Westbury, 1989.

(119) Véase P. JOHNSON, *Criminal Law: Cases, Materials and Test*, St. Paul, 1985.

(120) Véase C. FOOTE and R. LEVY, *Criminal Law: Cases and Materials*, Boston, 1981.

(121) Véase J. HALL; B. GEORGE, Jr. and R. FORCE, *Criminal Law and Procedure: Cases and Readings*, Charlottesville, 1983.

(122) Véase a J. KAPLAN and R. WEISBERG, *Criminal Law: Cases and Materials*, Boston, Toronto, 1986.

(123) Véase a J. VORENBERG, *Criminal Law and Procedure: Cases and Materials*, St. Paul, 1981.

(124) Véase a LI. WEINREB, *Criminal Law: Cases, Comments, Questions*, Westbury, 1986.

(125) Véase a S. KADISH and S. SCHULHOFER, *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, Boston, Toronto, 1989.

(126) Véase a G. DIX and M. SHARLOT, *Criminal Law: Cases and Materials*, St. Paul, 1987.

(127) Véase a A. MOENSSENS, F. INBAU and R. BACIGAL, Westbury, 1992.

(128) Véase a P. LOW; J. JEFFRIES, Jr., and R. BONNIE, *Criminal Law: Cases and Materials*, St. Paul 1986.

(129) Véase a M. Ch. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes*, Springfield, 1969; y *ob. cit.*, *supra*, nota 17.

(130) Véase a R. SINGER and M. GARDNER, *Crimes and Punishment: Cases, materials and Readings in Criminal Law*, New York, 1989.

(131) Véase a J. BRUMBAUGH, *Criminal Law and Approaches to the study of Law: Cases and Materials*, Westbury, 1991.

(132) Véase a M. MOSKOWITZ, *Cases and Problems in Criminal Law*, Cincinnati, 1989.

Cook y Marcus (133), y sobre todo, Fletcher (134), Robinson (135), La Fave y Scott (136), Dressler (137) y Loewy (138).

En la mayoría de ellos se transcribe el C.P.M., sea total o parcialmente (139). Además, se percibe la estructura del C.P.M. en la construcción de las obras reseñadas, particularmente en la distinción de la parte general frente a la especial (140); el análisis comparado del «Common Law Crimes» con el «Statutory Criminal Law» partiendo del C.P.M. (141); el estudio sistemático de los principales problemas criminales según el orden y propósito del C.P.M. (142) y, lo más importante, el continuo proceso de armonización de las diferentes tesis y soluciones (143).

(133) Véase a J. COOK and P. MARCUS, *Criminal Law*, New York, 1988.

(134) Véase a G. FLETCHER, *ob. cit.*, *supra*, nota 25.

(135) Véase a P. ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, St. Paul, 1984; y, *Fundamentals of Criminal Law*, Boston, Toronto, 1988.

(136) Véase a W. LA FAVE and A. SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12.

(137) Véase a J. DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, New York, 1987.

(138) Véase a A. LOEWY, *Criminal Law: Cases and Materials*, Cincinnati, 1991.

(139) A manera de ejemplo, véase a BRUMBAUGH, *ob. cit.*, *supra*, nota 17, pp. 877-946; KAPLAN and WEISBERG, *ob. cit.*, *supra*, nota 122, pp. 1117-1175; KADISH and SCHULHOFER, *ob. cit.*, *supra*, nota 125, pp. 1179-1248; LA FAVE and SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. II, pp. 479-567; LOEWY, *ob. cit.*, *supra*, nota 138, pp. 485-533; ROBINSON, *Fundamentals on Criminal Law*, *cit.*, *supra*, nota 135, pp. 1001-1056; y, SINGER and GARDNER, *ob. cit.*, *supra*, nota 130, apéndice 1.

(140) Aún cuando no siempre se aprecie con la misma claridad sistemática propia de las obras de la doctrina continental. Siguen ese modelo LA FAVE and SCOTT, *cit. supra*, 12, T. I (completo) y T. II, pp. 1-178; y DRESSLER, *ob. cit.*, *supra*, nota 16, pp. 1-44 y 63-444. En el fondo lo hace pero invirtiendo el orden (primero la parte especial y luego la general) FLETCHER, *ob. cit.*, *supra*, nota 25, pp. 391-875. Con todo, la tendencia es a estudiar primero el equivalente de la teoría del delito en su faz positiva, para luego de ver algunos delitos principales proceder al análisis cuidadoso de las defensas, finalizando en algunos casos con la punibilidad. Véase en esta línea a BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, *cit.*, *supra*, nota 17, pp. 1-228 y 441-512; BRUMBAUGH, *ob. cit.*, *supra*, nota 17, pp. 1-106, 121-228 y 715-875; COOK and MARCUS, *ob. cit.*, *supra*, nota 133, pp. 1-290 y 591-897; HALL, GEORGE and FORCE, *ob. cit.*, *supra*, nota 78, pp. 1-141 y 425-780; KAPLAN and WEISBERG, *ob. cit.*, *supra*, nota 122, pp. 1-179 y 471-1007; KADISH and SHULHOFER, *ob. cit.*, *supra*, nota 125, pp. 113-363 y 587-1087; LAW, JEFFRIES and BONNIE, *ob. cit.*, *supra*, nota 178, pp. 111-778, 792-816 y 967-1053; MOENSSSENS, INBAU and BACIGAL, *ob. cit.*, *supra*, nota 127, pp. 17-118, 156-437 y 794-1111; MOSKOWITZ, *ob. cit.*, *supra*, nota 132, pp. 3-14 y 161-397; ROBINSON, *Fundamental of Criminal Law*, *cit.*, *supra*, nota 135, pp. 1-574 y 665-999; y, SINGER and GARDNER, *ob. cit.*, *supra*, nota 130, pp. 45-325 y 472-974.

(141) Como lo hace, por ejemplo, P. LOW, *Criminal Law*, St Paul, 1990.

(142) Véase la estructura de la obra en lo tocante a la parte general, *infra*, nota 154.

(143) Véase en este sentido las «profecías» del Prof. ROBINSON, en *Four predictions for the Criminal Law of 2043*, 19 Rutgers Law Journal 897, 910-911 (1988):

«Estas son, entonces, mis predicciones:

Mayor adherencia a los principios de legalidad y culpabilidad y un aumento en la racionalización y sistematización del Derecho Penal. Hay, por supuesto,

Sin embargo, la notoria influencia del C.P.M. en la doctrina norteamericana ha producido un fenómeno preocupante. Se trata de la parálisis de su desarrollo. En efecto, salvo lo relativo a la punibilidad y algunos aspectos de las defensas de insanidad mental (144), la mayor parte de los autores se limitan a glosar el C.P.M., sobresaliendo por su ausencia una labor crítica. A lo sumo sintetizan el estado de la jurisprudencia sin aportar su criterio propio. Tal síndrome no es inusual cuando se realizan tareas codificadoras de esa magnitud. Empero, no parece saludable que la parte más dinámica del proceso de transformación de un sistema jurídico cualquiera, se abstenga de proponer nuevas soluciones.

Por lo demás, debe ser foco de constante atención que el acercamiento con los sistemas civilistas haya mermado. Ni siquiera los laudables esfuerzos desplegados por las organizaciones profesionales como la A.I.D.P. (145) han abonado el camino. ¿Qué consecuencias pueden surgir de esa situación? Estimo que la más apremiante sería un rezago mayor de la ciencia y el Derecho criminales de los EE.UU. frente a sus homólogos europeos y latinoamericanos. Ello se visualiza con las todavía reconocidas formas de responsabilidad objetiva, limitaciones en la elaboración de los tipos penales, entre otros muchos anarcismos superstitiosos (146).

muchos autores quienes creen que existen pocos principios unificadores en el Derecho Penal, que el Derecho Penal es, en gran medida, el producto de fuerzas socio-políticas en lugar de principios racionales. (...) el Derecho Penal será producto de fuerzas políticas, al azar y colaterales, a menos que estudiosos y reformistas activos puedan superar esas influencias para guiar al Derecho Penal de acuerdo con los principios racionales».

(144) Véase con más detalle, al respecto, a GRANADOS, *Las defensas derivadas de la insanidad mental ¿Dónde está Puerto Rico?*, cit., supra, nota 7, pp. 77-80.

(145) Association International de droit penal que actualmente preside M. Cherif BASSIOUNI. Recientemente pretende moverse en esa dirección «the society for the reform of criminal law», entre cuyos miembros se destacan los profesores Andrew Y. ASWORTH (London), Kathleen F. BRICKEY (St. Louis), Neil CAMERON (Wellington), Anthony N. DOOB (Toronto), Josua DRESSLER (Detroit), Albin ESER (Freiburg), Geoffrey HAZARD (New Haven), Bárbara B. HUBER (Freiburg), Paul ROBINSON (Camden), Richard G. SINGER (Camden), Dan STUART (Kingston, Canadá), Andrew Van HIRSH (Newark) y, no podía faltar, Herbert WECHSLER (New York).

(146) Recuérdesse la doctrina de la «strict liability», frecuentemente utilizada en los delitos corporativos (C.P.M. §§ 2.05 y 2.07) y en algunas modalidades del homicidio. Véase, al respecto, a GRANADOS, *Estudio comparativo de la culpabilidad en el sistema penal de Puerto Rico*, cit., supra, nota 7, p. 113; y del mismo, *El delito de asesinato en segundo grado entre el homicidio involuntario y el preterintencional: Comentarios en torno a la propuesta de revisión del Código Penal de Puerto Rico*, 61 Rev. Jur. U.P.R. 361, 398-408 (1992). Véase además recientemente a MEWETT, *The Enigma of Manslaughter*, 34 Criminal Law Quarterly 362 (1992).

Por último, la necesaria labor crítica debería resaltar los peligros constantes de un escondido espíritu de «Common Law Crimes» en el proceso de interpretación y aplicación de los estatutos penales (147).

III. ESTRUCTURA DEL C.P.M. Y SU INFLUENCIA EN LAS LEGISLACIONES ESTATALES DE EE.UU.

A. Estado de las codificaciones derivadas del proyecto FIELD:

El proyecto FIELD para el Estado de New York (148) fue aprobado por numerosas legislaturas, empezando por California en 1872 (149). Las características principales del proyecto eran la inexistencia de una parte general y otra especial, la simple recopilación y reproducción en muchas ocasiones inconexa de los estatutos criminales que se aplicaban en los tribunales, y una persistente incorporación de problemas evidenciarios y procesales. En todo caso, hay que resaltar que al eliminar los «Common Law Crimes» (150), el espíritu codificador primó sobre los desarrollos jurisprudenciales tradicionales.

De ahí que una de las primeras contribuciones del C.P.M. fuese la de incorporar una parte general (151), lo cual es indicativo de una incipiente sistematización de los problemas criminales substanciales. A su vez, la Parte Especial (152), se estructuró sobre la base del Bien Jurídico (153), criterio de mejor factura que el alfabético utilizado en los Códigos derivados del proyecto.

(147) Véase, al respecto, a FITZGERALD, *Codes and Codifications: Interpretation, structure and arrangement of Codes*, 2 Criminal Law Forum 127, 129-132 (1990).

(148) Véase *supra*, nota 64.

(149) Véase *supra*, nota 67.

(150) Véase, al respecto, en detalle, a LA FAVE and SCOTT, *ob. cit., supra*, nota 12, T. I, pp. 88-103, en especial las pp. 93-94, en donde aclaran que:

«Las jurisdicciones que han abolido los delitos de Derecho común no necesariamente han abolido también las defensas derivadas del Derecho común, como la defensa propia, prevención de otro delito, insanidad mental, minoridad, coerción y necesidad, especialmente cuando dichos estatutos no proveen expresamente esas defensas».

(151) La cual está comprendida en los artículos §§ 1-7. Véase *infra*, nota 154.

(152) A su vez está incluida en los artículos §§ 210-251; empero, su traducción no se incluye en este trabajo. Para consultar su texto, véase la edición oficial del A.L.I., *cit. supra*, nota 3, pp. 117-201.

(153) Al menos formalmente hablando los delitos se clasifican en el C.P.M. atendiendo al bien jurídico. Así, se tienen: la persona humana en su vida (§ 210), integridad física (§ 211) y libertad (§§ 212-213); la propiedad (§§ 220-224); la familia (§ 230); la administración pública (§§ 240-243), y el orden público y la «decencia» (§§ 250-251). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas han ignorado las consecuencias dogmáticas que se derivan del bien jurídico. De ahí que tan sólo se mencione su lejana similitud con los delitos «malum in se» y «malum prohibitum». Véase, al respecto, a LA FAVE and SCOTT, *ob. cit., supra*, nota 12, T. I, pp. 45-8.

B. Estructura del C.P.M.:

El C.P.M. se divide en cuatro grandes partes que cubren los siguientes temas: Disposiciones generales (parte general) (154), Definiciones de los delitos en particular (parte especial) (155), Tratamiento y corrección (complemento de la punibilidad) (156) y Organización del sistema correccional (157). A su vez, cada parte sigue un formato armónico en donde se encuentran artículos, secciones y subsecciones.

IV. CUADRO COMPARATIVO DE LA INFLUENCIA DEL C.P.M.

A. Introducción:

Para determinar con mayor precisión la influencia del C.P.M. en la transformación de las legislaciones estatales norteamericanas, resulta conveniente hacer énfasis en el aspecto más significativo de ese cambio: *la introducción de una parte general* (158). Se procederá, entonces, al estudio esquemático y comparativo de los primeros cinco artículos del C.P.M., dado que los otros dos, han sido rápidamente reemplazados en la práctica por la Guía Federal de Sentencias de 1987 (159).

Sin embargo, antes de abordar los detalles de la regulación propuesta por el C.P.M., debe tenerse en cuenta la naturaleza jurídica norteamericana, en particular, su metodología de análisis. Conviene recordar que aun cuando los delitos ya no son «Common Law Crimes», sí guardan una estrecha armonía debido a su historia común (160).

Además la forma de redactar los estatutos tiene la característica de ser extremadamente extensa, por cuanto persiste una exagerada tendencia definitoria de los términos. Ello explica los extremadamente largos párrafos que componen las secciones y artículos de cualquier estatuto penal. En esto, el C.P.M. no es la excepción.

(154) Compuesta por los artículos §§ 1-7, cuya traducción completa puede consultarse *infra*, Apéndice. Nótese la similitud con el proyecto de LIVINGSTON, *cit.*, *supra*, nota 32.

(155) Véase C.P.M., §§ 210-251.

(156) Véase C.P.M., §§ 301-306.

(157) Véase C.P.M., §§ 401-405.

(158) Véase, en este sentido, la Ponencia del Secretario de Justicia de Puerto Rico, Hon. Jorge PÉREZ DÍAZ, sobre la Reforma Penal de Puerto Rico (P. del S. 1229), San Juan, 1992, pp. 19-21.

(159) Véase *supra*, nota 102.

(160) Véase, en este sentido, a LA FAVE and SCOTT, *ob. cit.*, *supra*, nota 12, T. I, páginas 94-103, en especial la p. 94-5.

El C.P.M. adoptó como propósitos generales las funciones preventiva (161), garantizadora (162) y sistematizadora (163) de la tipicidad. De igual manera, definió el ámbito de la punibilidad (164), según los desarrollos contemporáneos del fin de la pena (165) y delimitó las posibilidades hermenéuticas para los jueces (166). Sin embargo, preocupa que las medidas de seguridad no se incorporen a la punibilidad, por cuanto el procedimiento de desvío previsto (167), resulta insatisfactorio al carecer de las garantías jurisdiccionales que tendría (168), si se le considerase como una sanción penal (169) (170).

(161) Véase C.P.M., §§ 1.02 (1)(a)(b)(c), *infra*, Apéndice.

(162) Véase C.P.M., §§ 1.02 (1)(d), *infra*, Apéndice.

(163) Véase § 1.02 (1)(e), *infra*, Apéndice.

(164) Véase C.P.M. §§ 1.02 (2)(a)(b)(c), *infra*, Apéndice.

(165) Véase entre otros recientemente, en CURY, *Los fines del Derecho Penal*, en Pensamiento Penal Moderno, Santa Fe de Bogotá, 1991, pp. 49-51.

Para un parecer contrario, véase a SILVING, H., *Elementos constitutivos del delito*, Río Piedras, 1977, pp. 7-10.

«Se sigue con ello que un enfoque que proponga una indiscriminada multiplicidad de propósitos, tal como el defendido por el profesor HART de la Universidad de Harvard y que fuera propuesto en el Código Penal Modelo del American Law Institute (A.L.I.), no es aceptable en una sociedad libre» (p. 9).

(166) Véase C.P.M. §1.02 (2)(f), *infra*, Apéndice.

(167) Véase C.P.M. §§ 4.08-4.10, *infra*, Apéndice.

(168) Ello se ve claro con el problema de la indeterminación en la duración del tratamiento psiquiátrico y su internamiento en un lugar de acuerdo para ese propósito terapéutico. [§ 7.03 (3) del C.P.M. *infra*] Véase, al respecto, a WEXLER, D. *Inducing therapeutic compliance through the criminal law*, en *Essays in Therapeutic jurisprudence*, Durham, 1991, pp. 196-8. Por cierto, dicha indeterminación no puede depender exclusivamente de la «peligrosidad social» de inimputable, según lo resuelto recientemente por el Tribunal Supremo Federal en *Foucha v. Louisiana*, 112 S. Ct. 1780, 1783-1788 (1992)..

(169) Véase el parecer alternativo de SOTOMAYOR ACOSTA, *Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable*, 48 Nuevo Foro Penal, 199, 205-208 (1990).

(170) Este trabajo concluirá en el fascículo I/93 del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales».

El principio de culpabilidad (*)

Prof. Dr. Günther Jakobs

Bonn

SUMARIO: I. Introducción: A. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena. B. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos. C. Contraposición: responsabilidad por el resultado.— II. Defectos cognitivos. A. Falta de dolo. B. Desconocimiento de la norma. C. Error e indiferencia. D. Excurso: tentativa.—III. Defectos volitivos. A. Fidelidad al ordenamiento jurídico. B. Culpabilidad material. C. Cuestiones puntuales.— IV. ¿Libre albedrío?— V. Resumen.

I. INTRODUCCION

A. El problema: la armonización entre culpabilidad y fines de la pena

El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal (1). A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona; más adelante me ocuparé de la relación específica que existe respecto de la voluntad. Probablemente,

(*) Título original: «*Das Schuldprinzip*» (texto ampliado de la conferencia pronunciada por el Profesor Jakobs el día 13-5-1992 en la Universidad Complutense de Madrid), traducción de Manuel CANCIO MELIA (Universidad Autónoma de Madrid).

(1) Arthur KAUFMANN, «*Das Schuldprinzip*», 1961 (2.^a ed. 1976), pp. 15 y s.

la formulación más común sea: la culpabilidad es reprochabilidad; en lenguaje coloquial: tener la culpa.

Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del principio de culpabilidad, se aduce que sólo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena. En este sentido, se argumenta que quien impone una pena sin que la persona que va a ser castigada merezca un reproche por el hecho cometido, o en todo caso, cuando merece un reproche menor que el que correspondería a la medida de la pena, incluye a aquella persona —a diferencia de lo que ocurre en el caso de la pena merecida— entre los objetos del Derecho de cosas. Dicho de otro modo: se argumenta que la pena no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que debe mantenerse dentro del marco de la culpabilidad del autor. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana (2). Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena.

Ahora bien, podemos partir de la base que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social —sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil—. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal —que utilizaremos aquí— habitualmente «fines de la pena».

La situación que he esbozado contiene el siguiente dilema: sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima; pero si el principio de culpabilidad limita considerablemente la utilización de medios socialmente funcionales, esto es, si tiene un significado y no es un concepto vacío, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítima *por esta otra razón*. La pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no está limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera más que marginal pierde su funcionalidad. Dicho a manera de ejemplo: ocurre lo mismo que con una persona que siempre quiere decir la verdad, pero sin herir a nadie;

(2) BVerfGE [*] 25, pp. 269 y ss., 285 y s.; 45, pp. 187 y ss., 259; 57, pp. 250 y ss., 275; BayVerfGH [**], NJW 1983 pp. 1600 y ss., 1601; en una línea similar BVerfGE 20, pp. 323 y ss., 331 (derecho fundamental derivado del art. 2, párr. 1.º de la Ley Fundamental); 28, pp. 386 y ss., 391; 50 pp. 125 y ss., 133 (en el mismo sentido).

[*] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Sentencias del Tribunal Federal Constitucional (n. del t.).

[**] Bayerischer Verfassungsgerichtshof: Tribunal Constitucional bávaro (n. del t.).

con frecuencia, no dirá nada, por lo que su discurso tendrá lagunas, y no hay ninguna garantía de que resulte siquiera medianamente comprensible.

En cuanto al dilema expuesto, puede manifestarse la siguiente sospecha: si es cierto que la pena aporta algo al mantenimiento del orden social, esto es, si puede emplearse útilmente, a pesar de estar limitada, de acuerdo con el principio de culpabilidad, por la culpabilidad, y además esta limitación es de cierta importancia, entonces la culpabilidad misma contiene una finalidad (3). Si esta sospecha resultase ser cierta, el dilema estaría resuelto. A continuación me ocuparé de esta función propia de la culpabilidad.

Sin embargo, el concepto «fin de la culpabilidad» es sólo una de las posibles formulaciones de la vía de salida del dilema: es la formulación hecha desde el concepto de culpabilidad. La solución también puede construirse desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata. Podría tratarse de un orden en el que el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia; en ese caso, el mantenimiento de este principio sería perfectamente funcional. Por consiguiente, una formulación más exacta de la cuestión a la que habremos que responder es la siguiente: ¿qué fin tiene la culpabilidad? O bien, ¿para qué clase de orden social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia? Ni la formulación de la cuestión ni el camino que a continuación se sigue para resolverla gozan de la aprobación de aquella cantidad de científicos que los juristas suelen denominar «doctrina dominante». Al contrario, es mi intención declarada plantearle algunas dificultades a dicha doctrina (4).

B. Punto de partida de la solución: diferenciación entre defectos cognitivos y volitivos

Si se consideran las condiciones psíquicas que deben estar cumplidas para que una norma sea respetada, se obtiene el siguiente resultado: para cumplir la norma se necesita, por un lado, un motivo para respetarla, y la capacidad psíquica de encontrar y acatar la nor-

(3) Fue Félix KAUFMANN quien primero formuló la finalidad de la culpabilidad, «*Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*», 1929, páginas 111 y ss.; P. NOLL, en F. Geerds et al. (ed.) «*Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*», 1966, pp. 219 y ss., expone la relación entre culpabilidad y prevención general; exhaustivas referencias a la bibliografía posterior y las correspondientes críticas en G. JAKOBS, «*Strafrecht AT*», 2.ª ed. 1991, 17/nota 45 (también 1/nota 16); respecto de las críticas más recientes vid. *infra* notas 33, 34.

(4) Exposición de la misma con amplias referencias en H. H. JESCHECK, «*Lehrbuch des Strafrechts*», 4.ª ed. 1988, pp. 363 a 457.

ma en cuestión, por otro. Por consiguiente, se trata de una prestación volitiva y de una prestación cognitiva. Hablando en términos ejemplificativos: sólo puede cumplir determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tales órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden. En breve: se trata de querer y conocer. Con esto, ni pretendo afirmar que sea posible disgregar en la realidad querer y conocer en una voluntad sin contenido y un conocimiento que se genera involuntariamente, ni quiero negar que el cumplimiento de la norma también pueda tener lugar por costumbre —de manera automatizada— y, por consiguiente, sin voluntad consciente ni conocimiento despierto; lo único que persigo es enunciar las condiciones en las que tiene lugar el cumplimiento de la norma: el lado volitivo y el lado cognitivo del comportamiento.

A la hora de valorar la inaplicación de una norma, tanto en el Derecho penal moderno como en el ámbito de la imputación informal moral cotidiana [aunque no suceda así en todos los sistemas de imputación(5)], como también —hoy en día incluso abarcando el problema de la conciencia que yerra sin culpabilidad (6)— en los sistemas moral-teológicos (7), se diferencia en función de que como razón de la mencionada vulneración de la norma se constate un defecto volitivo o un defecto cognitivo. La concurrencia de un defecto volitivo —aparte de determinadas constelaciones especiales, de las que nos ocuparemos más adelante— agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa «responsabilidad». «No podía saberlo» es una excusa válida, pero se considera que «no tenía ganas» no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales. «La norma me daba igual» es un argumento que agravará la situación del sujeto, mientras que «a pesar de esforzarme al máximo, no pude darme cuenta» es exonera. No sólo la valoración acerca de si hay culpabilidad, sino también su medida, se determinan en el ámbito de los conocimientos de manera inversa a como sucede en el ámbito

(5) Ejemplos de excepciones: en ciertas posiciones destacadas, especialmente las que conllevan competencia organizativa, un defecto cognitivo no tiene efectos eximentes si puede conceptuarse como falta de «fortune». También en los casos en los que es urgente que ocurra algo, la imputación sobrepasa los defectos cognitivos, hasta llegar al extremo de seleccionar un chivo expiatorio.

(6) El error exonera; V. CATHEREIN, «*Moralphilosophie*», 5.^a ed. 1911, t. 1: «*Allgemeine Moralphilosophie*», pp. 482 y s.; B. HÄRING, «*Das Gesetz Christi. Moralthologie*», t. 1, pp. 199 y s.

(7) H. THIELICKE, «*Theologische Ethik*», t. 3; «*Entfaltung*», parte 3.^a: «*Ethik der Gesellschaft, etc.*», 1964, pp. 409 con nota 2 (párr. 1425); CATHEREIN (nota 6), pp. 87 y ss., 96; HÄRING (nota 6), pp. 147 y s., 153.

de la voluntad; en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor será su culpabilidad.

C. Contraposición: responsabilidad por el resultado

Ahora bien, esto no siempre fue así. En el ámbito de la responsabilidad por el resultado, no existía exoneración en caso de que el sujeto no pudiese conocer, y en lo que se refiere específicamente a la cognoscibilidad de la norma, recordemos las controversias relativas al tratamiento de la conciencia que yerra (8). El concepto moderno de culpabilidad es hijo del mundo desmitificado. Esta desmitificación de la realidad significa, utilizando las palabras de Max Weber, que «si así se quisiese..., podrían averiguarse en cualquier momento las condiciones de vida a las que el sujeto está sometido, esto es, por principio no existen fuerzas misteriosas e incalculables que inciden en ellas, sino que, al contrario, todas las cosas —en principio— pueden dominarse a través del cálculo» (9). Por consiguiente, antes de producirse esa desmitificación, eran fuerzas «misteriosas e incalculables» las que determinaban las «condiciones de vida» y con ello el sentido de la existencia humana. Este sentido se entendía como sentido objetivo, esto es: como sentido que primero se encontraba en el mundo exterior y después en la cabeza del ser humano, y no a la inversa. Por ello, era posible malograr el sentido sin que participase en ello la cabeza del ser humano, esto es, sólo a través de su mano. Tener que responder por ello significa responsabilidad por el resultado. Los intentos de la cabeza de alcanzar el sentido, si éste se malograba objetivamente, eran tan poco relevantes, dicho a modo de ejemplo, como irrelevante es respecto del carácter mortal de una enfermedad que el enfermo hubiese tomado precisamente frente a ella medidas óptimas de protección. Por consiguiente, era tan inútil protestar por haber malogrado el sentido correcto sin querer, o incluso de manera inevitable, como protestar contra una enfermedad.

(8) H. WELZEL, «*Vom irrenden Gewissen*», 1949, con referencias; vid. también nota 6.

(9) M. WEBER, «*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*», ed. a cargo de J. Winkelmann, 3.ª ed. 1968, pp. 582 y ss., 594.

El ser humano podía lamentar su destino, pero debía asumirlo; si no lo hacía, se comportaba de modo infantil.

En el marco de esta concepción de la realidad, nadie podía escapar del destino. «Ay de mí, está cumplido, claro, claro todo es», se dolía Edipo cuando averiguó su situación. Este no-poder escapar no era una coacción impuesta al ser humano desde fuera, sino, al contrario, era su naturaleza, su identidad. El lamento prosigue: «¡me engendró quien no debía, yació conmigo quien no debía, golpeé a quien no debía!» (10); no es ésta la descripción de lo que le ocurrió a los implicados, sino es una descripción de ellos mismos; cada uno de los participantes precisamente se define a través de su implicación en la catástrofe.

Víctor Achter, refiriéndose al derecho germánico y al de la alta Edad Media, de manera plástica llamó las huellas del crimen en un mundo mítico-natural «grieta en el edificio del mundo» (11) y «herida en el organismo de todas las relaciones vitales». Es el cosmos mismo el que es injuriado, y por ello la reconciliación sólo puede producirse de acuerdo con sus propias reglas, esto es, de acuerdo con las reglas de las «misteriosas fuerzas incalculables», de forma mágica (12). Estas fuerzas son indisponibles, al contrario, son ellas las que disponen.

Sin embargo, la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad culpabilista, que es aquí el tema principal, tienen una fuerte raíz común: la explicación de perturbaciones en la vida social a través de imputación. Aunque «responsabilidad por el resultado» es la denominación habitual de lo que he esbozado con anterioridad, se trata de un término que puede inducir a confusión. No es una persona cualquiera la que responde del resultado; en ese caso se trataría de un mero chivo expiatorio. Tampoco responde todo aquel que haya causado el resultado, sino sólo aquella persona a la que se le puede imputar. Todo resultado tiene un gran número de causantes, éstos a su vez o fueron ayudados por legiones de seres humanos, o éstas podrían haber impedido la realización del comportamiento causal. En el ejemplo: que Edipo causase la muerte de Layo matándole y que Layo provocase su propia muerte por ir a un sitio en el que fue muerto son la misma cosa en una concepción científico-natural de lo que es «causa»: tanto lo uno como lo otro es una condición del resultado. Y si a pesar de ello no se consideraba que Layo fuese un suicida, sino que Edipo era un parricida, ello no puede explicarse a través de la relación causal ava-

(10) Cita según SOFOCLES, «*Die Tragödien*», traducción al alemán e introducción de H. WEINSTOCK, 3.^a ed. 1957, p. 370.

(11) ACHTER, «*Geburt der Strafe*», 1951, p. 18.

(12) ACHTER (nota 11), p. 17.

lorativa entre acción y resultado, sino que presupone la existencia de normas, como, por ejemplo, una norma según la cual en caso de concurrir —sea por las razones que sea— la vida del padre con la del hijo, debe ceder el hijo. No es la causación del resultado *per se*, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social. De la misma manera que ocurre en el ámbito de la responsabilidad culpabilista, se determina por un procedimiento normativo quien es competente para el resultado, y no por el curso natural, esto es, ni por la biología, ni por la física, ni tampoco —lo añadido aquí, ya que aunque es superfluo para la responsabilidad por el resultado, es importante en lo que se refiere a la responsabilidad por culpabilidad— por la psicología.

Esta responsabilidad por el resultado probablemente estuvo limitada al ámbito de las perturbaciones de principios ordenadores esenciales; no pudo tener mucha utilidad para la resolución de los problemas cotidianos. Quien siempre reaccionaba según los patrones de la responsabilidad por el resultado cuando recibía un empujón en la aglomeración de un mercado o en el fragor de la marcha hacia la batalla, no podía a largo plazo —tampoco en una sociedad aún sin desmitificar— desarrollar una vida socialmente adaptada. En la vida diaria fracasa, hoy en día y desde siempre, quien no tiene en cuenta los límites de los demás, esto es, quien espera más de lo que la media de las personas puede hacer. Esta escisión de los presupuestos de la responsabilidad no es especialmente extraña: aunque el cosmos enseñe a los seres humanos que no deben convertirse en la razón de la muerte de su padre ni unirse sexualmente a su madre, no dice nada —por ejemplo— acerca de cuál es el comportamiento adecuado en una aglomeración de personas. La identidad de una sociedad no depende de ese tipo de asuntos cotidianos, al menos por regla general, de manera que pueden organizarse de manera inteligente (lo que aquí quiere decir de manera practicable), sin que haya que mantener una vinculación a determinadas estructuras previamente dadas e indisponibles (13). Sin embargo, tal orden practicable no tiene por qué consistir en responsabilidad en función de la culpabilidad individual. Esto incluso es improbable; probablemente se tratase de responsabilidad por el incumplimiento de los estándares de un determinado rol, pero en todo caso, y esto es lo decisivo, de responsabilidad organizada con base en reglas inteligentes.

(13) Respecto de la relación entre responsabilidad por el resultado y *nefas* [*], vid. Ekkehard KAUFMANN, «Die Erfolgshaftung», 1958, pp. 25 y ss.

[*] Sacrilegio (n. del t.).

II. DEFECTOS COGNITIVOS

A. Falta de dolo

Legados a este punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Cuál es la relación existente entre la desmitificación y la diferenciación entre defectos volitivos y cognitivos, en el sentido de que estos últimos exoneran, a diferencia de lo que sucedía en la responsabilidad por el resultado? Intento describir esta relación: en el edificio del mundo desmitificado ya no pueden causarse grietas, ya que su configuración de todos modos es fortuita y ya no permite reconocer sentido alguno. Claro que rigen las leyes de la lógica, incluyendo las matemáticas, y las de la naturaleza, pero no prescriben nada, sino que se autorrealizan de manera inamovible. La gracia de la desmitificación precisamente está en que se reconoce la inamovilidad para poder someterla a la realización de los propios intereses. Pero un mundo que funciona de acuerdo con leyes inamovibles sólo puede aprovecharse si los cálculos que se hacen son correctos; tal mundo no reacciona frente a los planes de quien actúa, sino frente a lo que éste hace, concuerde con su planificación o no. Por lo tanto, quien quiere acomodarse en esta realidad —y quien no quiere queda fuera de la sociedad— debe ocuparse de que lo que planifica coincida con lo que hace.

En cuanto a los defectos cognitivos que afectan de tal manera al estado o al curso del mundo exterior que el autor desconoce los efectos que genera —se trataría más o menos, en términos jurídico-penales, de un error de tipo—, con lo dicho puede explicarse por qué tienen efecto exonerador: un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad de manera racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas. Quien se comporta (sea que ello se corresponde con su plan, sea que es contrario a su plan, pero que el sujeto no presta atención a la hora de ejecutarlo) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en el agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante —pensase lo que pensase en su foro interno—; se puede aprender de su fracaso, pero sólo para no volver a fracasar en el futuro. Además debe tenerse en cuenta lo siguiente: un comportamiento con defectos cognitivos lleva consigo el peligro de una *poena naturalis*. Hablando en términos ejemplificativos: quien conduce ebrio un automóvil y parte de la base de que no ocurrirá nada malo, probablemente se dará cuenta, en caso de ocurrir un accidente, de que no sólo dañó a otros, sino también

a sí mismo, o que aunque sólo afectó a otros, éstos son personas cuyo sufrimiento no le es indiferente. No se sabe con anterioridad lo que un comportamiento defectuoso puede llegar a causar. Por consiguiente, todo ser humano que quiera organizarse racionalmente intentará (con independencia de la imputación jurídico-penal, simplemente para evitar una *poena naturalis*) no hacer cálculos erróneos, y lo hará de dos maneras distintas: por un lado, fijándose lo mejor posible en qué es lo que ocurre, y por otro, intentando seguir aprendiendo, para reducir el ámbito de lo que para él resulta inevitable.

Que un comportamiento con un defecto cognitivo no sea determinante en el plano comunicativo es independiente, en principio, de que se trate de un defecto cognitivo puro e inevitable —en el sentido de que, incluso de haber concurrido un querer-saber óptimo, el defecto no podría haberse evitado—, o de que el defecto cognitivo provenga de un defecto volitivo —esto es, que se habría evitado en caso de haber sido óptima la voluntad de conocer—. A grandes rasgos, esto significa lo siguiente: la irrelevancia comunicativa no depende de que el comportamiento se malograra por imprudencia o de manera inevitable; incluso sucede que a la persona descuidada, imprudente por tanto, no se la considera —a diferencia de quien yerra de manera inevitable— alguien que ha tenido mala suerte, sino que lleva el estigma de ser descuidado; tiene que atribuirse a sí mismo su mala situación, mientras que la persona que ha tenido mala suerte al menos puede ser objeto de compasión.

Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que en todo caso reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo —después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación, en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye la fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error e inocencia—. En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de un error sólo constituye un argumento en el ámbito de la imputación si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas, más aún, que se imputase en ese caso tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese tipo de consecuencias se tambalearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse. Por consiguiente, no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad llamado «inevitabilidad» que tuviese que ser respetado por toda sociedad; al contrario, la percepción social de la realidad es la que determina bajo qué condiciones debe imputarse, y si la presencia de un error resulta ser un obstáculo para ello, puede contraponerse la imputación de consecuencias de un

comportamiento culpable a la imputación del destino, sin que con ello, sin embargo, pueda excluirse que en ambos casos, tanto en el de la imputación de culpabilidad como en el de imputación de destino, se trate de instituciones sociales que sean ambas perfectamente funcionales, dependiendo del estadio de desarrollo de la sociedad en cuestión. Dicho con otras palabras: en la sociedad desmitificada, el principio de culpabilidad tiene una función.

B. Desconocimiento de la norma

Sin embargo, hemos llegado a esa generalización de manera algo precipitada. Hasta el momento sólo se ha presentado un tipo de error, el error sobre el estado y el curso de la realidad externa, y aun esto es insatisfactorio, ya que hasta el momento falta una explicación de la responsabilidad por imprudencia. En este momento aún no nos ocuparemos de la razón de la responsabilidad imprudente; será más sencillo explicarlo cuando antes hayamos examinado otro tipo de defecto cognitivo: el error acerca de la existencia de una norma. Nos ocupamos por tanto ahora de un autor cuyo error no afecta ni al *status quo* ni al desarrollo de la realidad, sino a la norma que requiere de él un comportamiento determinado. Utilizando la terminología jurídico-penal: se trata de un error de prohibición o de mandato, esto es, en ambos casos de un error que no se refiere al tipo, sino a la situación concurrente en cuanto a la existencia de determinados deberes. Ejemplos: alguien cava un pozo en su propio terreno, sin autorización, y sin conocer que ese comportamiento está prohibido. O el siguiente: otro sujeto organiza con finalidad benéfica, *optima fide*, pero sin autorización, un juego de azar público. O: se le da rápidamente una buena paliza al ladrón que ya huía sin llevarse nada, para que aprenda a respetar los bienes ajenos, sin conciencia de antijuricidad alguna.

¿Qué es lo específico de este tipo de errores? A través de esta modalidad de error, a diferencia de lo que ocurría en el error sobre la situación y el desarrollo del mundo exterior que hemos tratado antes, es posible que la autocomprensión del derecho se vea cuestionada. Un ordenamiento que —por ejemplo— descansa predominantemente en la tradición, sólo en muy pocos casos excepcionales podrá tener en cuenta el argumento de que determinadas normas se desconocían, ya que si el argumento se utiliza en masa, destruye la base: es evidente que en ese caso no hay tradición. Más delicado aún es este tipo de error en lo que se refiere a aquellos ordenamientos cuya legitimidad proviene de su evidencia, sea evidencia racional de un ordenamiento de derecho natural o la evidencia proveniente de revelación divina. Cualquier error de una persona normal acerca de la norma, expuesto

con un mínimo de credibilidad, cuestiona esa pretendida evidencia. Aún más delicada es esta clase de error cuando quien yerra no solamente desconoce el orden vigente, sino que a su vez esboza un orden competidor y lo considera vinculante: se trata, en ese caso, de un autor por convicción.

Una solución radical al problema es la de atajar esos ataques contra la legitimidad a través del principio «error iuris nocet». Este principio se hallaba positivado aún en muchos de los Códigos penales de los Estados alemanes del siglo XIX (14); de acuerdo con él, es asunto de todo sujeto sometido a la norma procurarse conocimiento de ella.

En los ordenamientos inteligentes, siempre se adoptó una posición intermedia; en ese sentido, según Santo Tomás de Aquino, los *prima principia communia* siempre son conocidos, de manera que siempre que no se tienen en cuenta, ello sucede culpablemente, mientras que es posible desconocer de manera inevitable (lo que aquí significa inculpablemente) las *conclusiones pricipiorum communia* (15). También el Reichsgericht intentó encontrar en su diferenciación entre error de Derecho penal y error extra-penal una solución intermedia, aunque la argumentación utilizada para fundamentarla fuese poco adecuada (16).

De acuerdo con el derecho vigente en la actualidad, todo error inevitable acerca de la norma excluye la culpabilidad. Esta disposición ha sido alabada como triunfo del principio de culpabilidad y también el Tribunal Supremo Federal la ha fundamentado en ese sentido: «la pena presupone culpabilidad. La culpabilidad es reprochabilidad. A través del juicio de valor negativo, esto es, de la culpabilidad, se le reprocha al autor que se haya decidido en favor de lo injusto, aunque podría haberse decidido a favor del derecho, comportarse conforme a derecho. La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano es capaz de desarrollar una autodeterminación libre, responsable, moral, y por ello tiene la capacidad de decidirse a favor del derecho y en contra de lo injusto...» A continuación, el Tribunal aprovecha estos principios aplicándolos al supuesto del desconocimiento de la norma: «para que el ser humano se decida a favor del derecho, en ejercicio de su autodeterminación libre, responsable y moral, debe conocer aquello que es conforme a derecho y aquello que es antijurídico», aunque no se considera que todo error excluye la culpabilidad,

(14) Vid. la enumeración de BGHSt 2, pp. 194 y ss., 199.

(15) NICOLAI et al. (edición), S. THOMAE AQUINATIS, «*Summa Theologica*», tomo 3, 1885, I 2 qu 95 IV; al respecto, WELZEL (nota 8), pp. 8 y s.

(16) Vid. al respecto (desde una perspectiva menos crítica) últimamente L. KUHLIN, «*Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*», 1987, pp. 161 y ss.

sino sólo los que son inevitables: «los defectos en el ámbito del conocimiento pueden repararse hasta cierto punto» (17). Ahora bien: nunca nadie ha puesto en duda esos principios. ¿Quién habría dicho que es posible decidirse por lo injusto sin conocer, o al menos, sin poder conocer el derecho? La proposición «error iuris nocet» puede significar dos cosas distintas: en primer lugar, el conocimiento del derecho, y, por tanto, la decisión en contra del derecho no es presupuesto de la pena; en segundo lugar (y de manera predominante en el siglo XIX): el conocimiento es presupuesto de la pena, pero se presume *iuris et de iure*. En este sentido, dice por ejemplo Feuerbach (18): «Respecto de toda persona dotada de inteligencia se presume con certeza que conoce las leyes penales». En la sentencia que he citado anteriormente se argumenta que tal presunción fue adecuada en su momento; se refiere —simplificando bastante— «a la época política y socialmente (?) equilibrada de la segunda mitad del siglo XIX»: se afirma que todos conocían o podían conocer el Derecho penal, que era claro en aquel tiempo (19). Sin embargo, una argumentación de esas características no resulta adecuada para resolver el problema: si el conocimiento o la posibilidad de conocer concurren de todos modos como hechos psíquicos, sobra la presunción jurídica, ¿por qué en una época en la que nadie comete errores inevitables se iba a crear una norma según la cual el error inevitable, que nunca concurre, es irrelevante? La fundamentación debe ser otra: la obligación de cada uno de procurarse él mismo conocimiento del derecho era el precio que había que pagar por la libertad de movimientos en la sociedad burguesa. Especialmente al abandonarse las modalidades tradicionales de actividad económica y generarse con ello una necesidad de seguridad a la hora de mantener contactos bastante anónimos, el riesgo de que los demás errasen acerca de sus obligaciones jurídico-penales era intolerable; por ello, quien erraba debía soportar el riesgo. Desde esta perspectiva, también resulta posible comprender por qué la regulación contenida en la Legislación General de los Estados Prusianos (*) de 1794 (20), que era más indulgente (cabía atenuación de la pena concurriendo error de derecho en algunos casos [leyes nuevas y hechos sin riesgo para la seguridad, esto es, delitos de peligro abstracto]), no se incluyó en el Código penal prusiano de 1851, más liberal y cercano al Code pénal.

Por consiguiente, lo novedoso de la concepción del Tribunal Supremo Federal no está en haber llegado a la conclusión de que toda deci-

(17) BGHSt 2, p. 194 y ss., 200 y s.

(18) «Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts», 14 ed., ed. a cargo de C.J.A. MITTERMAIER, 1847, § 86.

(19) *Loc. cit.* (nota 17), p. 203. No se analiza aquí en qué medida se trataba de una presunción del conocimiento (y no sólo de la cognoscibilidad).

(*) Preußisches Allgemeines Landrecht (n. del t.).

(20) Introducción § 13; II 20 § 10 y ss.

sión presupone la cognoscibilidad de las alternativas de las que se dispone, sino en que se determina de manera distinta a como se hacía antes quién soporta el riesgo de la imposibilidad de conocer: ya no es el autor, sino la generalidad. Parece por tanto que queda resuelta la pugna entre la razón de Estado y los intereses individuales, a favor de la preferencia de estos últimos —y eso desde luego cuadra con el momento histórico de la sentencia, relativamente poco después del fin del nacionalsocialismo, en 1952—.

Sin embargo, el carácter preferente de lo individual siguió estando muy limitado; por tres razones, en ningún momento existió el peligro de un desbordamiento de los intereses individuales. *En primer lugar*, la problemática del error acerca de la norma sigue careciendo de todas maneras de relevancia en el ámbito central del Derecho penal. En este ámbito, en el de las normas relativas a la protección de la vida, de la salud, de la libertad, de la propiedad, del patrimonio, de la seguridad del tráfico monetario, actualmente también de la limpieza de las aguas etc., nadie yerra, a no ser que presente una socialización bastante exótica. *En segundo lugar*, y es una razón de igual importancia, la situación *dogmática* era más favorable al Estado que en el caso del Reichsgericht. El reconocimiento de relevancia al error sobre normas penales hubiese conducido en tiempos del Reichsgericht a excluir —al menos del ámbito de responsabilidad por hechos *dolosos*— todos los casos de desconocimiento actual, sin consideración de la evitabilidad del desconocimiento. De esa manera, y siendo la Ley positiva como es, ello conduce a la aplicación de una pena considerablemente reducida o —si el hecho imprudente no es punible— a la impunidad. Por consiguiente, quien no tenía en cuenta la norma a la hora de realizar el hecho, por falta de interés por el derecho, no entraba en consideración como autor doloso. Esta teoría, la así llamada teoría del dolo, es rechazada por el Tribunal Supremo Federal. Al contrario, el Tribunal es partidario de la teoría de la culpabilidad, que se ha desarrollado mientras tanto, según la cual la cognoscibilidad del injusto, en la medida en que se trate de un hecho doloso, es un elemento de la culpabilidad que no afecta al dolo. Las enormes consecuencias de esta teoría son evidentes: los hechos cometidos desconociendo el autor la norma siguen siendo hechos dolosos; en caso de ser inevitable el desconocimiento son hechos dolosos inculpables, pero si éste era evitable, son hechos culpables. Por consiguiente, quien a la hora de cometer el hecho no tiene en cuenta la norma porque no le interesa, aunque podría conocerla, sigue siendo autor doloso. Con ello, la jurisprudencia tiene la posibilidad de impedir que el argumento del desconocimiento de la norma se convierta en una excusa cómoda, a través de una configuración estricta de los criterios de determinación de la inevitabilidad. *En tercer lugar*, y como argu-

mento principal, en la zona marginal de las normas, que es la única que es relevante en este ámbito, el carácter positivo, y con ello la modificabilidad del derecho, se ha convertido en un hecho tan evidente, especialmente después de la doble vivencia de preceptos de economía de guerra y de postguerra, que la actitud de fidelidad al derecho ya no puede concebirse como una actitud con un determinado contenido, sino ya sólo como una actitud que reconoce la razón de vigencia, la positividad, tenga el contenido que tenga. Dicho de otro modo: un hecho cometido con desconocimiento inevitable de la norma jurídico-penal, esto es, un hecho en el que había una atención suficiente hacia el derecho positivo en su conjunto, contradice la norma en su configuración actual, pero no impugna el principio que da legitimidad a todas las normas: la positividad. Reformulándolo de nuevo: el reconocimiento de la razón de vigencia de un orden positivo y el conocimiento de su contenido actual son dos cosas distintas.

A través de su retirada a la positividad, el Derecho simultáneamente repele la posible objeción de que su contenido —en comparación con modelos ideales de ordenación— no es susceptible de ser fundamentado y por ello, en ese sentido, no es comprensible. No forma parte del conocimiento de la norma que se acepte como correcto el contenido, sino que basta el conocimiento de que la vulneración de la norma supone en el orden social existente, así como se halla configurado, una perturbación. Dicho a modo de ejemplo: quien cree que todo apoyo a un Estado que mantiene fuerzas armadas es reprochable y por ello no paga impuestos, no yerra acerca de la situación *de lege lata*; tampoco cuando considera que su derecho a negar el pago se halla protegido por un derecho fundamental, de acuerdo con *su* interpretación del mismo, pero sabe que la interpretación del derecho fundamental en cuestión que es defendida por el Tribunal Constitucional Federal llega a resultados distintos. O en este ejemplo: quien cree estar obligado a protestar a través de una sentada en la vía pública en contra de la carrera de armamentos o en contra de la energía nuclear, porque opina que su protesta está en interés público, sabe perfectamente que no es ese interés el que está protegido por el ordenamiento positivo y por ello tampoco yerra acerca de la prohibición de su comportamiento perturbador. Por consiguiente, la retirada hacia la positividad impone la carga del riesgo de un error sobre el contenido de la norma a la generalidad, pero preserva a la vez al ordenamiento de todos los ataques en contra de su legitimidad, una defensa sin la que probablemente sería imposible organizar una sociedad en la que se practica el pluralismo (vid., respecto del concepto material de culpabilidad, *infra* III.B.).

C. Error e indiferencia

Aún debemos someter a un examen más exhaustivo al desconocimiento evitable de la norma. La solución que el Tribunal Supremo Federal da al error relativo a la norma y que he esbozado antes, proveniente de la teoría de la culpabilidad, no vincula a todo desconocimiento evitable de la norma una atenuación de la pena, sino que sólo ofrece la posibilidad de atenuarla, lo que no siempre tiene que producirse. Y esto es lo que ahora prevé la *lex lata*: en caso de desconocimiento *puede* producirse la atenuación [§ 17 StGB (*)]. Por consiguiente, no existe una relación rígida entre el hecho psíquico de la falta de conocimiento actual y la atenuación de la pena. Al contrario, si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés en conocer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse mediante una razón que deba valorarse como favorable al ordenamiento jurídico, se mantiene la pena completa. Un ejemplo extremo: quien conduce en el tráfico rodado un vehículo que no está admitido para ello, no puede argumentar que no pensó en ello porque ese tipo de nimiedades no merecen su atención. La posibilidad de establecer la atenuación, por tanto, rige, por ejemplo, respecto de un autor que no tiene en consideración el derecho por estar excitado, por estar sobrecargado sin ser responsable de ello, o por razones similares. Dicho de otro modo: la Ley distingue en los supuestos de desconocimiento de la norma entre aquellos casos en los que el autor lo sufre por error y aquellos en los que el desconocimiento es consecuencia de que el autor se ha apartado del objeto del conocimiento. Sólo el primero de los supuestos de desconocimiento puede denominarse error en sentido estricto, esto es, falta de conocimiento que el mismo sujeto que yerra valora de forma negativa; en el segundo tipo de desconocimiento falta esa valoración negativa. Puede que esto quede más claro utilizando un ejemplo proveniente del campo de las normas religiosas: quien está informado sobre las reglas del Islam puede conocer lo que éstas le exigen a lo largo del día. Si no tiene en cuenta nada de ello porque no tiene la intención de vivir según esas reglas, no está permanentemente inmerso en un error, ya que no quiere en absoluto saber lo que podría saber. Esta diferenciación ya la encontramos en Aristóteles, quien sólo admitía falta de voluntariedad en sentido estricto en aquellos casos de desconocimiento de las consecuencias del comporta-

(*) El § 17 StGB prescribe:

«Error de prohibición. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º» (n. del t.).

miento en los que el autor contempla el resultado de su actuar con disgusto o pesar (21).

Sorprendentemente —y con esto abandono el problema del desconocimiento de la norma y vuelvo al de la imprudencia— tal regulación falta en el caso del desconocimiento del tipo. En este ámbito, la ley y la bibliografía se comportan como esclavos de los hechos psíquicos; la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos: sin conocimiento de la realización del tipo, se dice, decae el dolo, esto es, la modalidad de dirección del comportamiento (aparte de ciertas excepciones) más grave y con mayor penalidad, con independencia de la razón del desconocimiento. Intentaré clarificar la situación con base en un ejemplo (22): si un terrorista atraviesa violentamente con su automóvil una barrera de la policía y mata a un agente, habiendo previsto esa posibilidad, se trata de un homicidio doloso, esto es, homicidio o —con mayor probabilidad— asesinato; pero si no tiene en cuenta esa posibilidad, por ejemplo, porque la muerte de un policía no le da que pensar, sólo hay homicidio imprudente, que está amenazado con una pena cuyo límite máximo es igual al mínimo del delito base de homicidio doloso. Esta regulación del derecho vigente no puede justificarse, porque sin razón alguna trata igual cosas desiguales: por un lado, el desconocimiento de quien no tiene interés alguno en conocer, y por otro, el error de quien quiere saber. Además, el límite del dolo, fijado de acuerdo con criterios psicologizantes, se opone a la normativización llevada a cabo en el problema paralelo del error de prohibición.

Abandono esta incongruencia y paso a ocuparme de la siguiente cuestión, que está pendiente desde hace tiempo: ¿Por qué la ignorancia constitutiva de error implica punición, en la medida en que el error es evitable? Si —utilizando la formulación aristotélica— el autor contempla su obra con disgusto y pesar al verla, ¿para qué condenar y penar? Esta cuestión se refiere tanto a la imprudencia en cuanto error como a la ignorancia de la prohibición en cuanto error; en ambos casos, es posible que el autor sienta lo que ha causado como *poena naturalis* más o menos intensa. De hecho, en muchos casos la pena es innecesaria; un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la *poena forensis* que le corresponda. Sin embargo, el hecho de que hubo un nivel de descuido

(21) Obras en traducción alemana, ed. a cargo de H. FLASHAR, t. 6; *Ética Nicomacoma*, trad. al alemán y comentada por F. DIRLMEIER, 1974, 1110 b (p. 46).

(22) Puede que este tipo de casos sean poco frecuentes; en este sentido, desde el lado de la psiquiatría JANZARIK ZStW 104 pp. 65 y ss., 81; sin embargo —por ejemplo, en caso de no existir peligro de ser descubierto, o cuando «de todos modos ya todo está perdido»— no puede excluirse que ocurran, y es preferible exponer honestamente que son irrelevantes a presumir inverazmente que concurre conocimiento.

socialmente intolerable, y no sólo un descuido de acuerdo con la valoración *individual* del autor, esto es, que hay estándares que deben ser respetados generalmente, no se manifiesta en el pesar individual, sino sólo en la reprensión pública. Los estándares de riesgo, por lo tanto, deben establecerse de manera objetiva, con independencia de los sentimientos de los autores. Además, sin condena y pena habría el peligro de que las normas sólo se aprendiesen y aplicasen de manera selectiva, esto es, sólo en los casos en los que se corriese el peligro de sufrir un perjuicio. Y es que no todos sufren por el dolor que inflige erróneamente a otros como si fuese el propio; por consiguiente, es preciso evitar que se extienda el desinterés en los casos en los que sólo corren peligro personas que están lejos del autor. Un ejemplo: un fabricante preocupado por sus costes cumplirá la obligación de ocuparse de las disposiciones sobre la seguridad en el trabajo, por interés propio, en aquellos casos en los que puede sufrir perjuicios económicos en caso de no hacerlo; pero en aquellos casos en los que ello no es así, no es suficiente confiar simplemente en su capacidad de sentir compasión. Resumiendo, esto significa: la imputación y la pena en caso de error evitable garantizan determinados estándares y evitan que haya aprendizaje selectivo.

Intento aclarar lo anterior: la evitabilidad del error se determina individualmente, esto es, en función de que el autor concreto hubiese podido realizar el comportamiento correspondiente al estándar de su rol si se hubiese esforzado suficientemente. Por consiguiente, se trata de un error evitable del individuo, no de la persona que desempeña un determinado rol. El derecho puede permitirse esta subjetivación en el ámbito de los defectos cognitivos —en el ámbito del defecto volitivo, como expondré más adelante, la estandarización es más fuerte— porque es posible fundamentar que la evitación de defectos cognitivos es individualmente preferible. Pero no sólo ocurre que la subjetivación puede ser tolerada, sino que además, estando limitada a lo que es evitable individualmente, tiene la función de imputar más allá de los roles, y con ello de manera agravada. En un supuesto de defecto cognitivo individualmente evitable, nadie puede intentar excusarse diciendo que aunque ha fracasado en *un* rol, debe ser considerado íntegro en los demás, ya que no es cierto que haya fracasado sólo en *un* rol, sino que su fracaso se ha producido ante exigencias iguales a las que hay que satisfacer en todos los roles. La valoración negativa del autor, individualmente fundamentada, no sólo le afecta en *un* sector social, sino en general.

En el ámbito de estos errores individualmente evitables, la responsabilidad se limita a lo que hubiera sido evitable si se hubiese llevado a cabo una planificación correcta, esto es, no se extiende a las consecuencias vinculadas que a su vez no eran individualmente previsibles. Hablando en términos ejemplificativos: quien manosea de manera inad-

cuada un ordenador, por regla general puede prever que se producirá un malfuncionamiento de la programación, pero no que el aparato vaya a explotar o algo similar. Por ello sólo responde del mal funcionamiento del programa, y no de la avería del aparato producida por la explosión, aunque ésta también sea consecuencia del uso del aparato, que era inadecuado y podía reconocerse como tal. Como he dicho antes, la realidad ya no puede sufrir desgarros, ya que su configuración de todos modos es fortuita; es un conjunto constituido aleatoriamente, según las leyes de la naturaleza; el curso de la realidad no presenta de principio mayor lesividad después de un delito que antes de él. Si el mundo fuese un cosmos, un contexto que tuviese sentido, en el que el comportamiento conforme a derecho de los seres humanos tuviese un sitio, pero no el comportamiento antijurídico, entonces podría imputarse a quien penetra en terreno prohibido todo aquello que sea consecuencia de su comportamiento, fuese previsible o no: *versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto* (23). En este sentido, lo esencial no es tanto la obligación de contar con lo evidente [así, por ejemplo, en el caso del *dolus indirectus* (24)] o incluso de contar con todas las consecuencias posibles; la fantasía puede no ser suficiente para imaginarse lo que puede ocurrir; además, esto no es lo importante. Al contrario: quien emprende una *res illicita* abandona el terreno de lo que puede calcularse, al poner en desorden el orden cósmico que es la base de la realidad, ya que la realidad sólo puede calcularse en determinados ámbitos, esto es, sigue estando hechizada de forma mediata. Quien deroga el principio de calculabilidad no puede sustraerse a la imputación refi-

(23) Respecto del discutido problema de las raíces de esta regla (¿sólo están en el Derecho canónico?) vid. A. LÖFFLER, «*Die Schuldformen des Strafrechts*», 1895, páginas 136 y ss.; H. KOLLMANN, ZStW 35, pp. 46 y ss. (imputación sólo para fundamentar la irregularidad); F. SCHAFFSTEIN, «*Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*», 1930, pp. 107 y ss.; demasiado despectivo («lecho de descanso de los vagos», «teoría miserable») K. BINDING, «*Die Normen und ihre Übertretung*», t. 4, 1919, pp. 115 y ss.

En contra de que la idea del *Versari* pueda utilizarse para legitimar los delitos cualificados por el resultado (a favor de ello, sin embargo, Arthur KAUFMANN [nota 1], página 246; W. HARTWIG, en P. Bockelmann et al. a cargo de la ed., «*Festschrift für Eb. Schmidt*», 1961, pp. 459 y ss, 469), C. LORENZEN, «*Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*», pp. 35 y ss.

(24) Vid. al respecto Th. GEBLER, «*Über den Begriff und die Arten des Dolus*», 1860, pp. 20 y ss., 26 y ss.; LÖFFLER (nota 23), pp. 166, y ss.; SCHAFFSTEIN (nota 23), páginas 109 y ss.

En contra de la ampliamente difundida concepción, según la cual la teoría del *dolus indirectus* servía para eludir dificultades en el ámbito de la prueba, I. PUPPE, ZStW 103, pp. 1 y ss., 23 y ss., indicando acertadamente (p. 29) que el abandono de esta modalidad de dolo fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo. El problema de la ignorancia por desinterés espera desde entonces —menos cuando intervienen delitos cualificados por el resultado— que se le dé una solución; JAKOBS (nota 3), 8/5 y ss. con nota 9.

riéndose al carácter limitado de los cálculos: siendo consecuente, tiene que aceptar el caos.

La situación varía cuando las normas descansan en una concepción del mundo según la cual la concurrencia de un error no deroga la calculabilidad. Entonces, el *versari in re illicita* no tiene por qué perder todo significado; al menos, no hay ningún interés social en que se lleven a cabo comportamientos no permitidos, de manera que puede que por esa razón se endurezcan las reglas de imputación. Por ejemplo: quien daña a otro con ocasión de un comportamiento ligeramente imprudente, puede sufrir un tratamiento más severo que quien comete una leve imprudencia con ocasión de un comportamiento permitido o incluso socialmente útil. Pero esto sólo afecta a la medida de la imputación en supuestos en los que es posible calcular las consecuencias. Desde esta concepción, sin embargo, la renuncia al requisito de la calculabilidad como tal constituiría un supuesto de responsabilidad por el resultado, contrario al sistema.

D. Excurso: tentativa

Con esto concluyo el tratamiento de aquellos defectos cognitivos en los que el autor desconoce los efectos (error de tipo) o la antinormatividad (error sobre la norma) de su comportamiento. Añado un breve apunte respecto de una de las inversiones de este error: se trata de aquellos casos en los que el autor supone erróneamente que su comportamiento generará determinadas consecuencias típicas y luego éstas no se producen, esto es, cuando se queda en la fase de tentativa. Como ya se ha dicho, la pena correspondiente a un hecho imprudente, por regla general, es muy inferior a la de un hecho doloso; sin embargo, la pena de la tentativa está cerca de la de la consumación dolosa. ¿De dónde viene esa diferencia, si imprudencia y tentativa son ambos supuestos de error? Ahora bien, tanto el autor imprudente como el autor de una tentativa sólo producen un esbozo incompleto de la realidad, y en ese sentido, ninguno de los dos comportamientos es determinante; pero las conclusiones que cabe sacar de ellos son distintas, ya que el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito. Correspondientemente, se invierte el significado de la densidad del error: la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza en los supuestos de indiferencia. Por el contrario, en el caso del autor de tentativa, la ignorancia

inevitable de la inidoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo; correspondientemente, la Ley conoce una atenuación extraordinaria para los casos de burda incomprensión del autor [§ 23, párr. 3 StGB (*)].

III. DEFECTOS VOLITIVOS

A. Fidelidad al ordenamiento jurídico

Quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas. Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente fracasa con su planificación individual. Esto es lo específico del defecto volitivo que se refiere a normas: también puede uno hacerse cómodamente su camino infringiendo esas normas, dicho de otro modo, no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la realidad externa. Las normas sociales sufren de un punto débil genuino: precisamente que desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas. Para compensar esta debilidad se establece que es cometido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla; por tanto, es competente para que el cumplimiento de la norma sea preferible para él. Esta competencia es el equivalente en la teoría del derecho de lo que en metafísica se llama libre albedrío —volveré a referirme a este punto al final de este trabajo—. Si el sujeto que está sometido a la norma no cumple con éste su cometido, ello se le imputa como culpabilidad, y esta imputación se evidencia en la pena y durante cierto tiempo se manifiesta de manera duradera. La finalidad de la culpabili-

(*) El § 23 StGB, párr. 3.º, prescribe:

«Punibilidad de la tentativa... (3) Si el autor desconocía, por burda incomprensión, que la tentativa, según la naturaleza del objeto del hecho o de los medios con los que el hecho iba a ser cometido, en ningún caso podía conducir a la consumación, el Tribunal podrá no imponer pena alguna o atenuarla a su prudente arbitrio (§ 49, párr. 2.º)» (nota del t.).

dad es la estabilización de la norma débil (25). Por ello, la existencia de un sistema de imputación culpabilística y de la pena son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles. Los ordenamientos que se han autoconstituido como ordenamientos absolutos no ven en la persona que niega ese carácter absoluto a un culpable, ya sea el hereje que niega la revelación y la tradición, ya sea el burgués que reniega de las leyes materiales del desarrollo histórico; lo consideran como un sujeto que ha perdido el juicio o que debe ser educado, de la misma manera que un mundo desmitificado considera que ha perdido el juicio o está necesitado de educación quien construye su vida sobre la base de hacer revivir a los muertos o de piedras pan, esto es, de poder hacer milagros. Sin embargo, que alguien reconozca el carácter absoluto de un determinado orden y a pesar de ello no *quiera* cumplirlo es imposible, ya que a través del reconocimiento del carácter absoluto se produce una vinculación del sujeto y de su voluntad. Nadie puede saber que dos por dos son cuatro y a pesar de ello querer seriamente, esto es, tomar como base de su comportamiento, que el resultado sea igual a cinco. Sólo puede haber defectos volitivos respecto de normas débiles, no absolutas.

A través de la relación existente entre una norma débil, por un lado, y culpabilidad y pena, por otro, resulta más fácil garantizar la configuración de la sociedad de lo que es posible —por ejemplo— a través de la responsabilidad por el resultado y sus modalidades dulcificadas. Por medio de la amenaza de pena y de la pena puede dirigirse la voluntad y por medio de la voluntad dirigida puede mantenerse directamente una configuración social determinada, mientras que la responsabilidad por el resultado es susceptible de exponer cuáles son las expectativas existentes acerca del curso de la realidad, pero sin poder garantizar nada más que una cierta coincidencia de los sentimientos. Por lo tanto, la dirección de la voluntad es idónea para compensar la debilidad de la norma. Y con esto, en un Estado moderno no nos referimos a la dirección de la voluntad a través del miedo ante la pena, sino al hecho de que el comportamiento conforme a la norma se convierte en una costumbre. La desvalorización de los delincuentes, que frecuentemente se reproduce, induce a que ni siquiera se tengan en cuenta las variantes criminales a la hora de seleccionar el comportamiento propio, y en todo caso, a atenerse sino a las consecuencias.

(25) El análisis económico de ADAMS y SHAVELL, GA 1990, pp. 337 y ss., 357, también está orientado en función de la finalidad, aunque desde un punto de partida completamente distinto: «En este sentido, el incremento de los conocimientos del autor, necesario para evitar la producción de daños, puede conllevar costes considerables para él y para la sociedad», mientras que el hecho de omitir la realización de un comportamiento doloso «únicamente requiere la simple decisión voluntaria de la persona que decide no cometerlo».

Por consiguiente, se trata de prevención general a través de la práctica de la fidelidad a la norma. Sin embargo, esta finalidad de la pena de *establecer*, o, más exactamente, restablecer la fidelidad a la norma, aún no es todo, o dicho de un modo más preciso, descansa en aquella finalidad de la pena que ya aparecía en el caso de la responsabilidad por el hecho: en la *manifestación* de una defraudación. Hablando en términos ejemplificativos: cuando se realizaron los grandes procesos destinados a condenar la injusticia cometida en los campos de concentración nacionalsocialistas, esto es, no antes de los años sesenta, ya no podía dudarse desde hacía más de una década, casi dos décadas, de que era segura la vigencia de las normas que prohíben tales comportamientos. Y también los procesos actuales, que probablemente seguirán produciéndose durante algún tiempo, relativos a la injusticia de la antigua RDA, son simplemente innecesarios para el reconocimiento de las normas que protegen la vida o la libertad de movimientos. Lo único que ahora se pretende es expresar el distanciamiento hacia esos comportamientos, y en esa medida existe una situación paralela a la de la responsabilidad por el resultado, en la que igualmente la pena sólo puede manifestar la defraudación, pero no puede crear o mantener el cumplimiento de la norma. Por tanto, debajo de la finalidad de restablecer sigue estando la de manifestar.

La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo. ¿Y qué es lo que significa «defecto volitivo»? Puede decirse —en una primera aproximación negativa— que no se trata de que exista una voluntad defectuosa que sea consciente de su defecto. Quien sostiene que lo decisivo es que el sujeto sea consciente de lo defectuoso de la voluntad, no puede admitir culpabilidad ni en el caso de la ignorancia de la prohibición ni en el caso de la imprudencia —inconsciente—, y además tampoco puede admitirla cuando la falta de conocimiento no tiene otra causa que el desinterés. Tal concepción, sin embargo, además sería demasiado psicologicista. Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que deba ubicarse allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente, «defecto volitivo» siempre debe entenderse como «déficit de voluntad», y concretamente como déficit de motivación fiel al derecho. Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación. Más aún: dolo y conciencia de antijuridicidad, en cuanto hechos psíquicos, también pueden concurrir en el prototipo del sujeto que actúa sin culpabilidad, el enajenado; lo que a éste le falta es la capacidad de extraer la consecuencia de evitar, esto es, de motivarse de manera dominante hacia la fidelidad al derecho. Si tuviese tal motivación dirigida a la evitación

—se trata de una motivación de evitación supuesta, porque de facto siempre falta en quien se comporta culpablemente—, incluso quien se halla inmerso en una situación de ignorancia evitable, adquiriría conciencia de su poder de evitación al darse cuenta del déficit de conocimiento que sufría con anterioridad; este es un proceso más complejo que aquel que tiene lugar en el autor que de todos modos es consciente de todo, y el proceso también es susceptible de verse afectado por errores (26), pero en el fondo no es nada especial: el autor fracasa ante la exigencia que se le plantea de motivarse de manera dominante hacia la fidelidad al derecho.

B. Culpabilidad material

Hasta el momento, he realizado una descripción puramente formal: todo ordenamiento puede tener la pretensión de que los seres humanos capaces de motivarse se motiven de manera dominante hacia la consideración del orden, y ello, por ejemplo, puede tener lugar con los siguientes contenidos: traicionar a sus amigos judíos, espiar a sus vecinos o no realizar actos homosexuales —y debemos preguntarnos: ¿Siempre hay culpabilidad cuando en esos casos falta una motivación dominante? No puede dudarse de que en un sentido formal hay culpabilidad, ya que el hecho de que el destinatario no haya alcanzado la finalidad de la regla se le imputa como defecto suyo— no ha demostrado la fidelidad a la norma que se le exige. Esta es una clase de culpabilidad que existe en todo ordenamiento, incluso en el más totalitario; incluso el esclavo que no cumple la orden de su señor de automutilarse tiene esa culpabilidad. La reacción frente a este tipo de culpabilidad es la pena disuasoria o educacional, o también, y no necesariamente como pena, la eliminación. En todo caso, se trata al sujeto sometido a la norma, sea el autor actual o cualquier persona en cuanto autor potencial, como a un perro contra el que se levanta el palo (Hegel); dicho de otro modo, la reacción se produce contra un sistema psicofísico, pero no contra una persona.

La descripción de la culpabilidad de la que hemos tratado hasta el momento no tiene, por consiguiente, más peso que el valor del orden que se pretende estabilizar; la culpabilidad dentro de un ordenamiento que a su vez no vale nada es una culpabilidad exclusivamente formal. Sin embargo, esta referencia al valor o desvalor que debe ser estabilizado no es todo lo que puede decirse respecto de la clase de culpabilidad con la que opera un determinado ordenamiento jurídico.

(26) Por esta razón, existe una clase específica de exigibilidad en los supuestos de ignorancia evitable, dicho prácticamente: en la imprudencia; JAKOBS (nota 3), 20/35 y ss.

Un determinado orden es un ordenamiento jurídico al menos para aquellas personas que ocupan dentro de él una posición como personas, esto es, son titulares de derechos, aunque deban respetar los derechos de otros. Dicho de otro modo: un ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un perro, sino que debe ser tratado como una persona. Esto no se ve modificado por determinadas metáforas, como el dicho ampliamente difundido de que el autor a través de su hecho se ha puesto a sí mismo fuera del orden; si eso fuese así, la reacción contra él sería imposible en cuanto reacción jurídica.

Ahora bien, ya el hecho en sí no debe ser concebido como proceso impersonal. Una lesión corporal, por ejemplo, no es una perturbación como el mordisco de un perro, sino que es una perturbación realizada por una persona, esto es, lo es precisamente por el significado comunicativo de su comportamiento. De manera análoga, la imputación no sólo vincula al autor en cuanto mero sistema psicofísico con la herida, sino que lo sucedido se interpreta como un esbozo de realidad, como afirmación de que se pretende que la vida social debe desarrollarse de esa manera. Y consiguientemente, también se ubica en la categoría de lo comunicativo aquella pena que trata al autor como persona: la pena es réplica contra su esbozo de la realidad, es la constatación de que el autor con su hecho ha afirmado algo que no es determinante. Sólo de esa manera pueden comprenderse hecho y pena como contexto de sentido y no como secuencia irracional de dos males (Hegel). El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque pretende producirse un efecto en *todos* los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena —en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»— (27).

En el modelo de hecho y pena que hemos esbozado, al autor sólo le corresponde una pena en cuanto es una persona igual a los demás, especialmente en lo que se refiere a que todos son competentes para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social. Si fuese incompetente, como lo es, por ejemplo, el enajenado, en lugar de pena habría tratamiento; éste, que es una configuración vital final ajena, precisamente contiene una negación de una personalidad plena. En el hecho de que es tratado como una persona, esto es, de que se le re-

(27) Exposición detallada de las distintas teorías en H. MÜLLER-DIETZ, GA 1983, pp. 481 y ss., 485 y ss.

conoce como un igual, «se honra al delincuente como ser racional», como lo formuló Hegel (28), aunque esta frase con frecuencia haya sido objeto de burla. Bien es cierto que este tratamiento de persona no es suficiente para materializar la culpabilidad, ya que la personalidad, a su vez, sólo es una de las formas en las que la vida jurídica se desarrolla, y el mero hecho de utilizar esa forma no garantiza que se trate de un contenido general, no determinado por lo particular. Hablando en términos ejemplificativos: si todos los bienes vitales están concentrados en manos de algunas pocas personas, puede que el ordenamiento jurídico garantice a los demás el derecho de propiedad sobre su propia persona y el derecho de adquirir la propiedad de bienes, pero como todos los medios de subsistencia de facto se encuentran en manos ajenas, aquellos que no tienen nada más que su propio cuerpo difícilmente podrán aceptar esa orden como orden de lo general; la mera existencia de una personalidad abstracta es demasiado poco para que así lo hagan. Dicho en pocas palabras: culpabilidad material presupone normas legítimas.

En la medida en que este problema es tratado en la bibliografía moderna (29), la propuesta más extendida es la de tomar como punto de partida la «autodeterminación» del sujeto hacia el mal (30), esto es, su «autocorrupción» por «negarse completamente a determinar de manera concluyente su comportamiento» (31). El autor, se dice, niega la «razón subjetivo-autónoma de vigencia del derecho», con la siguiente consecuencia: «en lo que se refiere al lado de lo subjetivo del autor, tomándolo primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva, lo que tienen que significar en concreto injusto, delito, pena se determina válidamente en última instancia en la decisión racional autónoma, esto es, en saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo» (32). Aunque se tenga en cuenta que esta explicación que he citado se refiere expresamente al «lado de lo subjetivo del autor», pretendiendo tomarlo «primero de manera abstracta, desligada de su razón de constitución intersubjetiva», es improbable que pueda resolverse de esa manera el problema de la culpabilidad material en un sentido *teórico y practicable*. Este punto de partida

(28) «Grundlinien der Philosophie des Rechts», 1821, § 100, nota.

(29) Una exposición persuasiva y exhaustiva es la de E. A. WOLFF, ZStW 97, páginas 786 y ss.; M. KÖHLER, «Die bewusste Fahrlässigkeit», 1982, pp. 133 y ss.; el mismo, «Der Begriff der Strafe», 1986, *passim*; F. HERZOG, «Prävention des Unrechts und Manifestation des Rechts», 1987, pp. 57 y ss.; R. ZACZYK, «Das Unrecht der versuchten Tat», 1989, pp. 130 y ss.; W. SCHILD, en R. Wassermann (ed.), «Kommentar zum Strafgesetzbuch», t. 1, 1990, previo al § 13, número marg. 46 y ss., 50 y ss.

(30) KÖHLER, «Begriff...» (nota 29), p. 29.

(31) P. 34.

(32) P. 63.

sólo podría resultar satisfactorio desde el punto de vista teórico si el ámbito del Estado, del que provienen las normas jurídico-penales, estuviese por encima de la pugna de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil, eso es, si el Estado pudiese mantenerse frente a la sociedad civil como ámbito de moralidad sustancial, en la que las personas fuesen a la vez en sí mismas y generales. Esto, sin embargo, no puede afirmarse respecto de un Estado que en gran medida se ocupa de crear las bases de subsistencia y que extrae su legitimidad de ello. Precisamente un Estado cuya existencia se halla condicionada por un sistema económico que funcione no puede desvincularse de la lucha de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil.

Este punto de partida, además, tampoco es practicable: es preciso que a través del ordenamiento jurídico se abra la posibilidad de establecer contactos anónimos; esto excluye totalmente que se tome como factor decisivo la autonomía individual del sujeto, sino que requiere precisamente lo contrario: un alto nivel de uniformidad en el marco de roles claramente delimitados, especialmente dentro de un rol del ciudadano que respeta las normas del Derecho penal. La expectativa de uniformidad es el reverso de la libertad de comportamiento. No es posible que una sociedad otorgue libertad de comportamiento y al mismo tiempo dé a sus miembros la opción acerca de si llegarán con su autodeterminación hasta «saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo». Puede que la autonomía del sujeto ofrezca un modelo adecuado para resolver la cuestión acerca de *si debiera* constituirse una sociedad; en ese caso, la respuesta también puede ser «no». Pero si en realidad no se considera seriamente la posibilidad de permanecer en el estado natural, las pretensiones de modificar el contenido del orden sólo pueden realizarse a través de los procedimientos previstos para ello, lo que a su vez significa: sólo dentro del orden, y no renegando de él.

Por consiguiente, en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante —cómo el sujeto psico-físico asuma su rol es asunto suyo, en principio—, sino que se la trata —en principio— como un sujeto que se autodefine como ciudadano. Mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente *es* materialmente culpable, que su hecho *es* la expresión de una autocontradicción (aunque ésta no debe entenderse de manera psicologizante); y es que entonces es considerado como ciudadano de pleno derecho, y frente a la perspectiva desde la cual tiene lugar esa valoración no hay alternativa en el ámbito comunicativo. Dicho de otro mo-

do: en un sistema de imputación en funcionamiento queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación *antes* de la sociedad.

Las críticas que frecuentemente se plantean a la concepción aquí expuesta, en el sentido que con ella se instrumentaliza al ciudadano que va a ser sometido a una pena (33), probablemente no perciban que sólo se trata de la *descripción* de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo. Bien es cierto que la descripción puede desilusionar, y en ese sentido tampoco falta la objeción de que esta concepción saca a la luz determinadas funciones que deberían «en esencia permanecer latentes» (34). *Esta afirmación*, si fuese correcta, sí que conllevaría una instrumentalización de los ciudadanos que van a ser sometidos a pena, concretamente implicaría que se les ocultaría la estructura de su sumisión para evitar que intentasen salir violentamente de ella (35). La dignidad humana, si tiene un contenido mínimo, es desde luego incompatible con una prohibición de aclarar la lógica de la comunicación. Además, aclarar que el fallo de culpabilidad no se refiere al individuo en su propio ser, sino a una persona social, esto es, que los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer, etc., difícilmente puede llevar a nadie a apartarse de la sociedad —¿a dónde se dirigiría?—, especialmente si al mismo tiempo se comprende que estas relaciones siempre fundamentan culpabilidad y pena.

C. Cuestiones puntuales

El Derecho penal de culpabilidad siempre estuvo, por tanto, fundamentado por sus fines sociales; intentaré clarificar este fundamento con base en algunos aspectos parciales de reproche y exculpación. Mientras que el derecho positivo, como ya he descrito, tiene ampliamente en cuenta los defectos cognitivos, incluso aquellos que se refieren al conocimiento de las normas, en el ámbito del defecto volitivo se limita a tomar en consideración algunos pocos casos rígidamente tipificados. Dicho de otro modo: quien no puede conocer la Ley, actúa sin culpabilidad, pero respecto de quien puede conocer la Ley rige en

(33) En este sentido, últimamente de nuevo C. ROXIN, «*Strafrecht AT*», 1992, 19/31 y ss., 34.

(34) M. BOCK, ZStW 103, pp. 636 y ss., 650; *vid.* ya U. SCHROTH, en U. Neumann y U. Schroth, «*Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*», 1980, pp. 122 y ss.

(35) *Vid.* al respecto la comparación de BOCK con el mantenimiento hipócrita de una religión, que por sí misma evidentemente está caduca, por parte de sus funcionarios, *loc. cit.* (nota 34).

principio que también puede respetarla. Sólo hay excepciones cuando no perturban la función estabilizadora de expectativas del derecho, cuando no se considera al autor como igual, sino como alguien que no es determinante o que se encuentra en una situación especial. ¿Cuándo ocurre esto?

En parte, la desigualdad es palmaria: es evidente que los niños y los jóvenes equiparados a los niños, o los enajenados o las personas con problemas psíquicos similares son desiguales y con ello no son imputables. Como contraparte sinalagmática, y en la medida en que es necesario, tampoco se les concede libertad de comportamiento: la falta de culpabilidad en aquellos casos en los que los iguales son culpables es condición suficiente de heteroadministración.

Pero no sólo se trata de igualdad en cuanto al desarrollo psíquico, sino también de igualdad de la situación en la que se desarrolla el comportamiento. Hay situaciones en las que ya no puede exigirse al ciudadano que se ocupe de respetar la norma, o al menos no se le puede plantear esta exigencia de manera absoluta. En un ejemplo que siempre vuelve a aparecer a lo largo de la historia de la filosofía desde Carneades, un naufrago expulsa a otro de la única tabla de madera disponible; quien es expulsado muere, quien expulsa sobrevive. También el derecho vigente reconoce tal estado de necesidad exculpante [§ 35 StGB (*)], si bien con significativas excepciones: la disculpa no rige si el sujeto que se encuentra en la situación de peligro tiene el deber especial de soportarlo. Por consiguiente, en estado de guerra ningún soldado puede huir estando exculpado cuando corre peligro su vida, ningún preso inocente en prisión provisional puede estar exculpado si golpea a quien le custodia para recuperar su libertad, y esto por la razón evidente de que de no ser así, sería imposible organizar un sistema militar o de justicia penal; dicho de otro modo: es más importante mantener la posibilidad de administrar Estado que tener en consideración la necesidad del sujeto.

(*) El § 35 StGB dispone:

«Estado de necesidad exculpante:

(1) Quien en caso de un peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede ser eliminado de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un pariente o de otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad. Lo anterior no rige si según las circunstancias del caso podía exigírsele al autor que soportase el peligro, especialmente por haber sido él mismo quien lo había causado o por encontrarse en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º, cuando el autor no tenía obligación de soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial.

(2) Si el autor supone por error la concurrencia de circunstancias que de acuerdo con el párrafo 1.º lo hubiesen exculpado, sólo será penado cuando hubiese podido evitar el error. La pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.º» (n. del t.).

Lo mismo rige respecto de la situación psíquica. Desde una perspectiva psicologizante, fijada en el momento de la comisión del hecho, la existencia de una tendencia adquirida dificulta que el autor prescinda de realizar el hecho. Por consiguiente, si lo decisivo es el «esfuerzo psíquico» que es preciso para evitar el hecho, el principiante dubitativo tendría el máximo de culpabilidad —bastaría un leve esfuerzo en la dirección contraria— y el reincidente morboso presentaría un mínimo —tendría que cambiar su firme actitud—. Cuando se invoca la habitualidad del autor para exonerarlo, sigue siendo válida la respuesta de Aristóteles (36): «... ellos mismos tienen la culpa de que se haya llegado hasta ese punto, por su vida desafortunada... Porque las acciones individuales repetidas llevan a un estado de base correspondiente. Esto se ve en las personas que practican para alguna competición o actividad: repiten continuamente el mismo empleo de fuerza. Por tanto, quien no sabe que de los actos singulares reiterados surgen las actitudes de base firmes, es simplemente estúpido». Hoy en día se habla de culpabilidad por el modo de vida (37), lo que no es una denominación muy acertada, ya que al autor no se le imputa como culpable su manera de vivir, sino que a pesar de sus dificultades psíquicas a la hora de evitar el hecho actual no se le exonera. Esto, sin embargo, sólo es así si su desastroso modo de vida es asunto suyo, por haberse desarrollado partiendo de una situación normal. Si el autor fue corrompido siendo un adolescente, o si su actitud contraria al ordenamiento jurídico es producto de una situación de necesidad extraordinaria o de haber sido inductado por un Estado pervertido y ahora superado (38) o por un Estado extranjero pervertido (39), esta inculpabilidad por la conducta vital tiene efectos exoneradores.

El modo de vida relevante no tiene por qué abarcar siempre largas fases del *curriculum*; pueden ser fases cortas si son relevantes para el hecho. Un ejemplo es la euforia que suele producirse en caso de ebriedad moderada o después de la ingestión de ciertos psicofármacos. ¿Es exculpante? No es lo mismo que el sujeto se emborrache por una razón cualquiera y después cometa un delito estando desinhibido o que tenga que consumir psicofármacos como tratamiento de una enfermedad. En el primer caso, nadie puede responder de la desinhibición más que el autor mismo; pero en el otro, el autor puede argumentar que el destino

(36) Nota 21, 1114 a (p. 55); ya WELZEL hizo referencia a ello en ZStW 60, páginas 428 y ss., 458 y ss.

(37) Desde E. MEZGER, ZStW 57, pp. 675 y ss., 688 y s.

(38) Al respecto, o E. W. HANACK, Actas del 46. Congreso Alemán de Juristas (DJT), t. 2 (C), pp. 53 y ss.; el mismo, JZ 1967, pp. 297 y ss.; el mismo, NJW 1976, páginas 1758 y s.; en contra H. JÄGER, «*Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*», pp. 173 y ss., 175 y s.

(39) BGHSt 18, pp. 87 y ss.

le ha impuesto la enfermedad. Idéntica constelación psicofísica —un cierto grado de intoxicación que conlleva la desinhibición— conduce en un contexto disculpante a la exoneración, mientras que en los demás casos no es tenida en cuenta. Correspondientemente, el derecho vigente [§ 21 StGB(*)] no dispone que la pena deba ser atenuada obligatoriamente, sino que puede ser atenuada (40). Por consiguiente, podemos llegar a la conclusión que crean responsabilidad todas aquellas razones del conflicto actual que no pueden imputarse a otra persona que al autor sin perturbar la vigencia de la norma.

Esto puede invertirse: si no está en juego la administrabilidad del orden, si el delito excepcionalmente ha afectado a una víctima que merecía la pérdida, puede quitarse importancia al defecto volitivo total o parcialmente. En este sentido, para dar un ejemplo, el hecho de encontrarse en un estado de excitación en forma de ira u odio en principio no contribuye a la exculpación. Cada uno tiene que asumir ese tipo de emociones, que pueden presentarse en cualquier momento, si se quiere que los contactos sociales sean planificables. Utilizando la formulación de Nietzsche: «ningún acto tiene pasado» (41). El derecho positivo conoce, sin embargo, una atenuación muy considerable [§ 213 StGB(*)] para el homicidio doloso cometido bajo influjo de la ira, que presenta la limitación que sea precisamente la víctima del homicidio quien haya provocado al autor sin que éste haya dado razón alguna para ello. Esta limitación no puede explicarse desde una perspectiva psicologizante, ya que la ira impulsa a la realización del hecho con independencia de su origen. Pero si se abandona este tipo de naturalismos y se toma en consideración la situación social como factor decisivo, esto es, si se configura el concepto de culpabilidad no de manera ontologizante, sino funcional, la limitación parece casi evidente: quien ha definido, sin tener razón para ello, la situación de manera agresiva, y sólo quien así procede, pierde parte de su protección.

(*) El § 21 StGB dispone:

«Capacidad de culpabilidad disminuida. Si en el momento de la comisión del hecho la capacidad del autor para comprender lo antijurídico del hecho o para comportarse de acuerdo con esa comprensión se halla considerablemente disminuida por una de las causas señaladas en el § 20, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1.º.» (n. del t.).

(40) Referencias al estado de la discusión en JAKOBS (nota 3), 18/32 y ss., 34.

(41) «*Menschliches, Allzumenschliches*», t. II, 2, capítulo n.º 28.

(*) El § 213 StGB dispone:

«Caso menos grave de homicidio. En caso de que el muerto hubiese provocado la ira del homicida, sin culpabilidad de éste, mediante maltrato de obra o grave injuria infligido al homicida o a un pariente suyo, de manera que aquél se viese inmediatamente compelido por ello a la ejecución del hecho, o en caso de concurrir algún otro caso menos grave, la pena será privación de libertad de seis meses a cinco años.» (n. del t.).

Conforme a esta regla también se tapa un defecto volitivo cuando una persona que es objeto de un ataque antijurídico se excede en su legítima defensa y esto sucede de manera evitable, esto es, culpable. Hablando en términos ejemplificativos: un sujeto que es objeto de un ataque con los puños no responde amenazando con utilizar su cuchillo, aunque ello evidentemente —y ello quiere decir también: de manera evidente para quien sufre el ataque— hubiese sido suficiente, sino que directamente usa el cuchillo; la denominación del suceso es la de exceso en la legítima defensa. De acuerdo con el derecho positivo (que aunque no es un argumento *per se*, refleja la sociedad si está logrado, y con ello constituye un argumento) no concurre culpabilidad en el sujeto que usa su cuchillo cuando el exceso en la legítima defensa se produce por estupefacción, sobresalto o temor, esto es, no por emociones violentas como acometividad, ira o combatividad. Debo reiterar que no se trata de un supuesto de exceso inevitable en una situación delicada, sino de un comportamiento perfectamente evitable. ¿Por qué esta lesión innecesaria del atacante se considera falta de culpabilidad? Porque es lesionado aquel atacante que debe asumir las consecuencias a causa de su ataque. No es indulgencia hacia quien sufre el ataque lo que conduce a la exculpación, sino el hecho de que la defensa en exceso afecta al destinatario correcto. Existe una prueba de esto, un tanto sutil, pero unívoca en el resultado: imagínese que alguien, estando incurso en un error absolutamente inevitable, cree que es objeto de un ataque, y al defenderse frente a ese ataque inexistente (legítima defensa putativa) se excede en ella. Aunque su situación psíquica es idéntica hasta el último detalle a la de alguien que es objeto de un ataque real, no puede ser exculpado, porque no es posible remitir a la víctima de su defensa a que debe adscribirse las consecuencias de su ataque (42): la víctima en realidad no atacó, sino que sólo fue tenida por atacante erróneamente. Este ejemplo demuestra que la concepción funcional se ha impuesto también en reglas bastante remotas en el ámbito de la culpabilidad, que tenía que imponerse, porque la única finalidad que cuenta es la estabilización de la norma.

IV. ¿LIBRE ALBEDRÍO?

Al final de mi exposición relativa a la finalidad de la culpabilidad me permito hacer algunas referencias a un problema del que hasta ahora sólo he hablado de pasada: el libre albedrío. Y hago estos apuntes al final del trabajo porque la función del principio de culpabilidad es in-

(42) En este sentido, una serie ininterrumpida de jurisprudencia, últimamente BGH NStZ 1983, p. 453; la cuestión es discutida.

dependiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es competencia por una lesión de la vigencia de la norma y, por tanto, presupone que el sujeto competente pueda ser motivado a través de normas y nada más (43). Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que no todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente. Para concluir explicaré esta relación entre culpabilidad y libertad de autoadministración con una parábola.

En varios países que tienen fronteras comunes, los habitantes de las zonas fronterizas suelen de vez en cuando llevar a cabo saqueos en alguno de los países vecinos, produciendo allí un daño mayor que el botín que llevan a casa, hecho que le es indiferente a los saqueadores, ya que el daño es soportado por extraños. Los monarcas soberanos de esos países, con ocasión de un encuentro entre ellos, llegan al acuerdo de impedir esas fechorías en el futuro, y convienen, como garantía de la promesa, en pagarse mutuamente una multa del doble del daño producido en caso de que a pesar de todo se lleven a cabo saqueos. La situación mejora radicalmente a consecuencia de las inmediatas medidas de los monarcas; en el siguiente encuentro sólo hay pocas multas que pagar. Uno de los monarcas, sin embargo, se niega absolutamente a pagar; aduce que a pesar de haber hecho inmensos esfuerzos, no ha conseguido suficientes medios para poder crear suficientes fuerzas de policía; por ello, argumenta, le ha sido imposible mantener bajo control a los habitantes de sus zonas fronterizas. Los demás le creen y deciden, dada la incapacidad de su primo para administrar con efectividad su país —a causa de su debilidad financiera—, dividirlo entre ellos y tratarlo como provincia. Ante esa posibilidad, el monarca finalmente paga. El filósofo de la corte considera que es injusto tener que pagar una multa por un comportamiento que no fue libre, y que es indigno obedecer a tal requerimiento de pago, pero el monarca contesta que su libertad de autoadministrarse va por delante de tales consideraciones.

V. RESUMEN

1. En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuanto error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus

(43) Referencias al estado de la discusión en JAKOBS (nota 3), 17/23 y ss., notas 47 a 52.

consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida.

2. En una sociedad con derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; éste sólo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales.

3. Como es imposible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.

4. Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando hacen uso de la libertad de comportamiento que forma parte del rol de ciudadano. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.

5. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.

SECCION LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

LEY ORGANICA 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas («B.O.E.» 24 de diciembre de 1992).

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, refleja la grave preocupación que en todas las naciones provoca el incremento del tráfico ilegal de tales sustancias, y sus efectos directos en la criminalidad. Las medidas que en este texto se incorporan suponen, por ello, un incremento en la reacción penal frente a aquellas conductas delictivas.

España, parte en esta Convención, está obligada a introducir en su ordenamiento penal las medidas que en la misma figuran y no tienen todavía plasmación expresa en su sistema legal. Para cumplir con esta finalidad, se ha elaborado la presente reforma del Código Penal, en la que, para cumplir los plazos exigidos por la Convención, se introduce una regulación que ya se encuentra incorporada al Proyecto de Ley del nuevo Código, adelantando, así, la entrada en vigor de estas medidas penales.

Las novedades que se introducen ahora, de manera coordinada con lo que se está haciendo en todos los países de nuestra órbita cultural, se refieren, básicamente, a la punición de la fabricación, transporte y distribución de los denominados precursores (equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y asimismo de las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, lo que supone la transposición de los aspectos penales de la Directiva 91/308 CEE.

Por otra parte, y al efecto de cumplimentar también la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen se incorpora un nuevo artículo de la Ley de

(*) Por la Redacción de la Revista.

Enjuiciamiento Criminal a fin de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Capítulo I

MODIFICACIONES DEL CODIGO PENAL

ARTÍCULO PRIMERO

Se incorporan al artículo 344 bis a), del Código Penal, y a continuación de su texto actual, las tres siguientes nuevas circunstancias:

- «8. Cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas.
9. Cuando el culpable participare en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
10. Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos».

ARTÍCULO 2.º

El artículo 344 bis e), tendrá la siguiente redacción:

«1. A no ser que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.»

ARTÍCULO 3.º

Se incorporan a la Sección 2.ª del Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal cinco nuevos artículos, rotulados desde el 344 bis g) al 344 bis k), ambos inclusive, con el siguiente contenido:

Artículo 344 bis g)

El que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviese en su poder los equipos, materiales o sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios o Convenciones, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Artículo 344 bis h)

1. El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos.

3. Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas.

Artículo 344 bis i)

El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Artículo 344 bis j)

En los supuestos previstos en los artículos 344 bis g), 344 bis h) y 344 bis i) se impondrán las penas privativas de libertad en su grado máximo a las personas que pertenecieran a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial y las demás medidas previstas en el artículo 344 bis b).

Artículo 344 bis k)

En el caso de que los bienes del penado por uno o varios delitos a que se refieren los artículos 344 a 344 bis j) no fueren bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por el orden siguiente:

- «1. La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.
2. La multa.
3. Las costas del acusador particular y las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado sin preferencia entre los interesados.»

ARTÍCULO 4.º

1. La expresión «artículos 344 y 344 bis a)», que se efectúa en el artículo 344 bis c) del Código Penal, queda sustituida por la siguiente: «artículos 344 a 344 bis b), y 344 bis g) a 344 bis j)».

2. La expresión «artículos anteriores», que se efectúa en el artículo 344 bis d) del Código Penal, queda sustituida por la siguiente: «artículos 344 a 344 bis c), y 344 bis g) a 344 bis j)».

Capítulo II

MODIFICACION DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 5.º

Se añade en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un artículo 263 bis con la siguiente redacción:

«1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia

obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales. Los funcionarios de la Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.»

DISPOSICION FINAL UNICA

El artículo quinto de la presente Ley tiene carácter de Ley ordinaria.

LEY ORGANICA 6/1992, de 2 de noviembre, por la que se modifican los artículos 72, 73 y 141 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General («B.O.E.» 3 de noviembre de 1992).

EXPOSICION DE MOTIVOS

El sufragio universal, libre, igual, directo y secreto es uno de los elementos definidores de un sistema democrático. El pleno reconocimiento del ejercicio del derecho de voto exige articular mecanismos que permitan que los electores que no puedan depositarlo personalmente en la Mesa Electoral lo hagan mediante la remisión por correo.

La experiencia acumulada de las diversas convocatorias electorales celebradas desde el establecimiento del régimen democrático en España aconseja modificar la normativa vigente, contenida en los artículos 72 y 73 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985, en aras a incrementar las garantías de personalidad y secreto del sufragio, por un lado, y la plena efectividad del derecho de voto emitido por correo, por otro. Asimismo hace aconsejable completar las medidas garantizadoras con el establecimiento de un nuevo tipo penal en el artículo 141.1 del citado texto legal.

De este modo, en el artículo 72 se retrocede el «dies ad quem» hasta el cual el elector podrá efectuar la solicitud para emitir el voto por correo al décimo anterior al de la votación y se establece un plazo para la remisión por los servicios de Correos de la solicitud formulada a la oficina del Censo Electoral. Por otra parte, se modifica sustancialmente el procedimiento personal de la solicitud, al exigirse la acreditación por certificación médica oficial y gratuita, al disponerse —conforme a la Instrucción de la Junta Electoral Central de 10 de febrero de 1992— que el poder notarial o consular ha de extenderse individualmente en relación con cada elector y, por último, al concretarse que una persona no podrá representar a más de un elector.

En el artículo 73 se establece un plazo máximo para la remisión de la documentación —papeletas y sobres de votación— por la oficina del Censo Electro-

ral a los electores. Se introduce, asimismo, una importante garantía para asegurar la personalidad del sufragio, cual es la firma por el interesado del aviso acreditativo del envío; en el supuesto de que el mismo no se encontrara en su domicilio, habrá de presentarse personalmente a través de la persona autorizada a tal efecto en la oficina de Correos para retirar la documentación. Se prevé, finalmente, que los sobres de votación recibidos por el Servicio de Correos después de las veinte horas del día de la votación se remitirán por aquél a la Junta Electoral de Zona.

Las medidas garantizadoras se cierran con la concreción de un tipo penal para los particulares que dolosamente violen los trámites establecidos para el voto por correo, completándose así el derecho penal electoral en la materia que en el texto vigente de la Ley Electoral refería exclusivamente la vulneración de tales trámites por funcionarios públicos.

ARTÍCULO ÚNICO

Los artículos 72, 73 y 141 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, quedan redactados de la siguiente forma:

1. «Artículo 72.

Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes:

a) El elector solicitará de la correspondiente Delegación a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el décimo día anterior a la votación, un certificado de inscripción en el Censo. Dicha solicitud se formulará ante cualquier oficina del Servicio de Correos.

b) La solicitud deberá formularse personalmente. El funcionario de Correos encargado de recibirla exigirá al interesado la exhibición de su documento nacional de identidad y comprobará la coincidencia de la firma. En ningún caso se admitirá a estos efectos fotocopia del documento nacional de identidad.

c) En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, cuya existencia deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita, aquélla podrá ser efectuada en nombre del elector por otra persona autorizada notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará, en cada caso, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este apartado.

d) Los servicios de Correos remitirán en el plazo de tres días toda la documentación presentada ante los mismos a la Oficina del Censo Electoral correspondiente.»

2. «Artículo 73.

1. Recibida la solicitud a que hace referencia el artículo anterior, la Delegación Provincial comprobará la inscripción, realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, y extenderá el certificado solicitado.

2. La Oficina del Censo Electoral remitirá por correo certificado al elector, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la votación, al domicilio por él indicado o, en su defecto, al que figure en el censo, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado en el párrafo anterior, y un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponda votar. Con los anteriores documentos se adjuntará una hoja explicativa.

El aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación a que alude el párrafo anterior deberá ser firmado personalmente por el interesado previa acreditación de su identidad. Caso de no encontrarse en su domicilio, se le comunicará que deberá personarse por sí o a través de la representación a que se refiere la letra c) del artículo anterior en la oficina de Correos correspondiente para, previa acreditación, recibir la documentación para el voto por correo, cuyo contenido se hará constar expresamente en el aviso.

3. Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación y lo cerrará. Si son varias las elecciones convocadas, deberá proceder del mismo modo para cada una de ellas. Incluirá el sobre o los sobres de votación y el certificado en el sobre dirigido a la Mesa y lo remitirá por correo certificado en todo caso antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones. Este sobre no necesita franqueo.

4. El Servicio de Correos conservará hasta el día de la votación toda la correspondencia dirigida a las Mesas Electorales y la trasladará a dichas Mesas a las nueve de la mañana. Asimismo, seguirá dando traslado de la que pueda recibirse en dicho día, hasta las veinte horas del mismo. El Servicio de Correos llevará un registro de toda la documentación recibida, que estará a disposición de las Juntas Electorales. Los sobres recibidos después de las veinte horas del día fijado para la votación se remitirán a la Junta Electoral de Zona.»

3. «Artículo 141.

1. El particular que dolosamente vulnere los trámites establecidos para el voto por correo será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.»

4. El actual apartado único del artículo 141 se convierte en apartado 2.

DISPOSICION FINAL UNICA

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REAL DECRETO 1559/1992, de 18 de diciembre, por el que se eleva el importe máximo de la cobertura del aseguramiento obligatorio en el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, con efectos de 31 de diciembre de 1992 («B.O.E.» 22 de diciembre de 1992).

En el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea [anexo I, parte IX, «Aproximación de las Legislaciones», apartado F) Seguros] se contempla la elevación gradual del importe máximo de la cobertura del aseguramiento obligatorio en el Seguro de responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicho Tratado, el artículo 13, letras a) y b), del Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, aprobado por Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre, fijó los límites cuantitativos máximos de cobertura por dicho seguro en 2.000.000 de pesetas por víctima para daños corporales y 500.000 pesetas por siniestro para daños materiales, cualquiera que fuese el número de víctimas, fijación de límites que debía durar con arreglo al Tratado de Adhesión hasta el 31 de diciembre de 1988. Posteriormente, en el segundo período que comprende desde la fecha anteriormente citada hasta el día 30 de diciembre de 1992, dichos límites han alcanzado la cuantía de 8.000.000 de pesetas por víctima y 2.200.000 pesetas por siniestro, de acuerdo con el Real Decreto 1313/1992, de 30 de octubre, por el que se elevan los límites de indemnización del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor.

La última de las elevaciones graduales que exige el Tratado de Adhesión debe comenzar el día 31 de diciembre de 1992, fecha en que los límites deben alcanzar, al menos el 31 por 100 de las cifras de 350.000 ecus para daños corporales por víctima y 100.000 ecus para daños materiales por siniestro con arreglo al artículo 1.2 de la Segunda Directiva del Consejo 84/5/CEE, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles. La elevación de esta cifra supone, respectivamente, los importes como mínimo de 10.500 a 31.000 ecus.

El objeto del presente Real Decreto es garantizar que los nuevos límites estén fijados en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a 31 de diciembre de 1992 para la mejor protección de los intereses de los asegurados y dar un exacto cumplimiento a las exigencias derivadas del Tratado de Adhesión.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, oída la Junta Consultiva de Seguros, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 18 de diciembre de 1992,

DISPONGO:

ARTÍCULO ÚNICO

Elevación de los límites máximos de cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria.

Las letras a) y b) del artículo 13 del Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, aprobado por Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre, modificadas por Real Decreto 1313/1992, de 30 de octubre, por el que se elevan los límites de indemnización del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, quedan redactadas del siguiente modo:

«a) Daños corporales: 16.000.000 de pesetas por víctima.

b) Daños materiales: 4.500.000 pesetas por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas.»

DISPOSICION TRANSITORIA UNICA.—PRORRATA DE PRIMA

Las entidades aseguradoras quedan habilitadas para percibir de sus asegurados la prorrata desde la entrada en vigor del presente Real Decreto hasta el respectivo vencimiento anual de los contratos de seguro en curso, por la diferencia entre la prima satisfecha y la nueva que corresponda, para las coberturas que ahora se establecen.

DISPOSICION FINAL UNICA.—ENTRADA EN VIGOR

El presente Real Decreto entrará en vigor el día 31 de diciembre de 1992 y los límites establecidos en su artículo único serán de aplicación a los siniestros acaecidos desde dicha fecha.

REAL DECRETO 1176/1992, de 2 de octubre, por el que se regula el registro de condenas por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dictadas por los Tribunales de los países hispano-luso-americanos («B.O.E.» 3 de octubre de 1992).

La VII Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos encomendó al Gobierno español el establecimiento de un Registro Central de las condenas pronunciadas por los Tribunales de los Estados Parte por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, como un elemento más de la acción conjunta y la colaboración necesaria entre los Estados para la represión de tales delitos, y que, entre otros textos, ha conducido a la adopción del Convenio sobre Comunicación de Antecedentes Penales y de Información sobre Condenas Judiciales por Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, hecho en Lisboa el 12 de octubre de 1984, y en el que España es parte.

El presente Real Decreto no se configura como un desarrollo del Convenio citado, sino como un instrumento nuevo de centralización de la información disponible, por lo que las relaciones bilaterales que procedan en el marco de aquél seguirán actuándose con total independencia de lo dispuesto en esta norma.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de octubre de 1992,

DISPONGO:

ARTÍCULO 1

Se inscribirán en el Registro Central de Penados y Rebeldes las sentencias firmes de condena por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas pronunciadas por los Tribunales de los Estados Parte en la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos que fueran remitidas en nota penal normalizada.

ARTÍCULO 2

La solicitud de inscripción de una condena deberá entender las menciones siguientes:

- a) Órgano instructor y sentenciador.
- b) Clase de procedimiento, número de causa, fecha de sentencia, fecha de firmeza y reincidencia, si la hubiere.
- c) Elementos de identificación del condenado.
- d) Delito por el que ha sido condenado y precepto penal aplicado.
- e) Naturaleza y duración de la pena.

ARTÍCULO 3

La solicitud de una certificación de antecedentes deberá contener las menciones siguientes:

- a) Autoridad que formula la solicitud.
- b) Objeto y motivo de la solicitud.
- c) Identidad lo más completa posible y nacionalidad de la persona de que se trate.
- e) Delito imputado y preceptos legales infringidos.

Si por los datos suministrados en la solicitud apareciese que el proceso en que ha de producir efectos no es de los previstos en el artículo 1, se podrá pedir información suplementaria al Estado requirente, denegándola de forma motivada, si se tratase de un proceso distinto. También será motivada la denegación si faltase alguna de las menciones citadas.

ARTÍCULO 4

Las solicitudes de inscripción de condena y de certificación de antecedentes se extenderán en documentos normalizados y se cursarán y devolverán a través de los Ministerios de Justicia u órganos competentes designados específicamente por cada Parte.

ARTÍCULO 5

El Registro expedirá certificaciones a solicitud de los órganos judiciales y de los Ministerios públicos, acordada en un proceso o diligencias concretos por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y en los que estuviere acusada, procesada o inculpada la persona a que se refiera la solicitud, haciendo constar, en cada caso, si se hallan cancelados los antecedentes.

También podrán expedirse certificaciones a petición del interesado.

ARTÍCULO 6

Semestralmente se remitirá a los Ministerios de Justicia u órganos competentes de cada Parte una relación de las inscripciones relativas a sus nacionales, causadas en el año precedente. Ello no excluye las comunicaciones inmediatas, caso por caso, que estuvieran previstas en Tratados internacionales u otro instrumento internacional.

ARTÍCULO 7

La cancelación de antecedentes sólo podrá realizarse a instancia expresa de la Parte en que se pronunció la sentencia. Si el interesado solicitase directamente la cancelación ante el Registro, se remitirá la solicitud a aquella parte.

ARTÍCULO 8

Las inscripciones y las certificaciones se extenderán en español o portugués. No será necesaria la traducción de las solicitudes de inscripción o certificación que se dirijan al Registro, estando dispensados de legalización o formalidad análoga todos los documentos.

Las actuaciones del Registro serán gratuitas, salvo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 5 de este Real Decreto.

DISPOSICION FINAL PRIMERA

Por el Ministro de Justicia se aprobarán los documentos normalizados en los que se extenderán las solicitudes de inscripción de condena y de certificación de antecedentes.

DISPOSICION FINAL SEGUNDA

Se faculta al Ministro de Justicia para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Real Decreto.

DISPOSICION FINAL TERCERA

El presente Real Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

INTERPRETACION DEL PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 93 DEL CODIGO CIVIL

Consulta núm. 1/1992, de 13 de febrero

Se ha elevado Consulta a esta Fiscalía General del Estado, con el fin de que puedan fijarse criterios interpretativos unitarios sobre el contenido del artículo 93 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 11/90 de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

La Fiscalía que plantea la Consulta pone de relieve que, hasta la nueva redacción del artículo citado, en las resoluciones de los Juzgados del territorio no existía uniformidad sobre el procedimiento, la cuantía e incluso sobre la subsistencia de las prestaciones alimenticias de los hijos que, conviviendo con uno de los padres, cumplían la mayoría de edad y quedaban en consecuencia fuera de la esfera del derecho-deber en que la patria potestad consiste. Algunos Juzgados mantenían la deuda alimenticia asignada, siempre que permanecieran las circunstancias económicas y de convivencia que justificaron su fijación. Otros acordaban expresamente la extinción de la prestación de alimentos para la fecha en que se alcanzaba la mayoría de edad y otros, en fin, disminuían la pensión por vía de los incidentes de modificación.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986 de 15 de diciembre, partiendo de la continuidad de la prestación en favor del alimentario mayor de edad, se estableció que la fijación de alimentos no deberá hacerse en los procedimientos especiales de separación o divorcio, sino en el ordinario que corresponda, como obligación basada en el parentesco y cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres. Sin embargo, con la introducción del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil por la Ley 11/90, se autoriza al Juez para fijar alimentos a los hijos mayores de edad o emancipados siempre que concurren dos presupuestos. Uno, que carezcan de ingresos propios y, otro, que convivan en el domicilio familiar. Por los demás, la determinación del *quantum* de los alimentos se hará conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes de aquel Cuerpo legal.

En particular, las cuestiones que suscita la Consulta elevada, son las siguientes: 1.º) Quién es la persona legitimada para reclamar el derecho de alimentos. 2.º) Si puede el Juez de oficio, en una interpretación rígida del precepto y sin previa

petición del interesado, dictar la resolución fijando la cuantía de los alimentos. 3.ª) Quién debe ser el destinatario de los alimentos fijados con arreglo al artículo 93.2, y 4.ª) Qué procedimiento es el que ha de seguirse. Analicemos separadamente cada una de ellas.

I

El derecho de alimentos reconocido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil —a los que se remite el artículo 93—, es de carácter restringido, pues se concede a determinadas personas que, ligadas por vínculos de parentesco o estado de familia (artículo 143 del C.C.), necesiten lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido y educación. Subsiste para los hijos, aún después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa no imputable al alimentario. De igual modo, el artículo 144 limita la reclamación de la deuda alimenticia a personas circunscritas al ámbito familiar y, si existen varios de los obligados a prestarla, como es unipersonal, se establece un orden de prelación.

En las situaciones de ruptura matrimonial, quedan los descendientes menores de edad bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, cesando esa relación y la patria potestad (normalmente compartida), al cumplirse la mayoría de edad, momento en que se adquiere plena autonomía jurídica en los órdenes personal y patrimonial.

Ahora bien, la llegada a la mayoría de edad, a partir de la cual la persona adquiere plena capacidad —electoral, de obrar y procesal—, no puede mermar —y la ley no lo permite— el derecho de alimentos cuando existan medios económicos familiares y se demuestre el estado de necesidad del hijo, no pudiendo proveer por sí mismo a cubrir las necesidades que integran el contenido del derecho.

Siendo, por tanto, titulares del derecho a la prestación alimenticia los hijos mayores de edad, no puede desconocerse que ese derecho a recibir alimentos futuros es *irrenunciable* (aunque puedan renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, artículo 151 del Código Civil), *intransmisible* (aunque puede transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las mismas (artículo 151 citado), *imprescriptible* (si bien el artículo 1966 del mismo texto legal establece que la acción para exigir el pago de las pensiones alimenticias prescribe a los cinco años), debiendo de otro lado entenderse que el precepto se refiere a las pensiones ya devengadas, como así lo ha interpretado el Tribunal Supremo, entre otras sentencias la de 7 de octubre de 1970, y un derecho, en fin, que *no puede transigirse* (artículo 1.814: «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»).

De lo anteriormente expuesto, se ha de concluir que la única persona a quien se atribuye el derecho subjetivo familiar de exigir los alimentos es al hijo que ha llegado a la situación de la mayoría de edad; derecho que no se confiere a ninguno de los ascendientes con los que convive ya que, al extinguirse al vínculo jurídico de la patria potestad, el mayor de edad queda fuera del ámbito de dependencia que por imperativo legal existía hasta ese momento. No teniendo en tal supuesto aplicación el principio de representación legal de los padres (artículo 162 del C.C.), sólo estará legitimado dentro del ámbito familiar para reclamar los alimentos que

establece el artículo 93 del Código Civil el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad.

II

La segunda cuestión planteada queda resuelta si se tiene en cuenta lo analizado en el apartado anterior.

Cierto es que, por razones de interés público, el Juez puede de oficio fijar alimentos a los hijos menores de edad aunque no haya habido petición de parte. Pero no lo es menos que el párrafo segundo del artículo 93 «... el Juez, en la misma resolución *fijará...*» no puede interpretarse rígidamente, no sólo por lo ya razonado con anterioridad —que parece tener fuerza suficiente— sino porque, de otro lado, estamos en presencia de un derecho rogado, de forma que muy difícilmente podría admitirse la posibilidad de fijar el Juez de oficio la cuantía alimenticia. Nadie, pues, que no sea la persona legitimada, —el mayor de edad—, concedora de sus auténticas necesidades y titular de plena capacidad procesal, puede instar la reclamación, sin perjuicio, claro está, de lo que el Juez acuerde tras las alegaciones de las partes y la prueba en su caso practicada.

III

La tercera cuestión que suscita la Consulta se refiere a quién ha de ser el destinatario o perceptor de los alimentos fijados conforme al artículo 93.2 del Código Civil. Y, en concreto, si lo será el descendiente que haya cumplido la mayoría de edad o, por el contrario, el progenitor con el que convive.

Si de lo anteriormente argumentado se desprende que en estos casos el único titular del derecho de alimentos —y legitimado formalmente para reclamarlos— es el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, sería incongruente sostener ahora que otra persona que no sea él —en este caso el progenitor con el que convive— tiene derecho a percibirlos e incluso disfrutarlos.

Si, como ya se ha puesto de manifiesto, en la hipótesis contemplada del descendiente mayor de edad no rige el principio de la representación legal para la reclamación de alimentos, con mayor motivo no cabrá la misma en cuanto a su disfrute se refiere. Alcanzada la mayoría de edad y con ella la plena capacidad de administración y disposición, será ese descendiente el único destinatario de la prestación objeto de la obligación de alimentos que haya fijado el órgano jurisdiccional a través de la petición efectuada.

IV

La última cuestión a la que la Consulta se refiere gira en torno —tal como se resaltó en la introducción— al procedimiento o cauce procesal a través del cual ha de instarse la reclamación de alimentos por el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad y que, conviviendo en el domicilio familiar, carece de ingresos

propios, como exige el artículo 93 del Código Civil. Es de notar que la pretensión de alimentos a ejercitar por el hijo mayor de edad, objetivamente, será viable tanto en los procedimientos matrimoniales causales como en los consensuales o de mutuo acuerdo.

En este punto —el procedimiento que ha de seguirse—, la interpretación del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil —como la de todas las normas en general— ha de hacerse conforme al artículo 3.1 del citado Cuerpo legal y presidida, además, por criterios de gran flexibilidad, con tendencia, siempre que ello sea posible, a apoyar que la fijación de una pensión alimenticia al hijo mayor de edad tenga lugar en el procedimiento matrimonial. Lo contrario podría originar serios perjuicios a esas personas que carecen de medios para subsistir y que serían obligadas a acudir a otros procedimientos para ver satisfechas sus legítimas aspiraciones, algo añadido al trauma originado no pocas veces por la separación o divorcio de los padres. Mas no ha de olvidarse que en determinadas situaciones no será posible evitar que el ejercicio de su pretensión tenga lugar en el juicio de alimentos provisionales que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula en los artículos 1.609 y siguientes o en el declarativo ordinario, según los casos.

Así pues, frente a la postura maximalista según la cual la reclamación y fijación en su caso de una pensión alimenticia al hijo mayor de edad ha de tener lugar siempre en el procedimiento matrimonial, o ante la que, por el contrario, defiende que en cualquier caso ha de acudirse a los otros procedimientos ya indicados, la solución correcta y prudente pasa por distinguir diferentes supuestos que en la práctica pueden presentarse, así como por tener en cuenta el momento procesal en que dicha reclamación se plantea.

En efecto. No será idéntico el supuesto del hijo que tiene ya cumplidos los 18 años al iniciarse el procedimiento matrimonial, que aquel en el que la mayoría de edad se alcanza durante su tramitación. Ni el de cumplir esa edad después de recaer sentencia firme o cuando la causa se encuentra ya archivada tras haberse ejecutado la misma.

La solución al problema que abordamos —el procedimiento que ha de seguirse— no será tampoco la misma si en la demanda, contestación o, en su caso, reconvencción, se solicita alimentos para él que en el supuesto contrario. Y la situación variará sustancialmente según que el hijo mayor de edad ejercite la pretensión alimenticia durante la fase de alegaciones o si, por contra, ello acontece en fase procesal posterior, pues en este caso podría alegarse indefensión por la persona que resulte obligada al pago lo que, obviamente, ha de evitarse.

Cuestiones todas ellas que surgirán cuando el procedimiento matrimonial sea contencioso, pues si fuera de mutuo acuerdo, nada impedirá que el hijo mayor de edad suscriba el convenio regulador o muestre su conformidad con el mismo en momento posterior.

Analicemos, pues, separadamente, cada una de las situaciones ya apuntadas, referidas a los procedimientos contenciosos.

A) Que el descendiente sea mayor de edad al iniciarse el procedimiento

Habrá que distinguir dos supuestos según que alguno de los cónyuges haya o no solicitado una pensión alimenticia para él.

1. Si en la demanda, contestación o reconvencción se hubiera solicitado una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad, éste podrá comparecer y mostrar su conformidad con dicha cantidad o bien otorgar un poder «apud acta» al proge-

nitro que hubiere solicitado para él la pensión. Si no estuviere conforme por entender que la cantidad debe ser superior, deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos o al juicio de alimentos provisionales.

2. Si en la demanda, contestación o reconvencción no se hubiera solicitado para él pensión alimenticia alguna, no podrá reclamar alimentos en el procedimiento matrimonial y deberá acudir a los ya señalados en el apartado anterior.

B) Que el descendiente cumpla la mayoría de edad durante la tramitación de la causa matrimonial sin que se haya dictado sentencia

Habrá también que distinguir dos supuestos.

1. Si en la demanda, contestación o reconvencción se solicitaba para él el pago de una pensión alimenticia, nada impide que comparezca en el procedimiento y reclame el pago de la misma o incluso una cantidad superior si el procedimiento se encuentra en fase de alegaciones. Si se encuentra en fase posterior a la de alegaciones, sólo podrá comparecer en el procedimiento matrimonial para mostrar su conformidad con la cantidad que para él se había solicitado en la fase procesal en la que todavía era menor de edad. De no ser así deberá acudir al juicio de alimentos provisionales o al declarativo ordinario.

2. Si no se hubiera solicitado para él cantidad alguna cuando era menor de edad, podrá personarse en el procedimiento matrimonial y reclamar el pago de una pensión alimenticia durante la fase de alegaciones, pues en otro caso deberá acudir a los procedimientos mencionados en el apartado anterior.

C) Que el hijo alcance la mayoría de edad después de recaer sentencia firme

1. Razones de economía procesal —que podrían también invocarse en los supuestos contemplados en el apartado anterior cuando no producen indefensión— aconsejan que el Juez, al dictar sentencia, si el hijo es menor de edad y próximo a cumplir los 18 años, pueda acordar el pago de una pensión alimenticia a su favor y que la misma se continúe pagando en lo sucesivo, siempre que las circunstancias no cambien y no muestre su disconformidad el hijo ya mayor de edad.

2. Si el Juez, en la sentencia en que fije una pensión alimenticia al descendiente menor de edad, no contemplase la previsión anteriormente descrita, idénticas razones de economía procesal conducen a concluir como razonable que el hijo pueda personarse durante el período de ejecución y reclamar que continúe el pago de la misma. En caso de solicitar una pensión de cuantía superior, deberá acudir al juicio que determina el artículo 1.609 de la L.E.C. tratándose de alimentos provisionales o al declarativo ordinario.

D) Que el descendiente haya cumplido la mayoría de edad después de haberse ejecutado la sentencia de separación, nulidad o divorcio, encontrándose la causa archivada. Lógicamente en este supuesto no podrá renacer el proceso matrimonial, sobre todo si se tiene en cuenta que esa persona no ha sido parte en el mismo y, en consecuencia, el procedimiento a seguir será el de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulado en los artículos 1.609 y siguientes o el declarativo ordinario, según los casos.

V

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad sólo podrá fijarse en las sentencias que pongan fin a los procedimientos iniciados a partir del día 7 de noviembre de 1990, fecha en la que entró en vigor la ley de 15 de octubre de ese año, la cual —al guardar silencio sobre ese extremo— no tiene efecto retroactivo, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 2 del Código Civil.

**SOBRE SI ES IMPRESCINDIBLE LA ANOTACION
DE LAS CONDENAS EN LOS REGISTROS DE NATURALEZA
DEL PENADO**

Consulta núm. 2/1991, de 29 de abril

I

El tema central que se plantea en la Consulta es el de determinar si, después de promulgada la Constitución Española de 1978, el único Registro en donde han de anotarse las condenas es el Central de Penados y Rebeldes, y cuyo fundamento estaría en que la anotación en el Registro de naturaleza del penado podría vulnerar el derecho a la intimidad personal, especialmente protegido en la Constitución.

La tesis de la anotación exclusiva en el Registro Central de Penados y Rebeldes tendría su apoyo, además de lo anteriormente dicho, en la desaparición de los Juzgados de Distrito con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, Juzgados que desempeñaban tal función en virtud del Real Decreto 2.988/77 de 11 de noviembre (artículo 13 1.a); en la nueva redacción del artículo 118 del Código Penal, y como consecuencia, en el Real Decreto 2.012/83 de 28 de julio sobre cancelación de antecedentes penales, y en la Ley de 1 de diciembre de 1980 sobre conducta ciudadana. Se añade, además, que no proceden tales anotaciones en el Registro Civil por no hallarse amparadas en disposición legal alguna.

II

No todas las razones anteriormente expuestas han de aceptarse. Por lo pronto, si bien es cierto que la Constitución ampara el derecho a la intimidad personal (artículo 18), no lo es menos que todos los derechos tienen sus límites ponderando los intereses generales, también protegidos por la norma constitucional.

De otro lado, la anotación en cualesquiera de los Registros no lleva aparejada «per se» una publicación indiscriminada de su contenido, sino que se presenta con finalidades concretas y tasadas, que no implican necesariamente violación de la intimidad. A estos efectos, hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 118 del Código Penal en su párrafo sexto: «Las inscripciones de antecedentes penales en el

Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley».

El Real Decreto del Ministerio de Justicia 2.988/77 de 11 de noviembre, sobre organización y funcionamiento de los Decanatos de los Juzgados, señala en su artículo 13.1 que, «además de las funciones que se expresan en el artículo 5.º, corresponderán a los Decanatos de los Juzgados de Distrito: a) Anotar o cancelar en el Registro correspondiente los antecedentes penales que remitan las Audiencias y Juzgados de Instrucción, acusando recibo individual de las comunicaciones». En la actualidad, como se observa en la Consulta, los Juzgados de Distrito en cuanto tales han sido suprimidos, pero sus funciones han sido asumidas por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o de Paz, como taxativamente declara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (apartado V). Y ya más en concreto, el artículo 86 de esta L.O.P.J. anota que, «1. El Registro Civil estará a cargo de los Jueces de Primera Instancia y, por delegación de éstos, de los de Paz, de conformidad con lo que establece la Ley, sin perjuicio de lo que se disponga en ella para los demás Registros Civiles, en su caso». «2. La Ley de Planta determinará las poblaciones en las que uno o varios Jueces desempeñarán con exclusividad funciones de Registro Civil, y en las ciudades en que hubiese más de un Juzgado de Primera Instancia, cual o cuales de entre ellos se encargarán del Registro Civil». Por tanto, todas las funciones encomendadas a los antiguos Juzgados de Distrito relacionadas con el Registro Civil, se entienden traspasadas a los actuales Juzgados de Primera Instancia.

Por su parte, el artículo 118 del Código Penal, lo mismo que el Real Decreto 2.012/83 de 28 de julio, se refieren tan sólo a la cancelación de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos de no apreciación de la agravante de reincidencia del artículo 10.º n.º 15 del Código Penal. Y la Ley sobre Conducta Ciudadana de 1 de diciembre de 1990, determina que los informes de conducta consistirán en la certificación de antecedentes penales, con lo que parecen excluir o ignorar la anotación de los antecedentes penales en otro Registro que no sea el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Las anotaciones de condena en el Juzgado de naturaleza del interesado, como se expone en la consulta, datan de la Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1932, expresiva de que «una vez recaído el acuerdo otorgando la cancelación solicitada se comunicará al Tribunal sentenciador, al Juzgado de Instrucción origen del sumario y al de naturaleza del interesado ordenado se cancelen y dejen sin efecto las anotaciones que existan en ellos». Pero el origen de tales anotaciones, a otros efectos, es más lejano. Así, en la vigente Ley sobre Condena Condicional de 17 de marzo de 1908 se dispone en el artículo 11 que «igual testimonio —de la parte dispositiva del fallo y del auto en que se acuerde la suspensión de la condena— remitirán los Tribunales sentenciadores al Juez instructor del proceso, quien, en su caso, lo comunicará al Juez de la residencia del sentenciado». De igual modo, el Real Decreto de 23 de marzo de 1908 sobre Condena Condicional dice en su artículo 2.º que, «al quedar extinguida la responsabilidad por haber terminado el período de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador lo declarará también por auto, que pondrá en conocimiento del Juzgado de donde proceda la causa y del de residencia del delincuente». Y en el artículo 6.º de este mismo Real Decreto se establece que, «los Juzgados Municipales (hoy de Paz) de las poblaciones donde no existan Juzgados de Instrucción llevarán un libro de registro en que consten los

nombres de los penados con residencia en el término municipal, las condiciones de la condena y cuantos datos sean necesarios para la debida inspección».

III

De cuanto antecede se desprende que, en un orden legal, existen argumentos tanto para limitar la anotación de las condenas en el Registro Central, como para extenderlas al de la naturaleza del penado. Razón por la que la solución que, en definitiva, se acepte, estará condicionada por la necesidad práctica de que con la anotación se persigan fines concretos marcados por la Ley.

Y de todos es conocido que las sentencias penales no sólo conllevan los efectos penitenciarios del cumplimiento de las penas y las civiles de la restitución, reparación o indemnización de daños y perjuicios, sino que también comportan otras limitaciones, como son la privación de honores, de cargos —aún los electivos— y de los derechos de sufragio, efectos todos ellos que llevan aparejadas las penas accesorias contenidas en los artículos 45 a 47 del Código Penal.

En este último sentido, el artículo 2.º 1 de la L.O. del Régimen Electoral General (L.O. 5/1985 de 19 de junio) dice que «el derecho de sufragio —activo— corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente». Y este (el artículo 3.º 1) expresa que «carecen del derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento».

Por otro lado, el artículo 6.º 1 de esta misma L.O. establece que, «son elegibles —sufragio pasivo— los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad: 2.a) Los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena».

Para la ejecutabilidad de estas limitaciones que pesan sobre el derecho constitucional de sufragio activo y pasivo en virtud de sentencias penales firmes, la propia L.O. del Régimen General Electoral establece las actuaciones que deberán llevarse a cabo en los Registro Civiles y en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así, el artículo 37 de la mencionada L.O. dice que «a los efectos previstos en los dos artículos anteriores —relativos a la revisión del Censo— los responsables del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes, comunicarán antes del 1 de febrero a los Ayuntamientos, Consulados y a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, cualquiera circunstancia, civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el Censo».

Queda claro que a los respectivos titulares de esos Registros se les confía la transmisión de las circunstancias por las que, a una persona se le impide votar o ser votado. Pero hay que precisar que los encargados de los Registros Civiles harán constar las circunstancias de orden civil, y el del Registro de Penados y Rebeldes las circunstancias penales.

Aún habiendo apoyatura legal para la solución apuntada, existe, además, otra razón de índole práctica que aconseja ser transigente ante supuestos en que falte o no se acepte la inscripción de las sentencias condenatorias penales en los Registros Civiles. Se trata de la variabilidad de la situación penitenciaria del penado, que

puede reducir su condena aprovechándose de los varios beneficios penitenciarios, lo que daría lugar a múltiples anotaciones sucesivas para reflejar exactamente, en cada momento, la situación dando un trabajo extra a tales Registros. Trabajo que, además, sería inútil por duplicidad, ya que todas esas circunstancias se hacen constar expresamente y con toda minuciosidad en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

En consecuencia, en la fase de ejecución de sentencias penales, no será imprescindible pedir la anotación de condena en los Registros de los Juzgados de naturaleza, sino que será suficiente con controlar celosamente su anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Pero si el Juez o Tribunal sentenciador, basándose en los preceptos antes citados, ordena la inscripción de la sentencia en el Registro de Naturaleza del procesado, el fiscal no se deberá oponer a ello.

TRAMITACION DE LAS PIEZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Instrucción núm. 1/1992, de 15 de enero

La protección a la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido.

Por eso es necesario llamar ahora la atención de los Fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso de que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima.

Se debe evitar por los Fiscales que, por simples declaraciones verbales de carecer de bienes, se produzcan declaraciones de insolvencia, por lo que deben vigilar e impulsar la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, pidiendo una investigación más profunda de los bienes del inculpado, con informes de los equipos especializados de policía judicial, y de los organismos que puedan proporcionar datos objetivos, así Ayuntamientos, Delegaciones de Hacienda, pidiendo los datos fiscales necesarios para acreditar la solvencia o insolvencia, incluso las declaraciones del Impuesto sobre la Renta y del Patrimonio de los últimos años.

Por ello, los Fiscales deberán instar, en todo caso, la formación de la pieza de responsabilidad civil, si el Juez no lo hiciese de oficio como la Ley ordena. Asimismo deberán instar y vigilar su pronta conclusión, teniendo en cuenta los criterios del párrafo anterior y se abstendrán de informar favorablemente el archivo provisional de una ejecutoria, mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito, o la verdadera situación de insolvencia del condenado y, en este último caso, sólo se solicitará el archivo provisional, mientras no haya prescrito el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas, instando periódicamente la revisión de las ejecutorias archivadas provisionalmente, para averiguar si el condenada ha venido a mejor fortuna, ya que, aunque ello suponga un aumento de la carga de trabajo para los Fiscales, Juzga-

dos y Tribunales, es la única forma de que se dé debido cumplimiento al Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española y a que se dé un paso más en nuestro país en la protección a la víctima del delito.

LA INTERVENCION DE LOS FISCALES ANTE LA JURISDICCION DE MENORES

Instrucción núm. 2/1992, de 13 de febrero

La actual carencia de legislación procesal aplicable al enjuiciamiento de los menores de edad penal que hayan realizado hechos tipificados en la Ley como delitos o faltas, está creando disparidad de criterios entre los miembros del Ministerio Fiscal y particularmente en los que están encargados del área de infancia y juventud. Ya decía el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 14 de febrero de 1991 —al declarar inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores— que este vacío normativo solamente puede ser llenado de manera definitiva por la actividad del Legislador.

Esta ocupación es compartida por la Fiscalía General del Estado, sensible a la problemática de la infancia y juventud en sus dos vertientes —protectora y reformadora— siguiendo muy de cerca los problemas que plantea esta faceta de nuestra actividad, para tratar de solucionarlos con eficacia y prontitud.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional apela a los propios Jueces para llenar este vacío normativo, (*con carácter provisional y hasta tanto se aprueba la nueva Ley*), no es menos cierto que ello ha dado lugar a diferentes interpretaciones entre los Fiscales, dada la diversidad de fórmulas ideadas para salir del paso, que chocan frontalmente con la unidad de actuación por la que se rige el Ministerio Fiscal. Por ello, es necesario solucionar de una manera unitaria y provisoria, *hasta que se llene el vacío legal*, la tramitación de los procedimientos pendientes y los que se van incoando día a día, con el fin de cumplir el mandato constitucional a una tutela efectiva y a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo tercero, punto 1, obliga a los Fiscales a «velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente» y el punto 7, «a asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de representación legal, no puedan actuar por sí mismos». Faceta tuitiva del Ministerio Fiscal, que tiene su fundamento en su carácter protector y su máxima expresión en un Estado Social, con el fin de evitar la discriminación o marginalidad, en los procesos o fuera de ellos, de aquellas personas que no tienen medios propios suficientes por motivo de su incapacidad o situación personal.

Esta actividad del Ministerio Fiscal en su versión de la protección de los menores, no sólo tiene una normativa clara y precisa —Ley 21/87 de 11 de noviembre— sino que los Fiscales se han volcado en llevarla a la práctica y son patentes los buenos resultados obtenidos. Sin embargo, en la actividad correctora, cuando el menor no es el agraviado y lesionado en sus derechos, sino el agresor y actor de las lesiones a intereses y derechos ajenos, la posición del Ministerio Fiscal nunca ha estado clara, por no decir que expresamente ha sido omitido.

La población objeto de ambas actuaciones —protectora y correctora— es sociológicamente la misma. El adolescente con problemas comienza desarrollando actos contrarios a la dinámica familiar y escolar —generadores de un riesgo para el libre desarrollo de su personalidad— y acaba realizando actos de la Ley Penal tipificada con delitos o faltas. Sin embargo, la Jurisdicción de Menores sólo conoce de estas últimas actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, jurisdicción en la que el Ministerio Fiscal, tradicionalmente, no ha estado presente.

Es patente que hoy día —declarado inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores— el Ministerio Fiscal es el único órgano que abarca las dos vertientes del área de menores, lo que le coloca en una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos.

Dado que ni el propio Tribunal Constitucional considera que la intervención del fiscal sea, única y exclusivamente, como órgano acusador, sino como garantía procesal básica frente a todos los operadores en este procedimiento judicial, incluido el propio Juez de Menores, el fiscal está facultado —con vinculación a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad— no sólo para examinar el grado de cumplimiento de las garantías constitucionales, sino también para oponerse a las acusaciones que considere indebidas, facultad que, por otro lado, ostenta en todo proceso penal de mayores de edad.

Si bien el Ministerio Fiscal puede y debe solicitar la adopción de algunas de las medidas previstas en la Ley, cuando la gravedad y los hechos imputados al menor y las circunstancias de éste y del caso lo exijan, puede y debe también solicitar, en su caso, el archivo de las actuaciones cuando considere que la continuación del procedimiento puede ser perjudicial para los intereses del mismo. Nunca, pues, ha de considerarse al fiscal como órgano represivo, sino como protector de los menores y vigilante de sus derechos, tal y como se afirmaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/84. Su función excede de la de un simple acusador, al estar configurado por el Tribunal Constitucional como garante procesal básico.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores —artículo que regulaba el procedimiento ante tales Tribunales— porque en él se establecía un procedimiento correccional, en el que el Juez investigaba y fallaba sin tener en cuenta las garantías del artículo 24 de la Constitución y los Convenios internacionales ratificados por España, atinentes a los derechos de los menores. A estos Convenios se refiere en su propia Sentencia el Alto Tribunal, cuando dice que para llenar el vacío normativo que se crea, además de apelar a los Jueces, deberán tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989, así como la propia doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos garantizados por el artículo 24 de la Constitución Española. También se refiere a las Reglas de Beijing (RB), contenidas en la Resolución 40/33 de la Asamblea de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985 y a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 que, aunque no tienen carácter vinculante, «expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, deben inspirar la acción de nuestros poderes públicos».

Conforme a lo anterior, el procedimiento para menores ha de concebirse como una vertiente del proceso penal para adultos, cuyos principios básicos han de ser respetados en los mismos términos (artículo 24 de la Constitución Española). Pero a continuación añade la Sentencia del Tribunal Constitucional algunas mati-

zaciones, favorecedoras de los menores por su condición de inimputables, que habrán de tenerse en cuenta, como son las que se refieren a los principios de publicidad, proporcionalidad y oportunidad, «ya que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos han de asegurarse aquí en los mismos términos».

Respecto al principio de publicidad, justifica su restricción por «razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones».

En cuanto al principio de proporcionalidad, al dejar vigente el artículo 16 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores, se otorga al juzgador un amplio margen para la apreciación de los hechos y la determinación de la medida «aunque es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, como son la proporcionalidad y la imposibilidad de establecer una medida más grave o de duración superior a la que corresponda por los mismos hechos, si de un adulto se tratase». Al mismo tiempo, prohíbe la aplicación a los menores del catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad.

Por último, en cuanto al principio de oportunidad, dada la finalidad tutiva de las medidas que se pueden adoptar para la educación del menor, siempre consultado el Equipo Técnico, se podrá archivar el procedimiento sin la adopción de medida alguna, cuando de las circunstancias personales o familiares y de la naturaleza de los hechos no resulte procedente, por ser incompatible o perjudicial para el proceso educativo del menor, o sea a consecuencia de un hecho episódico en su vida.

Todos estos principios están recogidos en el Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 21 de septiembre de 1991, que ya ha sido remitido a las Cortes Generales.

En este Proyecto coexisten un amplio arbitrio judicial junto con un reforzamiento del Ministerio Fiscal, al asignarle funciones de investigación y delimitación de los hechos y conductas, velando por la pureza y agilidad de los trámites y, sobre todo, salvaguardando los derechos e intereses del menor. También se potencia en el Proyecto la importancia y función de los Equipos Técnicos, indispensables en este área, que deberán ser utilizados preceptivamente para conocer la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye.

De momento, esta Fiscalía General no considera oportuno que los Fiscales tomen a su cargo la instrucción de los expedientes, mientras no exista una Ley que nos legitime para ello. Pero como esta postura podría dar lugar a que el Juez de Menores se «contamine», dificultándole o impidiéndole dictar el Acuerdo final, los Sres. Fiscales procurarán que la instrucción se limite a lo mínimo imprescindible, potenciando la oralidad e intermediación en la probanza, dando así una mayor agilidad al procedimiento.

En consideración a los antecedentes mencionados, vista la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, los artículos 142, 24, 39 y 124 de la Constitución Española, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, los Sres. Fiscales deberán observar las siguientes *instrucciones* en el desempeño de su función ante los Juzgados de Menores y Tribunales

Tutelares de Menores; con carácter provisional y hasta tanto se apruebe la Ley, cuyo Proyecto se encuentra actualmente en trámite parlamentario:

1.º Los Fiscales intervendrán en todos los procedimientos tramitados en los Juzgados de Menores y Tribunales Tutelares de Menores, en los que estén implicados mayores de 12 años y menores de 16, por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en las Leyes penales.

Para los menores de 12 años, se interesará la remisión de las actuaciones a las Entidades Públicas encargadas de la protección de los menores.

2.º Los Sres. Fiscales harán patente en su intervención el carácter garantista de los derechos fundamentales y libertades públicas y, particularmente, tendrán en cuenta la defensa de los intereses del menor y del libre desarrollo de su personalidad, conjugado con la defensa de la legalidad y de los perjudicados por la acción del menor, el interés público tutelado por la Ley y el interés social.

3.º Procederá la petición de archivo o sobreseimiento del expediente, cuando no hayan quedado acreditados los hechos que han dado lugar a la incoación del mismo, no resulte acreditada la participación del menor o, cuando atendida su edad, circunstancias personales y familiares, no resulte procedente la adopción de ninguna medida legal, por considerarla incompatible con el proceso educativo del menor, dada la finalidad exclusivamente tuitiva de las medidas previstas en la Ley.

4.º Procederá la petición de diligencias por considerar insuficientemente instruido el expediente, únicamente cuando éstas sean necesarias en orden a su continuación. En caso contrario se pedirán como prueba en la comparecencia.

5.º Los informes del Equipo Técnico han de ser considerados como preceptivos, pero no vinculantes, para conocer la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno familiar y, en general, cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en la ejecución del hecho que se le atribuye.

6.º Cuando de las conclusiones del informe del Equipo Técnico y de la naturaleza de los hechos que motivaron el expediente, teniendo en cuenta la edad del menor, así como sus circunstancias personales, familiares y escolares, no se considere necesaria la continuación del expediente y se ponga de manifiesto una situación de desamparo del menor, se solicitará el sobreseimiento del expediente y que se libre testimonio a la Fiscalía, con el fin de ejercer la facultad protectora, que a su vez lo comunicará a la Entidad Pública correspondiente.

7.º En casos extremos y justificadamente, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor mientras prosigue la tramitación del expediente.

8.º Si el fiscal tiene elementos para ello y lo considera conveniente para el menor, solicitará la celebración de Audiencia en el Juzgado de Menores o Tribunal Tutelar de Menores, mediante escrito de alegaciones sobre los hechos atribuidos al menor, y la práctica de la prueba en la Audiencia y la adopción de la medida que proceda.

9.º Las medidas de corrección que se pueden solicitar son exclusivamente las contenidas en el artículo 17 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores.

10.º En la Audiencia se podrán admitir conformidades del menor con el escrito de alegaciones del fiscal, siempre que su Abogado asienta. En este caso, oído el Equipo Técnico, se instará del Juez que dicte el Acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal.

También se pueden admitir conformidades con carácter previo a la celebración de la Audiencia, si así se recoge en el escrito del Abogado del menor, firmado

también por éste, cuando ambos lo ratifiquen ante el Juez y se acompañe el correspondiente informe del Equipo Técnico.

11.º En la celebración de la Audiencia, el fiscal procurará que el menor vaya acompañado de su representante legal y asistido de su Abogado. Las vistas serán a puerta cerrada y evitando signos externos, como la toga y estrados, que puedan dar lugar a confundir o equiparar este proceso con los juicios penales de adultos.

Se procurará que el Juez informe al menor con lenguaje claro y sencillo y que el menor comprenda acerca del hecho, de las medidas que el fiscal pide para él y de las causas que las motivan. Cuando el fiscal intervenga, abundará en la información de estos extremos, haciéndole ver que la misión del fiscal es protegerle más que acusarle y que las medidas que se solicitan se piden en su beneficio y con finalidad educativa, no para causarle perjuicios.

12.º La medida de internamiento en régimen cerrado se interesará con carácter excepcional, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los hechos, procurando siempre el interés del menor.

Esta medida nunca deberá tener una duración superior a dos años, se pedirá que sea ratificada o modificada en períodos de tres meses y quedará sin efecto al alcanzar el menor la mayoría de edad.

13.º El fiscal deberá velar por el control de la ejecución de las medidas acordadas y, principalmente, visitará los centros de internamiento periódicamente.

14.º En el despacho de los expedientes, tendrán preferencia aquellos en los que el Juez hubiese acordado, como medida cautelar, el internamiento del menor.

15.º Los recursos contra las providencias de los Jueces de Menores serán el de reforma y contra los Acuerdos el de apelación, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se tendrá en cuenta, como de aplicación supletoria, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

NECESIDAD DE QUE CONSTEN LOS ANTECEDENTES PENALES EN LAS SENTENCIAS

Instrucción núm. 3/1992, de 23 de marzo

Se tiene conocimiento en esta Fiscalía General del Estado de diversas Sentencias del Tribunal Supremo, así la de 28 de enero de 1992, en el recurso 374/88, que casan las sentencias de instancia, porque éstas incurren en omisiones, limitándose a afirmar como probado que los acusados tienen antecedentes penales, pero sin precisar delito, pena ni fecha de la Sentencia.

Así en la sentencia citada, que casa el Tribunal Supremo, se hace referencia a que la hoja histórico-penal figuraba en los autos, y en el fundamento jurídico octavo de la misma se reenvía al folio en que constaban los antecedentes penales, considerando, sin embargo, que los mismos son computables, por no haber transcurrido los plazos para su cancelación, según el artículo 118 del Código Penal.

El Tribunal Supremo considera respecto a esta práctica que, al faltar en los hechos probados la concreción de los antecedentes penales, carece de base fáctica de la calificación que en el fundamento de derecho correspondiente se hace por el Tribunal de Instancia, sobre la apreciación de la agravante de reincidencia.

Para evitar estas consecuencias, los señores fiscales, deberán adoptar las siguientes cautelas:

1.º En la conclusión primera de su calificación provisional, especificarán detalladamente los antecedentes penales de los acusados (delito, pena, fecha de sentencia y si los mismos están o no cancelados).

2.º Cuando de la hoja histórico-penal no se pueda deducir si dichos antecedentes están o no cancelados, pedirán en el momento procesal oportuno que se aporten a la causa los correspondientes testimonios de las ejecutorias, a los que se refieren dichos antecedentes, para acreditar dicho dato.

3.º Si algún Tribunal sigue al redactar sus sentencias la práctica que pretende corregir esta Instrucción, los fiscales pedirán la aclaración de esas sentencias, citando la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y si no se diese lugar a dicha aclaración, prepararán el correspondiente Recurso de Casación por quebrantamiento de forma por el artículo 851, n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en casos excepcionales, por las dos vías procesales del artículo 849.

PENALIDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

Instrucción núm. 4/1992, de 29 de abril

La Ley Orgánica del Servicio Militar de 20 de diciembre de 1992, —que entró en vigor el último día del mismo año—, ha supuesto la reforma de las leyes penales, procesales y disciplinarias militares, derogando expresamente la anterior Ley del Servicio Militar de 1984 y cuantas otras disposiciones que se opongan a lo establecido en las mismas, así como la inclusión de dos nuevos tipos penales en el Código Penal Común.

En la Disposición Transitoria Séptima de la reciente Ley, en su punto número 1, se establece que los preceptos penales de la Ley del Servicio Militar se aplicarán a infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor.

El punto número 2 de la citada Disposición, determina que los Tribunales Militares y los Jueces Togados Militares en los procedimientos que se sigan por delitos de no incorporación a filas o por negativa a la prestación del servicio militar (artículo 124 y 127 del Código Penal Militar), deberán de ser remitidos cualquiera que sea su estado procesal a los órganos de la jurisdicción ordinaria, quienes aplicarán estos artículos que se derogan, a la vez que se incorpora al Código Penal Común mediante la Disposición Adicional Séptima los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, correspondientes a los artículos 135 bis h) y 135 bis i). Ello, nos lleva a diferenciar entre dos situaciones distintas. Unas, las conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Servicio Militar en las que se aplica por mandato imperativo del legislador los artículos 124 y 127 del Código

Penal Militar, otras, las que se producen a partir del día 31 de diciembre de 1991, en las que se aplican los artículos 135 bis h) y 135 bis i) del Código Penal Común. En definitiva el propósito del legislador no es más que un traslado de estos artículos de la legislación militar a la ordinaria para que no se produzca un vacío normativo, ya que las conductas que se tipifican provienen de una misma acción delictiva.

Así el artículo 127 del Código Penal Militar establece: «el español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años. Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización en tiempo de guerra.

El precepto paralelo al anterior, es el artículo 135 bis i) del Código Penal, en el que se recoge prácticamente el mismo contenido: «el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusase sin causa legal a este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión mayor o la de reclusión menor en su grado mínimo. Una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar, excepto en caso de movilización en caso de guerra».

Consultadas distintas fuentes de la jurisdicción militar, la realidad práctica demuestra que la inmensa mayoría de los procedimientos incoados por esa jurisdicción e inhibidos a favor de los órganos jurisdiccionales ordinarios, se incardinan en el tipo descrito en el artículo 127 del Código Penal Militar, pues se trata de ciudadanos que habiendo sido declarado aptos para el servicio militar y destinados a un acuartelamiento, a la par que no se incorporan el día señalado, remiten un escrito en el «que se niegan expresamente a la realización del servicio militar», devolviendo la documentación que había recibido, por lo que les correspondería la pena de 1 a 6 años de prisión, siendo, por el contrario, muy escaso el número de procedimientos abiertos por el tipo del artículo 124 del Código Penal Militar.

Ahora bien, analizando y comparando el extinto y aplicable artículo 127 del Código Penal Militar y el nuevo tipo del artículo 135 bis i) del Código Penal Común, ha de apreciarse una notable diferencia en cuanto al tratamiento de la penalidad:

— En el artículo 127 se establece la pena de uno a seis años de prisión. (Es decir, de 12 a 72 meses).

— En el artículo 135 bis i) se determina la pena de dos años, cuatro meses y un día a seis años de prisión. (De 28 meses y un día a 72 meses).

En ambos casos, la condena lleva aparejada la exención del servicio militar.

Llegados a este punto, es donde interesa resaltar, que esa diferencia de penalidad podría llevar a un tratamiento distinto en las conductas punibles, dependiendo exclusivamente del ámbito temporal de la realización de las mismas.

Así, en las calificaciones del Ministerio Fiscal que se efectúen conforme al artículo 127 del Código Penal Militar (las anteriores a 31 de diciembre de 1991), siempre que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad

criminal, la petición de pena podría ser de un año de prisión menor, lo que podría conllevar a la aplicación de los beneficios de la condena condicional del artículo 93 del Código Penal con la consiguiente exclusión del servicio militar sin cumplimiento efectivo de la pena.

Por el contrario, en aquellas calificaciones que se efectúen conforme al artículo 135 bis i) del Código Penal Común (las posteriores a 31 de diciembre de 1991), conllevarían a una petición de pena nunca inferior a los dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, no siendo, por tanto, aplicable en ningún caso los beneficios del artículo 93 del Código Penal, debiendo por ello de ingresar el ciudadano en prisión para el cumplimiento efectivo de la pena.

Es esta diferencia en la penalidad de los tipos, lo que conllevaría a una discriminación en el tratamiento de las conductas que provienen de una idéntica acción, por lo que en aras al principio de igualdad de la ley es preciso corregir mediante las consideraciones que se recogen en las conclusiones de la presente instrucción.

Plantea menor problema el relativo a las conductas que se prevén en los artículos 124 del Código Penal Militar y 135 bis h) del Código Penal Común, relativas al ciudadano «que no se incorpore a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello».

En el artículo 124 del Código Penal Militar se regula la conducta de «el recluta que, citado reglamentariamente, no efectuase sin justa causa, su incorporación en el plazo fijado para la concentración o presentación será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años».

Similar referencia se recoge en el artículo 135 bis h) del Código Penal: «el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares no efectuasen sin causa legal su incorporación a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello, será castigado con la pena de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión menor, en su grado medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo». En estos supuestos la penalidad también varía, siendo más beneficiosa la que establece el artículo 124 (de tres meses y un día a seis meses de prisión) y menos favorable la del artículo 135 bis h) (de cuatro meses y un día de arresto a dos años y cuatro meses de prisión), por lo que dependiendo de los criterios cuantitativos de la pena podrían aplicarse los beneficios de la condena condicional, máxime al encontrarnos ante un «delito permanente» que originaría posteriores procedimientos al no quedar en éstos el condenado exento del servicio militar. La pena que determina el artículo 124 del Código Militar hace referencia al término «prisión», ello porque en el artículo 24 de ese Cuerpo legal no existe en la clasificación de las penas la de arresto, por lo que en virtud del punto 3 de la Disposición Transitoria Séptima de la L.O. 13/91 que determina que «quienes a la entrada en vigor de esta ley y por aplicación de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar derogados hayan sido objeto de condena, cumplirán las penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios comunes», se habrá de entender que el sujeto al quedar bajo la Administración Penitenciaria Civil deberá de cumplir su condena por la escala de penas que se recoge en el Código Penal Común, ello a efectos de liquidación de condena como por los posibles beneficios penitenciarios que pudieran corresponderle, por lo que la pena será la misma en cuanto a su duración (de tres meses y un día a seis) pero adecuándola al arresto mayor.

Es por ello, que en aplicación del principio de igualdad de la Ley que propugna el artículo 14 de la Constitución Española y el de unidad de criterio del Ministerio Fiscal, y para evitar que se produzcan situaciones dispares en las distintas Comunidades Autónomas derivadas de una misma acción delictiva, encarezco a los Señores Fiscales que se adopten las siguientes medidas:

1.º) En el supuesto que establece el artículo 124 del Código Penal Militar, las peticiones de pena en las calificaciones provisionales o definitivas que efectúe el Ministerio Fiscal serán de tres meses y un día de arresto mayor, mientras que en el tipo homónimo del artículo 135 bis h) del Código Penal, la petición de pena se fijará en cuatro meses y un día de arresto mayor, ello siempre y cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pudiendo aplicarse los beneficios de la condena condicional establecidas en el artículo 93 del Código Penal.

2.º) En el caso de que se aplique en las calificaciones provisionales o definitivas el artículo 127 del Código Penal Militar, las peticiones de pena que efectuarán los señores Fiscales será de dieciocho meses de prisión menor, de manera que no sean aplicables los beneficios del artículo 93 del Código Penal, debiendo de oponerse a la concesión de los beneficios de la condena condicional en los casos en que las condenas fuesen de un año de prisión menor, salvo aquellos casos que pudieran resultar excepcionales; por el contrario, en las calificaciones en que se aplique el artículo 135 bis i) del Código Penal deberá de ser por imperativo legal de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, por lo que no encajan en este supuesto los beneficios de la condena condicional. En ambos supuestos, el condenado quedará exento de la realización del servicio militar.

3.º) Para fijar el criterio de competencia territorial en el supuesto de los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, se habrán de determinar conforme a la Instrucción núm. 1/91 de esta Fiscalía General del Estado.

Instrucción núm. 5/92, de 23 de junio

Se tiene conocimiento en esta Fiscalía General del Estado que se están planteando problemas con la interpretación del art. 2 n.º 2 de la Ley sobre el ejercicio de la gracia de indulto de 18 de junio de 19870, en relación con la frase de que no se puede conceder indultos a «los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena».

Si bien es verdad que dicho número debe completarse con lo dispuesto en la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, en el sentido de que «se entiende que los penados están a disposición del Tribunal sentenciador si habitan en la demarcación de la Audiencia respectiva», lo que quiere decir que no es necesario el ingreso en prisión para tramitar un indulto.

Pero creemos que actualmente hay que hacer una lectura constitucional del precepto de la Ley de 1870, teniendo en cuenta que el art. 25 n.º 2 de la Constitución Española establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientados hacia la reeducación y reinserción social», lo que implica un fin humanitario del sistema punitivo del Estado, que debe evitar el ingreso en prisión, si ello es posible, de las personas rehabilitadas.

Por ello, hay que interpretar la frase del art. 2 n.º 2 de la Ley de 18 de junio de 1870 en su verdadero sentido, y éste lo único que dice es que se exceptúan de la posibilidad de ser indultados «los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena», pero dicho precepto no exige el ingresar en prisión para que se tramite un expediente de indulto, y su lectura a la luz de la Constitución supera los estrechos límites impuestos por la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, redactada en el marco de una sociedad agraria, en la que no eran fáciles las comunicaciones.

Hoy en un mundo en el que existe una gran rapidez en las comunicaciones, una persona puede estar a disposición del Tribunal sentenciador, teniendo un domicilio fijo, y estando localizable para dicho Tribunal, pero sería absurdo y contrario al espíritu de la Constitución, que si una persona está rehabilitada, y trabaja en un lugar que no es la demarcación del Tribunal sentenciador, tuviese o bien que ingresar automáticamente en prisión, o bien que dejar el trabajo e ir a vivir a la demarcación del Tribunal sentenciador, para que se pudiese tramitar el indulto.

Por todo lo expuesto, los Fiscales se atenderán a lo dispuesto en la presente Instrucción, respecto a la interpretación del citado art. 2. n.º 2 de la Ley de Indulto.

APLICACION DE ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO PENAL EN VIRTUD DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 10/1992 DE 30 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL

Instrucción núm. 6/1992, de 22 de septiembre

La deseada rapidez en el despacho de asuntos no es de ahora. Aún está sin desarrollar del todo aquella recomendación de la Reina Católica a los príncipes herederos en su testamento de «poner mucha diligencia en la administración de Justicia». El siglo pasado se preocupó grandemente de la lentitud procesal en general. Las seis Constituciones que rigieron en España encomendaban al Rey la tarea de «cuidar de que en todo el reino se administre pronto y cumplidamente la justicia», fórmula que se repite desde el artículo 171 de la Constitución doceañista hasta el 54 de la Constitución de 1876. En la mayoría de los casos se ha venido administrando justicia cumplida, pero ¿también justicia pronta? La lentitud en ella es ya merma de la justicia. Aún son actuales, al menos en parte, en España aquellas palabras pronunciadas en el castillo de Elsinor hace más de cuatro siglos por Hamlet cuando en su famoso monólogo del tercer acto, enumera entre las causas que hacen odiosa la vida en la tierra y a él le llevaron a la locura, junto a la injusticias del opresor, las dilaciones de la justicia (*dilations of law*).

Esas dilaciones indebidas en los procesos son ya absolutamente incompatibles con la tutela judicial efectiva (artículo 24 C.E.), a la que debe proveer el Ministerio Fiscal como defensor singular y cualificado de los derechos de los ciudadanos y del interés público (art. 124 C.E.). La más reciente normativa inspirada en aquellos principios ha acentuado la posición del Ministerio Fiscal dentro del proceso penal con el fin de acelerar su tramitación e incluso su conclusión. Este compromiso democrático de modernización de la Justicia, en especial de la Justicia penal, es

tema de notable actualidad, ya que en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto la crisis del modelo tradicional del proceso penal, inhábil ya para dar una respuesta a las nuevas formas de criminalidad propias de una sociedad industrializada y fundamentalmente urbana, a lo que debe añadirse su incapacidad para supe- rar el cuello de botella que supone la acumulación de gran número de causas pen- dientes de la vista pública, pues su rígido formalismo y falta de flexibilidad en sus aplicaciones obstaculiza la efectividad y rapidez del proceso, de forma que la gran afluencia de asuntos y su desmedida duración, impiden dar una respuesta punitiva, pronta y adecuada al delito, fundamentada en su etiología.

En base a ello, la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992 de 30 de abril dice que «debe romperse con la idea de que todo procedimiento exige igual desarrollo con desconsiderada indiferencia a las peculiaridades que cada uno presenta. La ex- periencia enseña que hay supuesto en que desde el principio son dudosos los he- chos, su tipicidad, su autoría, o las circunstancias modificativas de la responsabili- dad, en tanto que, en otros, estos extremos aparecen con toda evidencia. Esta diferencia de circunstancias exige una deferencia de trato».

Antes de ella, en un intento de superar la crisis, se acudió a modelos de enjui- ciar que tampoco garantizaban debidamente la imparcialidad del Juez, conforme denunció reiteradamente la Doctrina y puso de manifiesto el Tribunal Constitucio- nal en la famosa sentencia de 12 de junio de 1988; tal era el caso de la Ley Orgáni- ca 10/80 de Enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes, sustituida posteriormente por la Ley Orgánica 7/88 en la que, la presente Ley in- troduce importantes reformas con el fin de dar agilidad al proceso.

Ante la necesidad de flexibilizar la actuación de los poderes encargados de la investigación que permitan mejores soluciones de política criminal, tanto para las víctimas, garantizando la reparación del daño, como para los delincuentes, buscan- do su resocialización, se hace imprescindible considerar nuevas instituciones intro- ducidas en países de nuestro entorno cultural. Sin embargo, todas ellas parten de la atribución de la investigación al fiscal —contemplada tímidamente en nuestra le- gislación— a quien se confían amplias facultades de disposición del objeto del proceso, permitiendo suspenderlo o truncarlo mediante el llamado «principio de oportunidad» y el acuerdo entre la acusación y la defensa con el consentimiento del acusado, que permite, mediante la imposición de una pena reducida, llegar al reconocimiento de su culpabilidad.

Esta modalidad surgida en Inglaterra y desarrollada en Estados Unidos, ha si- do últimamente adoptada por países como Alemania, Portugal e Italia, con el fin de conseguir la máxima eficacia y la mayor celeridad de la Justicia.

El Consejo de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación número R (87) 18 sobre simplificación de la Justicia, aconseja, en aras a las facultades que le corresponden al Ministerio Fiscal, que se puedan transigir las infracciones pena- les, especialmente cuando se trate de infracciones menores, y la introducción del principio de oportunidad, fundamentado en la igualdad de todos ante la Ley y en individualización de la Justicia Penal.

En España, la Ley Orgánica 7/1988 reguló en el artículo 791.3, la conformi- dad con el escrito de acusación que tenga pena más grave o conjuntamente con el escrito de acusación del fiscal. En el artículo 793.3 antes de celebrarse la prueba, con el escrito que contenga pena más grave o con el que se presente en sustitución del inicial. En estos preceptos —a los que nos referiremos más adelante— parece subyacer la idea del pacto, pero no llegan a las últimas consecuencias, dado que no preven, con el rigor deseado, sus condiciones ni límites, por lo que el acuerdo, en

principio, sólo podrá fundamentarse en el interés altruista de servir a la Justicia, o en no soportar los inconvenientes del proceso con el fin de no entrar en la práctica de la prueba que podría resultar desfavorable para el imputado.

Se ve, pues, que la modernización de la Justicia necesariamente exige la reactivación de la posición del fiscal. Es imprescindible que éste preste un servicio público eficaz y responsable, única forma de vencer la dinámica de apatía que parece haberse apoderado de algunos órganos de la Administración de Justicia en los últimos tiempos, a fin de que se produzca el deseado grado de identificación con una sociedad moderna que cada día plantea nuevas exigencias.

A esta reactivación de la actividad del Ministerio Fiscal responden el artículo 781 de la L.E.Crim. que le obliga a agilizar el procedimiento, base y fundamento de la presente reforma, y el artículo 785 bis, que le otorga limitadas facultades investigadoras que, al tener como finalidad agilizar la instrucción, van encaminadas al fin anterior: agilizar el proceso.

Todo esto ha sido tratado en la Circular 1/89 de esta Fiscalía General del Estado a la que nos remitimos, reiterando su puntual aplicación y cumplimiento por los señores fiscales. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, «es importante subrayar que las reformas que se introducen ni son propiamente un nuevo procedimiento ni suponen siquiera la creación de mecanismos automáticos, cuyo uso inevitable pueda acabar sobrecargándolos; se trata de mecanismos de agilización cuya posible utilización se deja en manos del Ministerio Fiscal y del Juez, de forma que se abra un margen al desarrollo de una política penal que pretende reforzar la confianza en el Derecho y la Justicia».

A todas estas inquietudes y necesidades obedece la promulgación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que afecta no sólo al proceso penal, sino también al civil y al contencioso administrativo. El objeto de la presente Instrucción se fija en la reforma penal, y dentro de ésta, en dos puntos concretos: La selección de los casos en que el fiscal debe formular escrito de acusación para que se proceda a la inmediata apertura del juicio oral y citación simultánea para el juicio (artículo 781 tercero); y la particularización de los supuestos de faltas perseguibles mediante denuncia, en que los fiscales podrán no asistir a la celebración del juicio (artículo 969 *in fine*).

A) *Sobre los casos en que sería procedente seguir el denominado «juicio rápido»*

El nuevo párrafo tercero del artículo 781 de la L.E.Crim. establece que «el Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del fiscal en este procedimiento y, *en especial, respecto a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 790*».

Parece claro que lo que ha pretendido el legislador es que al Ministerio Público se le den unos criterios uniformes sobre los casos en que se estima oportuno el seguimiento del trámite especial del procedimiento abreviado, comúnmente conocido como «juicio rápido».

Para ello, primeramente, y por evidentes motivos de infraestructura, habrá que distinguir entre los Juzgados de aquellas poblaciones que no cuentan con un fiscal permanente (no es el caso de los Destacamentos), y Juzgados de capital. Y a su vez, dentro de éstos, entre los que prestan un servicio de guardia de 24 horas, de

aquellos otros en que el servicio de guardia se estructura de otra forma, generalmente por semanas.

En principio, esta modalidad procedimental parece estar concebida para los Juzgados de las grandes capitales en los que existe un servicio de guardia de 24 horas ininterrumpidas, aunque sería conveniente que en otros Juzgados de capital o destacamentos se articulase un sistema similar. Para ello, las Jefaturas, siempre dentro de sus posibilidades, deberán organizar un servicio que permita calificar en el plazo más perentorio posible, por ejemplo, dentro de la misma semana de guardia, ya que es deseo de esta Fiscalía General que el nuevo proceso se utilice en la mayoría de las Fiscalías.

Entrando ya en el análisis del precepto en concreto, el artículo 790.1 dice: «No obstante, tan pronto como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación por haberse practicado, en su caso, las diligencias a que se refiere el apartado 3 del artículo 789, el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes acusadoras podrá efectuarse de forma inmediata, incluso en el propio servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.

En este caso, el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial, podrá presentar, de inmediato, su escrito de acusación y solicitud de apertura de juicio oral, y simultánea citación para su celebración».

Así, pues, el seguimiento de esta modalidad exige dos decisiones:

- a) Una del instructor, acordando, en el servicio de guardia, el traslado de las diligencias al fiscal por si formula acusación.
- b) Otras posterior, del fiscal, formulando inmediatamente el escrito de acusación solicitando la apertura del juicio oral y simultánea citación para su celebración.

Si el fiscal considera que las actuaciones de las que se le ha dado traslado son suficientes para formular el escrito de acusación, deberá evacuar el trámite con la petición de que se proceda a la inmediata apertura del juicio oral. Sólo cuando considere que no son suficientes para formular el escrito de acusación, deberá hacerlo constar así, solicitando las diligencias que sean necesarias (artículo 790.2). También podrá interponer recurso de reforma contra el auto de traslado, al tiempo que solicita las diligencias que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de los posibles responsables u otras esenciales de la investigación (según la interpretación que se deriva de las sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990).

Cabe no obstante, al amparo de lo establecido en el artículo 781 de la L.E.Crim., que sea el propio fiscal a la vista de los atestados recibidos, quien sugiera al Juez de Instrucción qué diligencias de las contenidas en los referidos atestados en el Juzgado de Guardia, permiten y hacen conveniente su traslado inmediato para acusación. Sin duda ésta será la modalidad más conveniente, ya que es el fiscal que va a formular la acusación, el más indicado para considerar en qué casos cuenta con los elementos suficientes para ello. De esta forma se simplifica la resolución de las eventuales discrepancias entre el instructor y el fiscal sobre la procedencia o no de seguir esta modalidad procedimental.

En ambos casos es evidente que el presupuesto básico para la presentación por el fiscal del escrito de acusación, es que las actuaciones contengan los elementos

esenciales, tanto respecto a la prueba de los hechos, como sobre la tipificación de los mismos. En consecuencia, siempre que las diligencias practicadas resulten manifiestamente insuficientes para fundamentar la acusación y no puedan practicarse las que resten de modo inmediato en el propio servicio de guardia, el Ministerio Fiscal, se abstendrá de formular la correspondiente acusación. Ahora bien, si dichas diligencias pueden practicarse en el propio servicio de guardia, se deberán interesar inmediatamente, a fin de garantizar en lo posible que el proceso se acomode a los objetivos y presupuestos de la Ley y, cumplimentadas aquellas, se procederá a realizar el escrito de calificación, entrando en el trámite previsto en el apartado 6 del artículo 790. En otro caso, el fiscal deberá manifestar que no dispone de las diligencias indispensables para ello, tramitándose entonces el procedimiento por las reglas del Abreviado Ordinario.

El «visado» de tales calificaciones se llevará a cabo de acuerdo con las estructuras organizativas de cada fiscalía.

Llegados a este punto, es preciso tratar dos problemas tangenciales que se pueden presentar: uno, el derivado de los recursos previstos por el artículo 787; y otro, el derivado del ofrecimiento de acciones y posibilidad de personación de los perjudicados conforme a los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Contra el auto por el cual el juez ordena dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras y que ha de ser notificado al imputado/s, conforme al artículo antes mencionado, cabe recurso de reforma y subsidiaria queja. Pues bien, según parte de la doctrina, al ser esa resolución susceptible de reforma, el traslado a las acusaciones no podrá llevarse a cabo hasta que concluya el plazo del recurso, ya que hasta ese momento, se argumenta, no será firme la resolución y no podrá ejecutarse (el plazo es de tres días). Sin embargo, parece que esa orientación carece de base suficiente, dado que el recurso de reforma sólo tiene efecto suspensivo, cuando frente a su desestimación cabe recurso de apelación en ambos efectos, lo que no sucede en este caso. Por lo tanto, aunque el auto sea recurrible en reforma, nada impide ejecutarlo y dar traslado para la acusación al Ministerio Fiscal y a las demás partes acusadoras personadas.

2. La segunda dificultad apuntada para evacuar el escrito de calificación, nace de la imposibilidad práctica de hacer el oportuno ofrecimiento de acciones al perjudicado (artículo 109) y darle un plazo prudencial para que se persone en tiempo y forma (artículo 110). El Legislador, sin embargo, ha resuelto este obstáculo en el apartado 4 del artículo 789, al ordenar que «en igual caso deberá realizarse la instrucción al perjudicado de sus derechos prevista en el artículo 109 de esta Ley, así como del derecho a nombrar abogado. Dicha instrucción la podrá realizar la Policía Judicial, informando de que aún no haciéndose la citada designación, el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones civiles correspondientes si procediere. No obstante, si no se hubiese practicado la correspondiente instrucción, ello no impedirá la continuación del procedimiento, si bien por el medio más rápido posible, incluso telegráficamente, deberá instruirse al perjudicado de su derecho a personarse en la causa».

De este artículo se extraen las siguientes consecuencias:

a) Nunca puede omitirse el ofrecimiento de las acciones, por lo que el fiscal, si no se hubieren ofrecido, lo solicitará en su escrito de acusación por medio de

«otrosí». En este caso, habrá que entender que no juega el momento preclusivo fijado en el artículo 110.

b) Si el perjudicado hiciese uso de las facultades que le otorga el artículo 110, y con el fin de evitar toda indefensión, deberá darse traslado del escrito de la acusación particular a la defensa del acusado para que se instruya del mismo, e incluso para que pueda proponer nuevas pruebas (por aplicación de los principios que inspiran el artículo 793.7 de la L.E.Crim.).

c) Al amparo de lo establecido en el art. 20 del Real Decreto 769/1987, sobre la Policía Judicial, que atribuye al Ministerio Fiscal la dirección «de las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial» (punto éste que ha sido objeto de la Instrucción 2/1988 de esta Fiscalía General, cuyo estricto cumplimiento se recuerda ahora), los Fiscales Jefes darán las órdenes oportunas a los funcionarios de la Policía Judicial a fin de que en los atestados se cumplimente la diligencia de ofrecimiento de acciones.

d) En el caso de que en el atestado no se haya hecho ese ofrecimiento de acciones, o existan otras víctimas no contempladas por la Policía, y se considere que para la investigación no es necesaria su declaración, en beneficio de la víctima, parece oportuno utilizar el medio telegráfico apuntado por la Ley, con el fin de evitar desplazamientos al Juzgado a esos solos efectos.

Los nuevos párrafos del apartado 1.º del artículo 790 acuden como criterios a tener en cuenta por el fiscal para proceder a la calificación de los hechos conforme a las reglas de la Ley 10/92, a los conceptos de:

a) «Flagrancia o evidencia de los hechos», considerándose que el criterio que deberá predominar es el de flagrancia según su descripción contenida en el antiguo artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 y otras posteriores, dado que el concepto de evidencia no es sino un modo de reiterar el propio concepto de flagrancia en cuanto acción eminentemente ostentosa.

b) Respecto al concepto de «alarma social», deberá ser sopesado por el fiscal en cada caso concreto con sumo cuidado, para evitar que la presión social pueda influir negativamente en la serenidad que en todo caso debe presidir la actuación fiscal y judicial.

Por tanto, la detención o puesta a disposición judicial, junto con la flagrancia, son los dos pilares sobre los que se asienta ese procedimiento, que evidentemente debe aplicarse, ya que no hay restricción alguna por razón de la pena señalada al delito, a todos aquellos en que concurren aquellas circunstancias, ya sean competencias los Juzgados de lo penal o la Audiencia Provincial.

Como se anunciaba en la introducción, para hacer viable la agilidad que ofrece el nuevo procedimiento y siempre que sea posible, deberán facilitarse las conformidades con los hechos y con la pena, incluso firmando el escrito de acusación en el servicio de guardia por el letrado de la defensa y el acusado (art. 790.6 párrafo último).

Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal podría y debería formular la acusación, a modo enunciativo, en los siguientes supuestos:

— Delitos de atentado contra agentes de la autoridad y funcionarios públicos, así como los de resistencia y desobediencia contra los mismos, siempre que no

medie concurso con delitos de lesiones que obliguen a estar a los informes médicos.

- Delitos de desacatos, insultos y amenazas a los agentes de la autoridad.
- Desórdenes públicos (art. 246 y 246 bis C.P.).
- Delitos de tenencia ilícita de armas, si por diligencia inmediata de la policía o Guardia Civil se comprueba el funcionamiento del arma.
- Delitos de falsedad de documentos de identidad, siempre que la falsedad sea notoria (art. 309 y 310).
- Delitos contra la seguridad del tráfico, en el caso de que el detenido pase a disposición judicial.
- Delitos contra la salud pública. Siendo requisito que exista análisis de la droga conforme a lo anteriormente indicado y que sean flagrantes. Por tanto, quedan excluidas de dicho procedimiento las conductas en las que resulte de aplicación las circunstancias de agravación de los artículos 344 bis a) y 344 bis c) del Código Penal.
- Delitos de robo con fuerza en las cosas flagrantes, salvo que por la concurrencia de las circunstancias de agravación del artículo 506 se requiera una investigación más dilatada en el tiempo y siempre que se disponga de tasación pericial de los objetos sustraídos.
- Delitos de robo con violencia o intimidación (art. 501.5), flagrantes, con la misma precisión del apartado anterior respecto de la circunstancias que requieran una investigación más dilatada en el tiempo.
- Delitos de hurto, flagrantes, siempre que exista tasación pericial de los efectos sustraídos.
- Delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno, siempre que exista tasación pericial del valor real del vehículo.
- Delitos de daños siempre que se tenga la tasación pericial correspondiente.

Particularizando algunos de los delitos anteriores, diremos que respecto de los de hurto o robo con fuerza en las cosas, aunque no existiese tasación pericial de los efectos sustraídos, siempre que conste notoriamente que la cantidad sustraída, supere o no las 30.000 pesetas, según la clase de delito que fuese, se califica, pidiendo luego esta tasación por «otrosí».

De todas formas, para el correcto funcionamiento del sistema previsto en la Ley 10/92, será preciso que los detenidos, sean puestos a la mayor brevedad posible a disposición judicial en cuanto estén concluidas las diligencias policiales.

B) *La reforma del juicio de faltas: asistencia del fiscal a los mismos*

La Ley 10/92 de Medidas Urgentes de reforma procesal, introduce, como novedad sustancial, la posibilidad de que, en determinados supuestos, el Ministerio Fiscal no intervenga en los Juicios de Faltas. Se fundamenta, según la Exposición de Motivos, en el «objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos de esta Institución, mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia».

Así, en el artículo 962 se establece que el juez competente «mandará convocar a juicio verbal al fiscal» y a las demás partes. Y, más adelante, en el artículo 969, párrafo segundo, se dice «el fiscal asistirá a los juicios de faltas siempre que

a ello sean citados con arreglo al artículo 962». Sin embargo —y aquí radica la novedad— «el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrán dejar de asistir la juicio cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado».

Parece, pues, que con arreglo a una interpretación lógica de ambos preceptos, en principio el juez competente citará al fiscal a todos los juicios de faltas, correspondiendo a éste, previamente a la fecha del señalamiento, seleccionar aquellos asuntos a los que se proponga asistir para formular sus pretensiones.

Es preciso recordar que la transformación de diversas faltas en infracciones de naturaleza semipública —por la Ley Orgánica 3/89— ya condicionó de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas. El establecimiento de una condición objetiva de procedibilidad era ya expresión de una cierta renuncia del Estado al ejercicio del «ius puniendi» si el perjudicado por la infracción no inicia el proceso penal.

Consecuentemente, la intervención del fiscal quedó subordinada a la denuncia del ofendido o perjudicado, salvo que la persona agraviada sea «de todo punto desvalida», supuesto en que el fiscal tiene la facultad de denunciar, de conformidad con el artículo 602 del Código Penal, facultad que, evidentemente, mantiene su plena vigencia.

La Reforma actual puede valorarse como una manifestación del principio de oportunidad en la promoción de la acción de la Justicia, al que se aludía al principio de esta Instrucción, en cuanto constituye una excepción a la actuación conforme al principio de legalidad que exigen el artículo 105 de la L.E. Criminal y los correspondientes preceptos del Estatuto Orgánico.

La Ley confiere el Fiscal General del Estado la decisión sobre los casos en que el fiscal puede dejar de asistir a los juicios de faltas, salvo que el «interés público» imponga su intervención. Ciertamente, no proporciona el legislador al intérprete un criterio definitivo acerca de cuáles hayan de ser los supuestos en los que la intervención del fiscal en el juicio de faltas resulte insoslayable. Se limita a evocar un concepto, el de interés público como filtro determinante de su presencia o audiencia institucional en los procesos relativos a la conductas descritas en el Libro III del Código Penal.

No obstante su intrínseca dificultad conceptual, no estamos, ni mucho menos, ante una idea ajena al Ministerio Público. En efecto, el art. 124 de la Carta Magna, al constitucionalizar las funciones del fiscal le ordena promover la acción de la justicia en defensa (...) del interés público tutelado por la ley, descripción que reitera, en su art. 1, el Estatuto del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981. Con anterioridad, ya la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, aludía a la necesidad de estimular la acción de la Justicia en cuanto concierne al interés público, visión ésta que, enriquecida en el sentido de explicitar que aquellos intereses públicos eran los tutelados por la ley, se repitió en el Reglamento de 27 de febrero de 1969.

La técnica legislativa a la que ahora recurre el remozado párrafo segundo del art. 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tampoco es absolutamente novedosa. El precipitado Reglamento de 1969 estableció en su art. 5.2 que «cuando no existan normas que regulen la actuación del Ministerio Fiscal en los asuntos civiles en que con arreglo a las leyes deba intervenir (...), los funcionarios fiscales ejercerán su ministerio realizando todo lo que según la naturaleza del asunto

sea conveniente para la mejor defensa del interés público que les está encomendado».

La reforma del proceso penal operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, ha vuelto a recurrir a la defensa del interés público como pauta interpretativa del cometido funcional del Ministerio Fiscal.

No es fácil entender que la presencia del fiscal en los procesos penales por infracciones leves, que hasta la entrada en vigor del nuevo texto legal ha venido constituyendo una manifestación del interés público, haya dejado de serlo por un mero y pragmático cambio legislativo. Es indudable, sin embargo, que las razones de aprovechamiento de los recursos humanos del Ministerio Fiscal, aludidas en la Exposición de Motivos, y de manera singular, los renovadores principios que vienen informando el proceso penal, justifican la concesión de esa facultad institucional al Fiscal General del Estado en orden a precisar los supuestos en que los fiscales podrán dejar de asistir a juicio.

El enunciado normativo del art. 969.2, ha convertido tal precepto en una suerte de norma procesal en blanco que necesite para su eficacia, de forma indispensable, el complemento de una Instrucción del Fiscal General del Estado a fin de acabar de diseñar el nuevo panorama procesal respecto de los intervinientes en los juicios de faltas. Con independencia del juicio crítico que, desde la óptica de la estricta técnica jurídica, pueda merecer esa anómala delegación legislativa o, si se quiere, esa heterodoxa concesión de potestad reglamentaria, conviene recordar que los criterios de actuación que ahora se imparten, además de cumplir el mandato legislativo, son fruto del esfuerzo interpretativo a la hora de precisar ese interés público de tan difícil concreción. Indudablemente, habría sido posible acudir a cláusulas genéricas que permitieran una interpretación más flexible y adaptable al caso concreto. Sin embargo, ello podría suponer, en contrapartida, un oscurecimiento de la ineludible presencia de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y del principio de unidad orgánica (art. 124 C.E.) que ha de presidir la actuación de los fiscales.

En todo caso hay que afrontar la reforma y fijar con carácter general qué supuestos típicos pueden hacer no aconsejable la intervención del fiscal. Las posibilidades en orden a la actuación del fiscal serían las siguientes:

- No intervenir en modo alguno.
- Intervenir solamente en la tramitación de la eventual apelación.
- Pedir la notificación de todas las sentencias e intervenir interponiendo en los casos en que no lo estime pertinente recurso, así como en las eventuales apelaciones propias o de parte.
- Formular la acusación por escrito antes del juicio tal y como prevé el inciso final del precepto.
- Intervenir en el juicio y en todas las vicisitudes posteriores.

Para fijar unos criterios de actuación medida previa es precisar si la no intervención del fiscal en el juicio le excluye, ya como parte, en todos los trámites posteriores. Aquí caben dos interpretaciones contrapuestas, contando ambas con argumentos a favor y en contra. Se podría en efecto, sostener que el fiscal sigue siendo parte aunque no haya intervenido en el juicio, y que, por tanto, es preceptivo notificarle la sentencia y darle intervención —sin perjuicio de que pueda renunciar a ella— en la apelación. Pero igualmente es posible mantener que al no comparecer el fiscal en el juicio, cesa su condición de parte, pues no sería lógico que se intro-

dujese posteriormente en el procedimiento haciendo peticiones que no hizo en su momento. Por la configuración, naturaleza y funciones asignadas al Ministerio Fiscal cabe entender que hay base para inclinarse por la primera de las interpretaciones, lo que permite dar unas instrucciones más concretas, ajustadas y prácticas a la vez.

Como presupuestos para determinar cuando debe intervenir o no y de qué forma, se deben fijar unas ideas previas:

— No es ajustado en ningún caso que el fiscal formule sus pretensiones por escrito antes del juicio y después no intervenga en el mismo. Hacer una petición penal que luego resulta inmodificable, dado que no estaría presente en el juicio y que, por tanto, se hace sin haber presenciado ni valorado la prueba —que se desarrolla en su totalidad en el acto del juicio de faltas— no es una actitud procesal admisible. Se estima que no se debe hacer nunca uso de esa posibilidad establecida por la Ley, pues dejaría malparada la representación institucional del Ministerio Fiscal.

— Tampoco parece correcto confiar al arbitrio de cada fiscal la decisión sobre los supuestos en que deba intervenir o no, pues ello conlleva un trabajo casi similar al de asistir al juicio de faltas y no reportaría ningún beneficio práctico, por lo que se verá en el punto siguiente.

— Dejar de fijar con claridad los casos en que se va a intervenir o no, no reportaría ventajas prácticas: los Jueces de Instrucción señalarían cada día un grupo de juicios de faltas, sin discriminar entre los que va a intervenir el fiscal y aquellos en que no va a intervenir, sencillamente porque *a priori* no podrán saberlo. La imagen del fiscal interviniendo o no según el juicio de que se trate o saliendo y entrando de la sala de vistas, no sólo no es aceptable, sino que además no sería nada práctica: el fiscal tendría ocupada la mañana con los juicios aunque en algunos no intervenga y no se obtendría más dedicación personal por tener menos servicios.

— Desde luego la intervención del fiscal no puede faltar en los escasos supuestos en que él aparezca como denunciante, de acuerdo con lo previsto en el art. 602 del Código Penal.

— Como es sabido, el Ministerio Fiscal tiene, entre sus funciones —en el proceso penal—, «la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito» (artículo 781 L.E. Criminal), y el ejercicio de esta función —razonablemente extensible a todas las infracciones penales— debe imponer la asistencia del fiscal al juicio de faltas cuando, de lo contrario, se derive una manifiesta indefensión de aquéllos.

Por estas razones parece razonable que el fiscal pueda dejar de asistir, de forma general, a los juicios de las faltas tipificadas en los artículos 585 y 586, entre las faltas contra las personas, en los artículos 589, 590 y 594, entre las faltas contra la propiedad y las de daños por imprudencia del artículo 600, todos del Código Penal.

La no intervención del fiscal en las faltas de imprudencia del artículo 586 bis plantea problemas. Sobre todo en las faltas con resultado de lesiones o muerte, el «interés público» puede y debe exigir en algunos supuestos que se mantenga la intervención del Ministerio Fiscal.

Es sabido que una parte de las faltas de imprudencia, muchas veces generadoras de gravísimos perjuicios se producen en ámbitos donde los riesgos no están cu-

biertos por el régimen de seguros obligatorios, por ejemplo, en la actividad laboral, en la profesión médica, en el funcionamiento de servicios e instalaciones públicas (almacenes comerciales, Servicios Metropolitanos, etc.) y otras actividades humanas propias de una sociedad industrial con un desarrollo tecnológico creciente en las que el incumplimiento de los deberes de cuidado es una constante que casi caracteriza al propio modelo de sociedad.

En este contexto, puede resultar profundamente contrario a los principios de justicia material, que las víctimas de las referidas conductas imprudentes, y no solamente en los casos de resultados catastróficos, carezcan de la protección y el amparo de una institución como el Ministerio Fiscal, que tiene entre sus cometidos constitucionales, la defensa de los derechos y la promoción de la acción de la justicia en defensa de los ciudadanos, en particular de los más débiles y del interés público.

Instaurar con carácter absoluto la privatización de la persecución de las faltas de imprudencia —cualesquiera que sean las víctimas y la naturaleza de la infracción—, parece no corresponder a los principios que deben inspirar un Estado Social de Derecho.

Por todo ello, entendemos que el Fiscal debe asistir a los juicios de faltas en las imprudencias médicas y laborales y en las derivadas de la circulación de ferrocarriles y de vehículos de motor en los que las víctimas carezcan de la protección de un seguro obligatorio.

Asimismo, debe considerarse la conveniencia de la asistencia del fiscal a los juicios de faltas, aunque medie la cobertura de dichos seguros, en los supuestos de resultado de muerte o lesiones graves.

La nueva regulación de la intervención del Ministerio Fiscal, en los juicios de faltas, va a generar, sin duda, al menos en la primera etapa, problemas organizativos importantes ante la necesidad de un examen pormenorizado de todos los procedimientos de juicios de faltas que se incoen y ante la eventualidad —no deseable— de que los jueces de instrucción señalen para una misma fecha juicios con asistencia del fiscal y otros en los que sólo intervengan las partes afectadas o perjudicadas, situación que no mejoraría ni repercutiría positivamente en la organización de las fiscalías, ya que los miembros del Ministerio Fiscal se verían obligados a desplazarse, de forma continuada, por los distintos juzgados de instrucción, para asistir, posiblemente, a solo alguno de los numerosos juicios de faltas señalados para una sola sesión. Por eso sería necesario que se lograsen acuerdos entre los juzgados de instrucción y los fiscales adscritos a dichos juzgados, para que por los órganos jurisdiccionales, se concentrasen en días determinados las faltas a las que debe asistir el fiscal, sin perjuicio de que por esta Fiscalía General, se traslade dicha preocupación al Consejo General del Poder Judicial.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por:

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

LA PROTECCION PENAL DE LAS BANDERAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. ULTRAJES A LA BANDERA Y LIBERTAD DE EXPRESION

(Comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992)

M. TERESA CASTIÑEIRA PALOU

Profesora titular de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: Comentario.—1. Las banderas de las Comunidades Autónomas son símbolos del Estado según el art. 4.2 de la Constitución. 1.1. Inclusión de las banderas de las Comunidades Autónomas en el artículo 123 del Código Penal. 1.2. Ultrajes. 1.3. Uso público y oficial. 1.4. El artículo 89 del Código Penal Militar.— 2. Ultraje y libertad de expresión.

COMENTARIO

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 119/1992 de 18 de septiembre, ha declarado inconstitucional el párrafo 2 del artículo 10 de la Ley 39/1981 de 28 de octubre, que decía: «Las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incursas en lo establecido en los artículos 123 y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo 316 del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder.»

Así ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Valencia en relación al procedimiento seguido

contra Francisco José Navarro y otros por un presunto delito de ultraje a la bandera. Al parecer (1) Francisco José Navarro y otros habían realizado actos que pudieran ser constitutivos de ultraje a la bandera de la Comunidad Autónoma de Valencia.

La Audiencia de la Comunidad de Valencia planteó la posible inconstitucionalidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 10 de la ley 39/1981, con base en los siguientes argumentos:

- Los símbolos del Estado a que se refiere el art. 123 del Código Penal son «únicamente aquellos que de forma incuestionable lo personifican o representan, identificándolo, en su esencia, ante sus propios miembros y en la comunidad internacional» y las banderas de las Comunidades Autónomas «no se equiparan a la del Estado, ni lo simbolizan o personifican.»
- Las banderas de las Comunidades Autónomas no son objeto de protección del art. 123 C.P. porque no son «del Estado, sino de Corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política que tienen como esfera y límite de su actividad la gestión de los intereses que les son propios».
- Considerar, a los efectos penales, la bandera de cada Comunidad como un símbolo que representa al Estado constituiría una interpretación extensiva de aquel tipo de injusto, proscrita por el Derecho Penal por constituir una vulneración de los principios de legalidad, tipicidad y sus derivados». Eso es lo que hace el art. 10.1 y 2 de la Ley 39/1981 al decir que las ofensas a las banderas de las Comunidades Autónomas deben castigarse conforme a lo dispuesto en las leyes y que «las infracciones de lo previsto en dicha ley se considerarán incursas en lo establecido en el art. 123 y concordantes del C.P.».
- La Ley 39/1981 establece penas privativas de libertad para hechos antes no castigados, en consecuencia debería ostentar el rango de Ley Orgánica.

El T.C., acertadamente, ha aceptado sólo parcialmente el punto de vista de la Audiencia Provincial de Valencia y, consiguientemente, ha declarado inconstitucional el párrafo 2 del art. 10 de la Ley 39/1981, pero no el párrafo 1.

En efecto, el párrafo 2 del art. 10 establecía: «Las infracciones de lo previsto en esta ley se consideran incursas en lo establecido en el artículo 123 y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo 316 del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sancio-

(1) Incomprensiblemente, la Sentencia del T.C. no relata los hechos supuestamente constitutivos de ultraje a la bandera que dieron lugar al procedimiento penal contra Francisco José Navarro y otros.

nes administrativas que pudieran proceder». Como la ley 39/1981 contempla infracciones no previstas anteriormente como delito, crea nuevos tipos y señala penas privativas de libertad; por eso debió haber sido una Ley Orgánica en vez de una Ley ordinaria. Al no ostentar este rango, aquellos artículos que establecen penas privativas de libertad, son contrarios a la Constitución y por tanto nulos, como declara ahora el T.C. (2).

En cambio, el párrafo 1 del art. 10 se limita a decir que: «Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el art. 4 del presente texto se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes», de forma que si las leyes no dispusieran sanción alguna para los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas, este comportamiento quedaría impune.

Sin embargo, las banderas de las Comunidades Autónomas gozan, según la legislación vigente, de protección penal. Dicha protección deriva directamente de lo establecido en el art. 4 de la Constitución y no de la Ley 39/1981. Si el fundamento de la protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas fuera la citada Ley 39/1981 tendría razón la Audiencia Provincial de Valencia, ya que, como se alega en el recurso, no es una ley orgánica.

1. Las banderas de las Comunidades Autónomas son símbolos del Estado, según el art. 4. 2 de la Constitución

La bandera (3) es un instrumento de representación tanto del Estado como de las distintas Comunidades Autónomas con el que, a menudo, las personas se sienten identificadas. Es un hecho conocido que, para muchas personas, miembros las Comunidades autónomas, el valor representativo de su bandera es superior al de la bandera de España.

La importancia del carácter simbólico de la bandera se ha puesto de manifiesto en los frecuentes problemas que ha planteado el uso de las banderas de las Comunidades Autónomas respecto a la bandera de España.

Así, se ha discutido si aquéllas deben ondear junto a la bandera de España como dispone el art. 4-2 de la C.E. y el lugar que unas y otra han de ocupar cuando estén legalmente juntas (4).

(2) Vid. M.^a Teresa CASTIÑEIRA: *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya*, Barcelona (Institut d'estudis autonòmics), 1990, p. 211.

(3) Sobre el simbolismo político, Cfr. LUCAS VERDÚ, P.: *Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por ALZAGA, O.: *Constitución Española 1978*, Madrid (Edersa), 1983, p. 217 y ss.

(4) Cfr. ENTRENA CUESTA, R.: *Comentarios a la Constitución Española*; GARRIDO FALLA, F., y otros. Madrid (Civitas), 1985, pp. 78 y ss.

Para tratar de resolver estos problemas se promulgó la Ley 39/1981, de 28 de octubre, *por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas*. Su art. 4 establece que las banderas de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos reconozcan una bandera propia *se utilicen en todos los edificios públicos del ámbito territorial de aquélla* junto a la bandera de España. El lugar que debe ocupar la bandera de España respecto a las banderas de las Comunidades Autónomas se regula en esta ley con precisiones tal vez exageradas.

Sin embargo, no cabe desconocer que se trata de una cuestión que afecta a la sensibilidad política de muchas personas, como se ha puesto de manifiesto, tras las recientes sentencias del T.C. que anulan algunos párrafos del art. 10 de la Ley de 1981. Pero, las conclusiones que se han extraído de la declaración de inconstitucionalidad de los párrafos 2 y 3 del art. 10 de la citada Ley (5), declaración que es correcta puesto que no se trataba de una ley orgánica (6), no son exactas. Según algunas informaciones publicadas por algunos diarios nacionales «la pena de cárcel por ultraje a las banderas puede aplicarse a la española y no a las autonómicas» (7). Esto no sólo no es así, sino que la STC de 18 de septiembre de 1992 afirma expresamente que las banderas de las Comunidades Autónomas son símbolos del Estado:

«Resulta indudable a la vista del art. 2 de la Constitución, que la misma ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del “derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones” que integran “la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”. También son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el art. 4 CE y reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto, como ha quedado dicho éstas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad de Estado que configura» (8).

(5) La STC 119/1992, de 18 de septiembre, declara inconstitucional el párrafo 2 del art. 10. Anteriormente la STC 118/1992, de 16 de septiembre, había declarado inconstitucional el párrafo 3 del art. 10 de la misma ley.

(6) Vid. M.^a Teresa CASTIÑEIRA: *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya*, Barcelona (Institut d'estudis autonòmics), 1990, vol. I, p. 211.

(7) Así, por ej., «El País», miércoles, 23 de septiembre de 1992, p. 15.

(8) *Fundamento Jurídico*, 1.

En efecto, la protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas no derivan de la Ley de 1991, sino directamente de lo establecido en la Constitución.

Para saber si y cómo están protegidas las banderas de las Comunidades Autónomas en el Código Penal hay que plantear tres cuestiones: Primera, y fundamental, si las banderas de las Comunidades Autónomas constituyen uno de los objetos cuyo ultraje es subsumible en el artículo 123 C.P. Segunda, qué actos pueden constituir ultraje. Y tercera, si la bandera está protegida en todo caso o sólo en los supuestos de uso público y oficial.

1.1. *Inclusión de las banderas de las Comunidades Autónomas en el artículo 123 del Código Penal*

El art. 123 del C.P. castiga «los ultrajes a la nación española, al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos o emblemas...» (9).

La bandera es un símbolo de las Comunidades Autónomas reconocido expresamente por la Constitución (art. 4. C.E.).

El carácter simbólico de las Comunidades Autonomías en relación a la Comunidad Autónoma está fuera de duda. Más complejo es responder a la cuestión de si pueden ser consideradas como un símbolo de la nación. En principio puede defenderse la subsunción de los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas en el art. 123 del C.P. a partir de lo dispuesto en el art. 4 de la Constitución. Este hace referencia a la bandera de España y a las banderas de las Comunidades Autónomas. Estas son las banderas protegidas por el art. 123: *la de España y las de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos las hayan reconocido* (10).

Podría parecer excesivo reducir la protección penal a las banderas reconocidas por los Estatutos de Autonomía, pero si las propias comunidades no han considerado oportuno reconocer una bandera en el Estatuto, no pueden luego reclamar para ella los efectos jurídicos que tendría su reconocimiento en los términos establecidos en el art. 4 de la Constitución.

Si a lo anterior se añade que los ultrajes a la Nación española no siempre se han entendido como ataques a la Nación en su totalidad, sino que también se han considerado como tales los ultrajes a partes de

(9) Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona (Ariel), 1978, t. III, pp. 30 y ss.

(10) LUCAS VERDÚ, P.: *Comentarios...*, cit., T. I, p. 222.

la misma (11), puede afirmarse que los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas son subsumibles en el art. 123 del C.P.

Con todo, contra la inclusión de las banderas de las Comunidades Autónomas en el art. 123 del C.P. se podrían utilizar dos argumentos:

1) Cuando el Código Penal ha querido extender su protección a Instituciones de las Comunidades Autónomas lo ha hecho de modo expreso (12); por ejemplo, el art. 160 bis C.P.

2) El intento del legislador de otorgar a las banderas de las Comunidades Autónomas la misma protección de que goza la bandera de España realizado por la Ley 39/1981, de 28 de octubre, ha resultado inconstitucional (13).

El art. 10 de esta última Ley establece: «Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuarto del presente texto (banderas de las Comunidades Autónomas), se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.» Esta disposición ha sido interpretada como extensiva del ámbito de protección del art. 123 a las banderas de las Comunidades Autónomas y consecuentemente inconstitucional. En efecto, así interpretada, amplía el ámbito de lo punible y establece penas privativas de libertad, por tanto debería tener el rango de Ley Orgánica.

Sin embargo, el art. 10.1 de la Ley 39/1981 puede entenderse de un modo distinto. Se limitaba a decir que los ultrajes y ofensas a las banderas de las Comunidades Autónomas se castigarán *conforme a lo dispuesto en las leyes*, de modo que si las leyes no disponen castigo alguno para la ofensa o ultraje a aquellas banderas, éste debe quedar impune. Lo que sucede es que el ultraje a las banderas de las Comunidades Autónomas reconocidas estatutariamente está castigado por el artículo 123 del C.P. El art. 10.1 de la Ley 39/1981 no ampliaba el ámbito de lo punible, aunque hay que reconocer que es innecesario, desafortunado y confuso. Mas ninguna de las objeciones apuntadas parece aceptable:

- En el art. 123 del C.P. no se ha incluido una referencia expresa a las banderas de las Comunidades Autónomas porque, sencillamente, no es necesario hacerlo así. Estas banderas estaban ya

(11) S. 29 de julio de 1907, RJCr. 33 (F. Enjuto). CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios...*, cit., T. III, p. 31. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid, 1983, p. 548.

(12) La reforma del C.P. realizada por la L.O. 8/1983 de 25 de junio hubiera sido la ocasión idónea para ello.

(13) CALDERÓN SUSFÍN, E.: *El artículo 10 de la Ley 39/1981*, en Cuadernos de política criminal, 1982, n. 17, p. 365.

comprendidas en el ámbito de protección del C.P. a partir de lo dispuesto en el art. 4 de la C.E. En cambio, en el caso del art. 160 bis la mención expresa de las instituciones de las Comunidades Autónomas era precisa para poder otorgarles protección penal (14).

- La disposición del art. 10.1 de la Ley 39/1981 es irrelevante; no modifica el ámbito del art. 123 C.P. en lo que se refiere al objeto de protección porque las banderas de las Comunidades Autónomas reconocidas por los estatutos ya estaban incluidas en él.

El art. 123 comprende las banderas que tienen reconocimiento constitucional: la de España y de las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos las hayan reconocido. En cambio, no son subsumibles en él los ultrajes a las banderas de Ayuntamientos, Diputaciones, provincias..., etc.

1.2. Ultrajes

El art. 123 castiga los *ultrajes* a la bandera. El término «ultraje» ha sido entendido como equivalente a «injuria» (15), de modo que habría que interpretarlo como expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de cualquiera de los objetos a que se refiere el art. 123. Sin embargo, hay razones para interpretar más restrictivamente el ultraje:

1. El C.P. contiene una definición unitaria de injurias, pero luego distingue entre injurias graves, leves y livianas (arts. 458-459, 460 y 586-1, respectivamente).

2. Las penas que establece el C.P. para las injurias son notablemente inferiores a las señaladas en art. 123 del C.P.: Las injurias graves hechas por escrito y con publicidad se castigan con la pena de arresto mayor o destierro y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Los ultrajes del art. 123, cuando tienen lugar con publicidad, se castigan con

(14) CALDERÓN SUSÍN, E.: *El artículo 10 de la Ley 39/1981*, en Cuadernos de política criminal, 1982, n. 17, p. 365.

Se trata de los delitos contra los altos Organismos de la Nación. En este caso la mención expresa a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, a los Consejos de Gobierno de las mismas y a sus miembros era necesaria, porque los arts. 149 y siguientes se refieren a las Cortes, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Consejo de Ministros o Ministros. No cabe entender que el Parlamento de Catalunya equivale a las Cortes o al Congreso de los Diputados. Por eso era necesario el art. 160 bis.

(15) Cfr. CÓRDOBA, J.: *Comentarios...*, cit., T. III, p. 34-35, y BUSTOS, J.: *Manual de Derecho Penal*, Parte especial. Barcelona (Ariel), 1986, p. 462.

las pena de prisión mayor. Esta diferencia de pena se podría justificar alegando la importancia de los objetos comprendidos en el art. 123 y la necesidad de protegerlos más que el honor de los particulares. Lo anterior es discutible, pero si la comparación se hace entre las injurias livianas y los ultrajes, la diferencia de pena es injustificable.

Parece preferible otra interpretación de ultraje. Ultraje puede considerarse equivalente a injuria, pero no a cualquier injuria, sino sólo a aquellas de gravedad excepcional. En este sentido, puede considerarse ultraje quemar una bandera, arrastrarla por el suelo, pisotearla o escupir sobre ella, pero no descolgarla.

La interpretación de «ultraje» como injuria tiene una consecuencia adicional. En las injurias, la doctrina y la jurisprudencia españolas acostumbran a exigir el ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto, exigencia que se traslada al delito del art. 123 C.P. (16). Así, se excluirían del ámbito del presente artículo los actos objetivamente ultrajantes realizados sin ánimo de ultrajar, de modo que quien quemara una bandera con perfecto conocimiento del significado de este acto pero sin ánimo adicional de ultrajarla quedaría fuera del ámbito de aplicación de este artículo. Pero como el art. 123 no exige de modo expreso elemento subjetivo alguno, es posible entender que los actos objetivamente ultrajantes están comprendidos en el art. 123. Comete el delito tanto quien quema la bandera con ánimo de ultrajarla como quien realiza la misma conducta para ganar una apuesta o para gastar una broma (17).

1.3. *Uso político y oficial*

Actos de ultraje a la bandera son imaginables en situaciones muy distintas:

1. En los supuestos de *uso público y oficial* de la bandera. En ellos, el acto de ultraje aparece como más grave y, aunque el art. 123 no lo exige de modo expreso, puede considerarse como el único que da lugar a responsabilidad penal (18) por dos razones:

(16) CÓRDOBA, J.: *Comentarios...*, cit. T. III, pp. 34-35. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*. Sevilla (Universidad de Sevilla), 1985, p. 517.

(17) De otro modo se corre el riesgo de presumir el ánimo de injuriar como hace la STS de 6 de diciembre de 1985 (A. 5999) (F. Soto Nieto), que considera que del hecho de arrancar y quemar la bandera se desprende el ánimo de injuriar.

(18) En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1978, RJC. 1030 (M. Gómez Riaño).

a) El art. 4 de la C.E. hace referencia al uso de las banderas de las Comunidades Autónomas en *edificios públicos y actos oficiales*. De la misma forma que según el artículo 4 se puede considerar que las banderas de las Comunidades Autónomas reconocidas por sus Estatutos son símbolos protegidos penalmente, el propio texto permite sostener que lo son en cuanto se usan como tales, es decir, en los casos de uso público y oficial.

b) Las penas previstas en el artículo 123 son bastante graves —quien ultraja públicamente una bandera puede ser condenado a una pena de hasta doce años de prisión—. Por ello, hay que entender que la protección se limita a los supuestos de uso público y oficial de la bandera.

2. También es frecuente el uso público de la bandera sin carácter oficial. Según la tesis aquí sostenida, el ultraje a la bandera quedaría en este caso fuera del ámbito de protección penal.

De *lege ferenda* es discutible si también debe ser protegida la bandera cuando es usada públicamente. Cabe pensar que no es preciso el recurso al Derecho Penal, ya que existen otros medios; por ejemplo, en el ámbito del Derecho Administrativo. Pero también se puede entender que es necesaria la protección penal. De ser así podría incluirse un nuevo tipo en el Código Penal que incriminara el ultraje a la bandera en los casos de uso público, pero, eso sí, como penas notablemente inferiores a las previstas en el vigente art.123 (19).

La primera opción es más acorde al carácter fragmentario y de última *ratio* de Derecho Penal.

1.4. *El artículo 89 del Código Penal Militar*

Este artículo se aplica exclusivamente a los militares, y a diferencia del 123. C.P. se refiere sólo a la bandera de España. Hay que destacar que la pena máxima que se puede imponer a un militar que ultraje u ofenda la bandera —prisión de tres a diez años— es inferior a la prevista en el art. 123 —prisión mayor—.

(19) En otros países la protección de la bandera se extiende a todos los casos de uso público. Por ejemplo, el parágrafo 90 del StGB. Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München (C.H. Beck), 1982, pp. 821 y ss. RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt (A. Metzner), 1982, pp. 42 y ss. WILLMS: *Leipziger Kommentar*, Berlin (W. de Gruyter), 1990, pp. 100 y ss.

2. Ultraje y libertad de expresión

Un aspecto de los actos de ultraje a la bandera, hasta hoy también tenido poco en cuenta en nuestro país, es su vinculación con la libertad de expresión. En efecto, el acto de quemar, pisotear, deteriorar, manchar o romper una bandera tiene normalmente un contenido expresivo que se vincula con la manifestación de opiniones disidentes políticamente o de actos de protesta respecto a determinadas actuaciones de los poderes públicos. Consecuentemente, la consideración de que el ultraje, a la bandera como delito puede chocar con un derecho fundamental como la libertad de expresión, que naturalmente no puede reducirse a la libertad de expresión de opiniones favorables. Además, aquí nos podemos encontrar en la necesidad de matizar los límites a la libertad de expresión e información establecidos por el T.C. —información verdadera y de interés general (20)— porque se trata sólo de una expresión, de una expresión de ideas opiniones o aptitudes contrarias a los símbolos de la nación o a lo que éstos representan.

El tema ha sido tratado por la jurisprudencia americana en un caso reciente: *Texas v Johnson* (21). En 1984, durante la Convención nacional del Partido Republicano que tenía lugar en Dallas (Texas), El señor Gregory Lee Johnson participó activamente, junto con otras personas, en una campaña de actos y manifestaciones radicalmente contrarios, a las instituciones básicas de su país y a las personas que lo regían. En uno de los actos de protesta, el señor Johnson quemó una bandera estadounidense, que otro manifestante había descolgado de un edificio público, frente al ayuntamiento de la ciudad, mientras él mismo y hasta un centenar de manifestantes cantaban «América la roja, blanca y azul, escupimos sobre ti». Varios testigos afirmaron posteriormente que habían sido ofendidos seriamente por la quema de la bandera. Uno de ellos recogió las cenizas de la bandera quemada por Johnson y las enterró en el patio trasero de su casa.

Johnson fue condenado por la violación del párrafo 42.09 (a) (3) del Código Penal de Texas (22) a un año de prisión y a pagar una multa de 2.000 dólares. Una instancia superior confirmó la sentencia, pero el Tribunal Superior de Apelaciones de Texas la anuló por considerar que el castigo a Johnson violaba la Primera enmienda. La Supreme

(20) Vid. Pablo SALVADOR y otros: *El Mercado de las Ideas*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1990, pp. 484 y ss.

(21) 491 U.S. 397 (1989). Con posterioridad el Congreso aprobó la Flag Protection Act de 1989, que el propio Tribunal Supremo se encargó de declarar inconstitucional en *U.S. v. Eichman* (110 S Ct 2404 (1990)).

(22) El párrafo 42.09 (a) (3) dice:

«Desecration of Venerated Object:

(a) A person commits an offense if the intentionally or knowingly desecrates.

(3) A State or national flag».

Court confirmó la Sentencia del Tribunal Superior de Apelaciones de Texas.

Así se plantea de nuevo la cuestión de los límites de la libertad de expresión en un caso de expresión simbólica de opiniones. En nuestro país hay varias soluciones posibles:

1) Si el tema se plantea ante los tribunales, y dada la exigencia jurisprudencial de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de ultrajar, cabe la posibilidad de que se recurra, como se ha hecho en los delitos de injurias (23), a la inexistencia de dicho elemento cuando la finalidad del sujeto consista en la expresión de una opinión. Aquí se ha sostenido que no es necesario elemento subjetivo alguno en el delito del art. 123; por consiguiente, esta solución no es posible. Además, y dadas la dificultades de prueba de la concurrencia de los elementos subjetivos, crearía una gran inseguridad.

2) Una vía correcta podría ser la aplicación a este caso de la doctrina establecida por el T.C. para los casos de conflictos entre derecho al honor y la libertad de expresión, consistente en apreciar la concurrencia de la eximente de ejercicio de un derecho del art. 8.11 C.P. Ello tendría, además, la ventaja de que no supondría una autorización general para realizar actos de ultraje a las banderas, ya que el ejercicio de derecho a de ser *legítimo* y, además, habrían de darse las circunstancias que en cada caso determinen la prevalencia de la libertad de expresión sobre el interés estatal en que se respeten los símbolos.

Más difícil parece determinar el criterio para decidir en qué casos hay que dar prevalencia a la libertad de expresión. El Tribunal Supremo americano ha aplicado a este caso la doctrina del riesgo claro e inminente: *sólo aquellas formas de expresión que conllevan un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestados a tiempo con más expresión, la discusión o debate puede ser objeto de represión* (24). Este criterio, u otro similar, puede ser perfectamente aplicable en nuestro país. En efecto, el comportamiento de ultraje a la bandera se asocia a menudo con el delito de desórdenes públicos. El procedimiento que dio origen a la STC, aquí comentada era un procedimiento por los delitos de desórdenes públicos y ultraje a la bandera.

Con todo, vincular necesariamente el delito de ultraje a la bandera al delito de desórdenes públicos parece excesivo. Puede bastar, para que se limite el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que se cree un riesgo claro e inminente de perturbación del orden público;

(23) Vid. M.^a Teresa CASTIÑEIRA, en P. SALVADOR y otros: *El Mercado de las Ideas*, cit., pp. 482 y ss.

(24) Vid. P. SALVADOR y otros: *El Mercado de las Ideas*, cit., pp. 32 y ss.

perturbación que puede constituir o no un delito de desórdenes públicos. En este último caso, los autores del delito pueden ser tanto las mismas personas que han realizado los actos de ultraje a la bandera como otras distintas. Por ejemplo, terceras personas que se sienten ofendidas por los actos de ultraje a la bandera.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN JULIO-DICIEMBRE 1992 Y CON APLICACION
EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCION ESPAÑOLA

Artículo 20.1 a

Derecho a la libertad de expresión. Conflicto con el derecho de honor

«Ciertamente este Tribunal ha resaltado en abundante jurisprudencia cómo la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión obliga a una interpretación restrictiva de sus límites y entre ellos, del derecho al honor (SSTC 51/1985, 159/1986 y 214/1991, entre otras muchas). Igualmente ha declarado (STC 105/90, fundamento jurídico 8.º) cómo la crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa —y a veces extremadamente penosa— para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. Pero no debe olvidarse que igualmente ha declarado que, en caso de invocación de la libertad de expresión, la concesión del amparo depende de que, en la manifestación de la idea u opinión se hayan añadido o no expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas (por todas, STC 107/1988). Por lo demás, esta doctrina ha sido recientemente avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en la Sentencia Castells de 23 de abril de 1992 en la que, tras afirmarse que la libertad de discusión política no tiene un carácter absoluto y que los límites de la crítica admisible son más amplios cuando se dirige contra el Gobierno que cuando recae sobre un particular, incluso si se trata de un político, ex-

plícitamente se reconoce que ello no impide que las autoridades estatales competentes “puedan adoptar medidas, incluso penales, dirigidas a reaccionar de modo adecuado y no excesivo frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe” (fundamento jurídico 46).

La cita de esta Sentencia del TEDH no es aquí ociosa puesto que en ella se apreció vulneración del derecho a la libertad de expresión por haberse condenado, a título de un delito de injurias al Gobierno del art. 162 del Código Penal, a un Senador que había publicado un artículo periodístico en el que denunciaba la impune comisión de asesinatos en el País Vasco por ciertos grupos de extrema derecha, acusando al Gobierno y al partido gubernamental de estar detrás de dichas acciones. Pero, no obstante, la semejanza de tales imputaciones con las contenidas en algunas de las frases pronunciadas por el recurrente, la resolución dictada por el TEDH en el Caso Castells no es aplicable a efectos de estimación del presente recurso de amparo por ese mismo motivo. Pues, aunque existan ciertas similitudes entre las declaraciones respectivamente realizadas por el Sr. Castells y el Sr. de la Cueva Alonso cuando ambos afirman que el Gobierno no es ajeno a ciertos comportamientos delictivos, no cabe duda de que el recurrente dio un evidente salto cualitativo al pasar de la que en aquel caso era una imputación genérica a la más específica de atribuir a las personas concretas del Presidente del Gobierno y del Ministro del Interior una responsabilidad a título de inducción o de encubrimiento de delitos de tortura y de asesinato. Como acertadamente se decía en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, en este caso concreto “se han superado nitidamente los límites de la libertad de expresión y del derecho de crítica, dadas todas las circunstancias aquí convergentes, pues no es lo mismo exigir lícitamente de una autoridad que investigue, persiga y sancione las posibles irregularidades de sus subordinados, con la consiguiente responsabilidad política, en su caso, que llamarles sin ambages torturadores y asesinos, en cuanto dan órdenes para que tales delitos se produzcan, o por contemplar apaciblemente, sin impedirlo, el acaecimiento de tan repugnantes hechos”.

Por otra parte, es de notar cómo, en la Sentencia del TEDH de 23 de abril de 1992, se atribuye una importancia decisiva al hecho de que los órganos judiciales no permitieran que el Sr. Castells probara la veracidad de sus declaraciones por considerar que la *exceptio veritatis* no era invocable en materia de delito de injurias contra el Gobierno. Este reproche, sin embargo, no puede dirigirse a las Sentencias impugnadas en el presente recurso ya que, conforme se deduce de la lectura de las actuaciones, el órgano judicial de instancia consintió la práctica de la abundante prueba solicitada por la defensa al objeto de demostrar que, efectivamente, tal y como había afirmado el recurrente, en las Audiencias Provinciales de Pamplona, San Sebastián, Bilbao y Vitoria “se siguen o han seguido causas por malos tratos o torturas contra miembros de las Fuerzas o Cuerpos de la Seguridad del Estado, causas en las que, en algunos casos, ha recaído auto de procesamiento o Sentencia condenatoria”. Mas, como acertadamente concluye el Juez *a quo*, de la aportación de dicho material probatorio lo único que puede deducirse es que es cierto que han existido casos de tortura y no, en cambio, que los altos dignatarios expresamente mencionados por el recurrente hubiesen dado órdenes concretas o generales de torturar o de asesinar, o hayan consentido tales comportamiento.

La innecesariedad de tan graves imputaciones a personas concretas, que por el simple hecho de ser políticos no dejan de ser titulares del derecho al honor, unida a la completa falta de fundamento de las mismas, hacen que dichas imputaciones no puedan ampararse en el derecho a la libertad de expresión. Por todo ello, no cabe

tampoco apreciar vulneración de este derecho por parte de los órganos judiciales al imponer al recurrente una condena —como expresa la Sentencia del TEDH de 23 de abril de 1992— adecuada y no excesiva, por haber proferido unas frases infamantes desprovistas de fundamento unas frases infamantes desprovistas de fundamento que excedían claramente del amplio marco reconocido en nuestro sistema constitucional a las libertades de expresión y de crítica política.»

(Sentencia núm. 190/92, de 16 de noviembre. R.A. 938/89 «B.O.E.» de 18 de diciembre de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Artículo 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«El art. 24.1 de la Constitución garantiza a las partes litigantes la obtención de una respuesta judicial, motivada y razonable, de contenido sustantivo o material, a las pretensiones que hayan sido ejercidas con cumplimiento de las condiciones y presupuestos procesales que, a tal efecto, establezcan las leyes y, por consiguiente, son conformes con ese derecho fundamental las resoluciones que inadmiten los procesos y recursos, denegando su tramitación, o rechacen *ad limine* problemas litigiosos, siempre que vengan fundadas en una causa legal, aplicada de manera jurídicamente razonable y razonada, que no sea incompatible con el principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho que garantiza el citado art. 24.1 de la Constitución.»

(Sentencia núm. 98/1992, de 22 de junio. R.A. 1660/89. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la sentencia

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), en relación con el art. 120 C.E., exige que las Sentencias sean siempre motivadas. Esta exigencia cumple la doble finalidad, de un lado, de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responda a una determinada interpretación del Derecho y permitiendo su eventual control jurisdiccional; de otro, permite al ciudadano conocer las razones de la resolución, en el caso concreto del proceso penal, por las que resulta condenado o absuelto (por todas, STC 55/1987).

En las Sentencias penales, el requisito de la motivación impone al juzgador la realización de un doble juicio: de una parte, la existencia de una motivación fáctica o antecedentes de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberá consignarse, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 248.3 de la LOPJ y 142.2 de la L.E.Crim., los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. De otra parte, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca

de los hechos declarados probados. Es claro, por tanto, que las sentencias penales dictadas, tanto en primera instancia (salvedad hecha de las Sentencias de conformidad), como en la segunda, en las que se omite la declaración de hechos probados no pueden considerarse como una resolución motivada, dado que faltaría en ellas uno de los presupuestos necesarios para la génesis lógica de la misma: los hechos declarados probados.

Ahora bien, la exigencia de que las Sentencias penales contengan una expresa declaración de hechos probados no impide que el Juez o Tribunal pueda realizar en los fundamentos de Derecho las deducciones e inferencias necesarias respecto de los hechos para subsumirlos en unas concretas normas jurídico-penales, pues ello es propio de la función de juzgar y únicamente podría llevarse a cabo el control de su constitucionalidad cuando las deducciones o inferencias sean injustificadas por su irracionalidad o cuando introdujeran nuevos hechos relevantes para la calificación jurídica y éstos no hayan sido consignados entre los declarados probados. En este sentido, es necesario distinguir entre la deducción de hechos distintos a partir de los hechos declarados probados, a la que ningún reproche cabe hacer desde la perspectiva constitucional, y la introducción o modificación de nuevos hechos en contradicción con la declaración de hechos, supuesto este último que infringe el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.).

En el presente caso, la aplicación de la doctrina antes expuesta nos lleva a la conclusión de que la Sentencia condenatoria dictada en apelación por la Audiencia Provincial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, en primer término, basta la lectura de la Sentencia impugnada para comprobar que la misma no contiene declaración alguna de hechos probados, y ello a pesar de que en el último de los antecedentes de hecho se hace constar expresamente que “no se aceptan los hechos probados ni fundamentos de derecho de la Sentencia apelada”. En este sentido, ninguna trascendencia tiene el que la Sentencia cuestionada haya sido dictada en segunda instancia, puesto que, existiendo plena *cognitio* en apelación, con potestad del Juez o Tribunal de apelación, para llevar a cabo un nuevo examen de los hechos y del derecho aplicable, es obvio que la Sentencia de apelación, caso de no confirmar la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada, debe consignar separada y expresamente los hechos declarados probados.

En segundo término, en el presente caso no es posible considerar que, en la Sentencia de apelación, la Audiencia se haya limitado a deducir otros hechos a partir de la declaración de hechos probados, puesto que ésta no existe, ni tampoco cabe calificar de mera incorrección técnica sin trascendencia constitucional la omisión de una declaración de hechos probados, dado que la Sentencia de apelación revoca la de instancia, rechazando expresamente los hechos probados, y condena al hoy recurrente por un delito distinto del que había sido objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal.»

(Sentencia núm. 174/92, de 2 de noviembre. R.A. 421/89. «B.O.E.» de 1 de diciembre de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

«Conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal, la obligación de motivar las Sentencias que el art. 120.3 C.E. impone a los órganos judiciales, puesta en conexión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1 de la propia Constitución, entendido como derecho a una resolución jurídicamente fundada,

implica integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales. La motivación de las Sentencias es, por consiguiente, una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a las decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución (SSTC 116/1986; 55/1987; 150/1988; 36/1989, y 34/1992) en su art. 24.1.

Cierto es que ese derecho a la motivación de las Sentencias ha sido matizado por la misma doctrina constitucional, en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes, considerándose suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundantes de la decisión, sin existir, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial. También lo es que no corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho o revisar la forma y estructura de la resolución judicial, pero sí a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión (SSTC 174/1987; 75/1988; 184/1988, y 14/1991), incluso en supuestos de motivación por remisión (AATC 688/1986 y 956/1988 y SSTC 174/1987; 146/1990 y 27/1992).»

(Sentencia núm. 175/92, de 2 de noviembre, R.A. 538/89. «B.O.E.» de 1 de diciembre de 1992. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

«Debe comenzarse por recordar que este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la decisión judicial de archivar las actuaciones penales por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal no se opone, en principio, al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la C.E., ya que éste no otorga a quien ejercita la acción penal un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino únicamente a un pronunciamiento motivado del Juez en fase instructora (por todas, STC 203/1989).»

(Sentencia núm. 191/92, de 16 de noviembre, R.A. 952/89. «B.O.E.» de 18 de diciembre de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos

«El derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E. comprende no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos, sino también a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado por las

partes, oídas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a la parte —SSTC 151/1987 y 66/1988 entre otras.

En el mismo sentido, hemos dicho también reiteradamente que la posibilidad de indefensión puede apreciarse en cada instancia (sin perjuicio de su eventual corrección en instancias superiores), pues en cada una de ellas ha de preservarse el derecho constitucional a la defensa —STC 102/1987 por todas—, de ahí que la falta de citación para ser oído en un acto o trámite tan importante como el de la vista de un recurso, cuando es debida a la omisión del órgano judicial —cualquiera que sea su causa—, no sólo infringe la ley ordinaria, sino que trasciende al ámbito constitucional, por implicar una situación de indefensión evidente —SSTC 78/1992 y 131/1992—, al impedir al apelante conocer que dicho acto va a celebrarse en un determinado día y hora, privándole del derecho a comparecer e intervenir en el mismo para defender su pretensión impugnatoria de la Sentencia que ha recurrido —STC 158/1992.»

(Sentencia núm. 196/92, de 17 de noviembre, R.A. 193/90. «B.O.E.» de 18 de diciembre de 1992. Ponente: Carles Viver i Pi-Sunyer).

«Podría incluso sostenerse —como hizo la Audiencia— que la Sentencia de apelación no vulnera directamente el derecho a un Juez imparcial del recurrente, pues el Tribunal superior enjuició nuevamente y libre de contaminación alguna un material probatorio que fue objeto de instrucción por el Juez inferior, deslinde de actividades que podría satisfacer las exigencias de imparcialidad objetiva y, además, de preservación de su apariencia que se deducen del art. 54.12 de la L.E. Crim. y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal Constitucional. Ahora bien, esta actuación de la Audiencia acaba por vulnerar, en todo caso, otra de las garantías constitucionales en el proceso que el art. 24.2 prescribe y que encuentra una clara expresión en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de Nueva York, es decir, el derecho no tanto a una doble instancia como a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean “sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley”. En efecto, este Tribunal ha sostenido (SSTC 42/1982, fundamento jurídico 3.º; 76/1982, fundamento jurídico 5.º, y 37/1988, fundamento jurídico 5.º; etc.) que ese mandato de sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, establecido en el art. 24.2 de la Constitución y en el art. 14.5 del Pacto de Nueva York, no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a interpretar conforme a la Constitución los inexistentes, pero obliga a interpretar conforme a la Constitución los recursos previstos por el legislador y, a la par, actúa como un límite infranqueable de la libertad de configuración normativa del legislador (con excepciones como puede ser la dispuesta para cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta, en el art. 2.2 del Protocolo Adicional núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, aún no ratificado por España, según se señaló en el ATC 450/1989, fundamento jurídico 2.º). Pero en el supuesto que aquí nos ocupa, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 10/1980 establecía con claridad que contra la Sentencia del Juez Instructor procederá al recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Por consiguien-

te, una interpretación conforme a la Constitución y favorable al ejercicio del derecho fundamental, que resultaba exigible en su día a la Audiencia, lleva a concluir que la solución procesal ofrecida por la Sala menor, sin duda, las garantías constitucionales del recurrente en el proceso y le priva en la realidad de la posibilidad de que la causa penal sea revisada por un Tribunal superior, como consecuencia de transformarse el Tribunal que conoce del recurso en simple órgano juzgador en primera instancia, al no haber existido en modo alguno un juicio válido ante el Juez *a quo*, independientemente de cuál fuera su resultado; situación que, no es ocioso ponerlo de manifiesto, no puede equipararse a la mera revocación de una Sentencia absolutoria de un Juez inferior por otra condenatoria dictada por un Tribunal superior.

Es, por lo demás, doctrina reiterada de este Tribunal desde la STC 28/1981 (fundamento jurídico 3.º) y que resulta complementaria de cuanto precede, que los derechos fundamentales deben apreciarse en cada instancia —en el mismo sentido, la STC 48/1986, fundamento jurídico 1.º— y garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en fase de recurso (SSTC 53/1987, fundamento jurídico 2.º).»

(Sentencia núm. 113/92, de 14 de septiembre, R.A. 433/89. «B.O.E.» de 14 de octubre de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Ver sentencia núm. 188/92, de 16 de noviembre, sobre Recurso de apelación - Artículos 795 y 796 LECr

Incongruencia

«En efecto, y como pone de manifiesto el Abogado del Estado, “a la Sentencia que resuelve el recurso de apelación nada tiene que ver” con la fundamentación del mismo. Dicho recurso se basaba única y exclusivamente en la improcedencia jurídica de la responsabilidad civil del Consorcio, teniendo en cuenta que, en aquel momento, no se había producido aún la determinación previa por parte del Ministerio de Economía y Hacienda exigida por la disposición final tercera del Real Decreto Legislativo 1301/1986. Por el contrario, la Sentencia impugnada restringe su fundamentación a la valoración de las pruebas practicadas y a la calificación jurídica de los hechos probados. Esta completa falta de correspondencia entre la argumentación del recurso de apelación y los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada hace de plena aplicación al presente recurso de apelación nuestra doctrina acerca de la incongruencia.

Pues, como hemos venido señalando desde nuestra STC 20/1982, “cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que pone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho de la defensa, pues la Sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae (fundamento jurídico 1.º). Del mismo modo señalábamos allí que “la congruencia o incongruencia de una Sentencia ha

de estimarse mediante la confrontación de la parte dispuesta con los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas” (fundamento jurídico 3.º).»

(Sentencia núm. 125/92, de 28 de septiembre, R.A. 627/89. «B.O.E.» de 29 de octubre de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Artículo 24.2

Derecho a un Juez imparcial. Principio acusatorio

«Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que entre las garantías del art. 24.2 C.E. debe incluirse el derecho a un Juez imparcial, fundamental en su Estado de Derecho, que excluye, por exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias (SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 98/1990, 151/1991, entre otras). Dicha doctrina se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicio y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (por todas, STC 145/1988, antes citada); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar.

Ahora bien, la exigencia constitucional de que no se acumulen en un mismo órgano judicial las funciones de instrucción y enjuiciamiento ha sido afirmada por este Tribunal Constitucional únicamente respecto del acusado, por ser dicha exigencia una derivación del principio acusatorio. En efecto, precisamente porque la actividad instructora comporta una labor esencialmente inquisitiva, encaminada a preparar el juicio y practicada para la comprobación del delito y averiguación del delincuente, es por lo que es preciso separar de la función decisoria, no sólo la función de acusar (*Nemo iudex sine accusatore*), sino también la de instruir, a fin de evitar la denominada “contaminación inquisitiva” y que el acusado sea juzgado por un órgano falto de independencia.

Por el contrario, las exigencias derivadas del derecho al Juez imparcial consagrado en el art. 24.2 C.E. no son extensibles, sin más, a la parte acusadora, puesto que, por la propia naturaleza y finalidad de la instrucción preparatoria, ningún prejuicio o prevención puede nacer en el ánimo del Juez sentenciador en relación con la acusación por el solo hecho de haber instruido la causa. En consecuencia, pues, la denominada imparcialidad “objetiva” sólo puede hacerse valer por el acusado, al contrario de lo que ocurre con la imparcialidad “subjetiva”, predicable tanto para el acusado como para las partes acusadoras. Es preciso recordar, por lo que se refiere a esta concreta cuestión, de una parte, que la instrucción supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias, tanto adversas como favorables

al imputado (art. 2. L.E. Crim.), y de otra, que para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad (SSTC 47/1982 y 44/1985, entre otras muchas).»

(Sentencia núm. 136/1992, de 13 de octubre, R.A. 76/89. «B.O.E.» de 17 de noviembre de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

«No es menester reseñar con detalle, por resultar ya suficientemente conocida y por no requerirlo las circunstancias del caso, la línea jurisprudencial de este Tribunal expuesta en las SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 98/1990, 151/1991, entre otras, sobre los perfiles del derecho a un Juez imparcial, como garantía constitucional en el proceso implícitamente contenida en el art. 24.2 de la Norma fundamental, línea mediante la cual se profundiza en el desarrollo de este derecho efectuado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, en los casos De Cubber (26 de octubre de 1984) y Piersack (1 de octubre de 1982) y en la que sustancialmente se ha expuesto que el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede el material necesario para que se celebre el juicio, puede hacer nacer en el ánimo del Juez instructor prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del encartado, quebrándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (STC 145/1988, fundamento jurídico 7.º). Por consiguiente, debe bastar con poner ahora de manifiesto que cuando este Tribunal ha entendido vulnerado el derecho a un Juez imparcial, en los procesos “monitorios” de la Ley Orgánica 10/1980, de 10 de noviembre, y en virtud de haber realizado el Juez de Instrucción la doble función de instruir y fallar, todo ello ha conducido normalmente a una parte dispositiva de la Sentencia de amparo en la que, como medida para restablecer al recurrente en la integridad del derecho vulnerado, se ha ordenado retrotraer las actuaciones judiciales al momento procesal de convocatoria del juicio oral “para su conocimiento y fallo por Juez distinto del instructor de las diligencias preparatorias” (SSTC 11/1989 y 151/1991).»

(Sentencia núm. 113/92, de 14 de septiembre, R.A. 433/89. «B.O.E.» de 14 de octubre de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

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 fundamente en auténti-

cos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado.

Por el que respecta a la primera de las exigencias apuntadas, esto es, a la valoración de la prueba, la función del Tribunal Constitucional no es la de revisar o corregir la valoración efectuada por los Tribunales ordinarios, sino verificar si ha existido actividad probatoria de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado (SSTC 105/1986, 44/1987, 217/1989 y 140/1991, entre otras muchas).»

(Sentencia núm. 104/1992, de 1 de julio, R.A. 1984/88. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Jesús Leguina Villa).

Presunción de inocencia. Atestado

«Entre las múltiples facetas de este concepto poliédrico hay una procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi*, con otros efectos añadidos. En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal al menos las cuatro siguientes exigencias: 1.ª, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probato diabolica* de los hechos negativos; 2.ª, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.ª, de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio de derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.ª, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. Son palabras de nuestra STC 76/1990.»

«El atestado equivale, en principio, a una denuncia, pero también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes de la Policía Judicial con su forma y las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser calificados como declaraciones testificales (STC 22/1988). Es claro que hay partes de ese atestado, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos *in fraganti*, la constancia del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan por definición en el concepto de la prueba preconstituida o anticipada. Ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias (SSTC 107/1983 y 201/1989; ATC 637/1987).»

(Sentencia núm. 138/1992, de 13 de octubre, R.A. 352/89. «B.O.E.» de 17 de noviembre de 1992. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende).

Artículo 24.2

Presunción de inocencia. Cinta magnetofónica

«Como oportunamente recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, este Tribunal ya declaró en su Sentencia de 27 de junio de 1988 (STC 128/1988) que no cabe negar valor probatorio a las transcripciones de una cinta magnetofónica cuando, como aquí sucede, han sido incorporadas a los autos, no han sido impugnadas en todo o en parte y se dan por reproducidas en el acto del juicio oral.

(Sentencia núm. 190/1992, de 16 de noviembre, R.A. 938/89. «B.O.E.» de 18 de diciembre de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Inmediación: Sustitución del Juez

«Mayor consistencia puede, aparentemente, presentar la denunciada irregularidad procesal, consistente en la sustitución del Juez, que provocó que el órgano sentenciado fuera distinto a aquél ante quien se efectuaron parte de las pruebas, con posible vulneración del principio de inmediación. Sin embargo, es doctrina de este Tribunal que, pese a la trascendencia que desde el punto de vista de los derechos fundamentales amparados por la Constitución puede tener la aplicación de las normas procesales, es claro que no toda infracción procesal tiene relevancia constitucional, habiendo unido, en particular, la STC 97/1987 la trascendencia de las irregularidades procesales en la necesaria inmediación de los órganos judiciales al concepto de indefensión; como señalábamos en aquel supuesto, referido al orden civil, “basta la lectura del acta de la vista, en la que se plasmaron de modo detallado los motivos y causas de impugnación de la Sentencia de instancia, para comprender que no se ha producido la indefensión denunciada, pues las alegaciones del demandante-apelante se incorporaron a las actuaciones y han tenido que ser examinadas por quien definitivamente ha resuelto el litigio, lo que no habrá ocurrido si el acta de la vista hubiera sido breve y sucinta”.

Aplicando la doctrina transcrita al supuesto que estamos examinando, hay que concluir que la indudable irregularidad procesal producida con la sustitución del Juez y la no repetición de las pruebas sólo tendría trascendencia constitucional en la medida en que hubiera generado una situación real y efectiva de indefensión material. Sin embargo, nada se alega a este respecto por el recurrente, que ni siquiera pretende que se haya vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. Nos encontramos, por tanto, ante una incorrección procesal puramente formal, carente de las consecuencias materiales que pueden llevar a la anulación de una sentencia judicial por vulneración de derechos fundamentales. Este dato es, por lo demás, evidente si se considera, por una parte, la amplitud con la que ha sido redactada el acta del juicio oral, que aporta los elementos suficientes para emitir un juicio razonado como, sobre todo, porque, como señala la Sentencia de apelación, la prueba de la culpabilidad es abrumadora.»

(Sentencia núm. 127/92, de 28 de septiembre, R.A. 1091/89. «B.O.E.» de 29 de octubre de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Artículos 25.1 y 81.1*Principio de legalidad*

«De la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de cuáles son las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.) y de la reserva de Ley orgánica (art. 81.1 C.E.), es posible extraer, a los efectos que ahora interesa, los siguientes principios:

Con respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*), y, por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: Exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley (SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas). Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del art. 25.1 C.E. no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la Ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1, en relación con el art. 17.1 C.E., respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad.

En efecto, el derecho a la libertad y seguridad consagrado en el art. 17.1 de la C.E. incluye todas las garantías previstas en otros preceptos constitucionales (arts. 25.1, 53,1 y 2, y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho. La remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la C.E. ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986; 160/1986, y 127/1990).

Ello no supone que tal exigencia de Ley orgánica haya de extenderse a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Este Tribunal ha estimado que es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 122/1987): Norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el art. 81.1 C.E., en relación con el 17.1. Ahora bien, ese reenvío normativo a normas no penales procederá únicamente si se dan determinados requisitos: Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de

garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STC 127/1990).»

(Sentencia núm. 118/92 de 16 de septiembre, C.I. 363/88. «B.O.E.» de 14 de octubre de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

Artículo 120.3

Motivación de los autos

Ver sentencia núm. 191/92, de 16 de noviembre, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva* - Artículo 24.1

Ver sentencias números 174/92 y 175/92, de 2 de noviembre sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva* - Artículo 24.1 L.E.

II. CODIGO PENAL

Artículo 10.15

Reincidencia

«La agravante de reincidencia no conculca el principio de igualdad de trato de los reincidentes respecto de los que no lo son, ni el principio “*non bis in idem*”, como se expuso en la STC 150/91.»

(Sentencia núm. 152/1992, de 19 de octubre, R.A. 1616/89. «B.O.E.» de 17 de noviembre de 1992. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo).

Artículo 123

Ultrajes y ofensas a las banderas

«En conclusión, pues, no es posible considerar que el art. 10, párrafo 3.º de la Ley 39/1981 sea un simple complemento del art. 123 del Código Penal, ni que estemos en presencia de un supuesto de remisión normativa en el que no es exigible la garantía de reserva de Ley orgánica prevista en el art. 81.1 de la C.E., puesto que, en realidad, no se trata de la integración de una Ley orgánica (en este caso de una Ley preconstitucional: El Código Penal) por una Ley ordinaria (la Ley 39/1981). Por el contrario, el art. 10.3 de la Ley 39/1981 se remite al art. 123 del Código Penal para fijar la pena de los ultrajes y ofensas de la bandera de España,

a cuyo uso y utilización se refiere el art. 3 de la citada Ley, considerándolas siempre cometidos con publicidad a efectos de determinar la pena a imponer. Es forzoso concluir, por ello, que el art. 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, en cuanto obliga a aplicar siempre en todos los supuestos, con independencia de la forma en que se haya cometido el delito, la pena de prisión mayor, es contrario al art. 81.1 de la C.E. por no tener el rango de Ley orgánica y procede declarar su inconstitucionalidad. En este sentido, es claro que la agravación penal de los ultrajes y ofensas a la bandera de España en la forma que lo hace la Ley 39/1981, y cualquiera que sea la técnica legislativa utilizada para ello, exige el rango de Ley orgánica de conformidad con lo dispuesto en los arts. 81.1 y 17.1 de la Constitución.»

(Sentencia núm. 118/1992 de 16 de septiembre, C.I. 363/88. «B.O.E.» de 14 de octubre de 1992. Ponente: Luis López Guerra).

«El párrafo primero del art. 10 que la Ley 39/1981, aun cuando refleja una clara voluntad del legislador del Estado de equiparar la protección jurídica de las banderas de las Comunidades Autónomas a la de la bandera de España, lo cierto es que no contiene ningún mandato jurídico concreto, pues se limita a remitirse “a lo dispuesto en las leyes” respecto de las ofensas y ultrajes, modalidad de remisión normativa constitucionalmente válida por ser irrelevante desde la perspectiva penal, ya que no crea ningún tipo sino que se remite genéricamente a los eventuales tipos existentes, sin ordenar una ampliación de los mismos. Por ello, ha de desestimarse la cuestión en relación con este párrafo primero.

Al contrario, el párrafo segundo del art. 10 de la Ley 39/1981 establece un mandato, el “considerar” incursos en los arts. 123 y concordantes del Código Penal “las infracciones de lo previsto en esta Ley”. Para el órgano judicial y el Ministerio Fiscal, el precepto implica una extensión o ampliación del tipo, esto es, incluye conductas que hasta su aprobación no eran punibles. Desde luego, esta interpretación es la que parece que más se corresponde con la intención del legislador, que ha partido de la premisa de la necesidad de una intervención legislativa expresa para declarar punibles “las infracciones de los previstos en esta Ley”, ampliando tanto el tipo de conductas como el objeto mismo de la protección penal: dicho con otras palabras, en vez de acudir a la vía directa de la reforma del Código Penal, el precepto opera una modificación de aquél, que sin integrarse en su texto, lo corrige a través de la remisión de la Ley cuestionada incluye.

Resulta evidente que así interpretado el precepto, como reforma por remisión de un precepto del Código Penal que impone una pena privativa de libertad, debería haber adoptado el rango de Ley Orgánica, y más aun teniendo en cuenta la incorrecta formulación abierta del tipo —“las infracciones de lo previsto en esta Ley”—, que no cumple la exigencia constitucional de predeterminación normativa de la conducta penalmente ilícita, pues por el carácter genérica y extenso de la Ley, no es posible prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción penal tipificada (SSTC 60/1986, 122/1987, 133/1987, 3/1988 y 29/1989).

El Abogado del Estado rechaza que el precepto cuestionado tenga ese alcance modificativo y extensivo y propone una lectura del mismo que cabría entender como

un intento de interpretación conforme a la Constitución. Al respecto, cabe recordar que, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulta indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma (entre otras, SSTC 93/1984, 115/1987 y 105/1988).

En primer lugar, el Abogado del Estado trata de solventar la dificultad de la descripción genérica del tipo a través de una integración de los dos párrafos cuestionados que es posible que se corresponda con la voluntad del legislador, pero que, al no corresponderse con la finalidad o el texto de la Ley, supone una manipulación hermenéutica correctora que excede de las posibilidades de una interpretación conforme a la Constitución, ya que supondría hacer decir al precepto lo que éste evidentemente no dice, que no son las infracciones de lo dispuesto en la Ley, sino los ultrajes y ofensas a las banderas el objeto de la remisión al art. 123 C.P.

En segundo lugar, el Abogado del Estado afirma que se trata de una colaboración internormativa, pues la Ley cuestionada se limita a definir el alcance de los conceptos que utiliza el art. 123 C.P., los símbolos y emblemas del Estado. Es cierto que corresponde al legislador ordinario, en su caso, definir cuáles son los símbolos y emblemas del Estado, pero no le corresponde determinar su alcance, con vistas exclusivamente a la concreción del tipo penal, estableciendo una definición que pretende o supone en sí misma una ampliación del tipo y soslaya la exigencia de Ley Orgánica. Ahora bien, no cabe aceptar que se haya producido una mera definición de los símbolos o emblemas del Estado. El precepto cuestionado no viene a precisar o concretar los conceptos contenidos en el art. 123 C.P., pues no se refiere en ningún momento a qué debe entenderse por símbolos o emblemas del Estado (lo que supondría una integración del art. 123 C.P. del tipo de la que efectúa el propio art. 1 de la Ley 39/1981), sino que se limita a determinar supuestos de aplicación de la pena prevista en el artículo penal mencionado, y a configurar, por tanto, y por sí misma, un tipo penal, que supone o pretende una extensión del contenido del art. 123 C.P., lo que no podría hacer la Ley ordinaria.

Por todo ello, el art. 10.2 de la Ley 39/1981, ha de ser declarado inconstitucional y consiguientemente nulo.»

(Sentencia núm. 119/1992, de 18 de septiembre, C.I. 175/1991. «B.O.E.» de 14 de octubre de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículo 244

Desacato

Ver sentencia núm. 190/92, de 16 de noviembre sobre *Derecho a la libertad de expresión. Conflicto con el derecho de honor - Artículo 20.1 a C.E.*

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 297*Atestado*

Ver sentencia núm. 138/1992, de 13 de octubre, sobre Presunción de inocencia. Atestado (Artículo 24.2 C.E.).

Artículo 503*Prisión provisional. Tiempo máximo. Prolongación*

«En la STC 40/1987, reiterando criterios ya expresados en resoluciones anteriores (SSTC 41/1982, 124/1984, 85/1985, 32/1987, 34/1987), este Tribunal ya señaló que los plazos de duración máxima de la situación de prisión preventiva fijados por el legislador han de cumplirse y que ese cumplimiento integra, aunque no agota, la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 de la Constitución; de forma que lo que la Ley hace es fijar imperativamente el deber de poner en libertad al acusado, transcurridos los plazos legales; y, asimismo, se añade en la citada resolución: "... Es incuestionable que la Sala de lo Penal pudo prolongar la situación procesal de la prisión preventiva antes del transcurso de los dos años desde el inicio de ésta, conforme al art. 504.4.ª, de la L.E.Crim., si se dieran los requisitos de tal norma. Pero no lo hizo así, es decir, en el tiempo obligado sin tampoco, como era preceptivo, poner en libertad al procesado. Por eso cuando a instancia de éste acuerda la prórroga de la prisión dos meses y unos días más tarde de la fecha en que cumplía el plazo legal perentorio, ya no cabía subsanar la vulneración constitucional de la garantía de la libertad personal no respetada por la omisión del órgano judicial.»

(Sentencia núm. 103/1992, de 25 de junio, R.A. 321/1990. «B.O.E.» de 24 de junio de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 637.2*Sobreseimiento libre. Motivación*

«Según ha declarado este Tribunal en otras ocasiones, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no obliga al Juez o Tribunal a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, no siendo, por ello, procedente utilizar el recurso de amparo para el enjuiciamiento o censura de la parquedad del mismo. Ello supone, en definitiva que, lejos de criterios de pretendida validez universal, la suficiencia de una concreta motivación sólo puede ser examinada y enjuiciada casuísticamente a la luz de las

peculiares circunstancias concurrentes. Ciertamente hemos señalado en otra ocasión (STC 191/1989), que cuando se trata de motivar una resolución judicial de archivo de unas diligencias penales, no resulta obligado un pormenorizado análisis de los elementos integrantes del tipo o de los tipos por los que la querella fue formulada, sino que basta con que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación del Derecho y de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos, aunque dicho objetivo se cumpla por remisión a anteriores resoluciones.

Evidentemente, la afirmación judicial de que unos hechos no son constitutivos de delito no ha de conducir en todo caso a una detallada y pormenorizada explicación de la falta de tipicidad de los hechos. Mas debe tenerse en cuenta que no puede estimarse idéntico el esfuerzo de motivación exigible a una resolución de archivo *ad initio* que a la realizada después de la práctica de un buen número de diligencias previas, que constituyen una entera instrucción de la causa. Y sobre todo, ha de tenerse muy en cuenta que en un momento dado, con posterioridad a la práctica de tales diligencias, el Juez instructor decidió incoar un sumario de urgencia, por lo que hay que presumir que algún indicio de criminalidad apreció y, sin embargo, apenas un mes después, sin que conste la realización de actuación ninguna entre medias, se adopta la decisión de archivo decretando el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito, sin aportar ningún elemento — tampoco ulteriormente por la Audiencia se hizo— que clarifiqué el cambio de criterio.»

(Sentencia núm. 191/93, de 16 de noviembre, R.A. 952/89. «B.O.E.» de 18 de diciembre de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículo 746.6

Información suplementaria

«Respecto de la suspensión del acto del juicio oral hay que concluir que la alegación carece de consistencia, tratándose de una mera discrepancia del recurrente con la interpretación y aplicación realizada por el Juez competente del alcance del art. 746.6 de la L.E.Crim., sin que sea competencia de este Tribunal, sino del juzgador ordinario determinar si se ha producido en el presente supuesto el carácter de “inesperadas” que el mencionado precepto exige de las retracciones que provocan la suspensión de la vista, al tratarse de un problema de estricta legalidad, no siendo, por otra parte, irrazonable otorgar tal carácter a una declaración que, en abierta contradicción con las realizadas con anterioridad, introducen un elemento nuevo como es la acusación de coacciones contra miembros de las fuerzas de seguridad.»

(Sentencia núm. 127/92, de 28 de septiembre, R.A. 1091/89. «B.O.E.» de 29 de octubre de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Artículo 795 y 796*Recurso de apelación. Sentencia dictada inaudita parte*

«Este entendimiento, por otra parte, concuerda con el sentido de la ya reiterada jurisprudencia constitucional que declara que no infringe la C.E. la decisión judicial, aquí los Autos, que, por atenerse al mandato imperativo del art. 240 de la L.O.P.J., no acuerda la nulidad de Sentencias definitivas y firmes en los supuestos de denuncias *a posteriori* de violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso (por todas, la STC 185/1990), infracciones o violaciones que deberán ser denunciadas y salvadas por medio de los recursos y peticiones pertinentes antes de recaer Sentencia definitiva. En otro caso sólo quedará el remedio del recurso de amparo, que se pronunciará sobre las infracciones precedentes y que, de estimarse ciertas, arrastrará la nulidad no sólo de los actos causantes, sino de las resoluciones recaídas, incluida la susodicha Sentencia y Autos dictados, lo cual, por la eficacia del derecho constitucional reconocido por la C.E. y declarado concurrente por este Tribunal Constitucional, provocará la invalidez de la cosa juzgada (SSTC 194/1987, 159/1988, 22/1989, 211/1989, 212/1989 y 213/1989, amén de la 185/1990).

La vulneración que se denuncia es la del derecho a la tutela judicial sin indefensión por haber sido la parte acusada, en principio absuelta, condenada en la apelación sin ser oída.

No es necesario repetir la doctrina general recaída al respecto, no sólo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en la instancia como en los recursos legalmente establecidos, sino acerca de los concretos derechos en los que esa tutela se manifiesta como protectora: deber judicial de audiencia y respuesta motivada, principio de contradicción procesal e igualdad de armas, etc.

El caso presente, por desgracia, no es único. En no menos de tres ocasiones ha tenido este Tribunal que resolver supuestos semejantes, es decir, el de la infracción procesal constitucional causada por el extravío, ocultación o pérdida, con reaparición o no, de un escrito de la parte, justificativo y revelador de su correcta conducta procesal en cuanto al mantenimiento de sus derechos y, al tiempo, de un hecho objetivamente imputable a la oficina judicial (en definitiva al Tribunal, órgano público); tales casos, en efecto, fueron decididos por las SSTC 77/1987, 66/1988 y 22/1989, y últimamente por la STC 131/1992, cuya doctrina es aquí aplicable.

La doctrina aludida recuerda que el art. 24.1 de la Constitución reconoce el derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos y a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o táctica o por negligencia imputable a alguna parte (SSTC 112/1987 y 151/1987).

En el presente caso, en efecto, y según se ha descrito, es lo que ocurrió, es decir, no fue oído el acusado apelado pese a que éste se personará antes de la vista de la apelación, dictándose Sentencia en perjuicio suyo, puesto que había sido absuelto por el Juez *a quo*. La indefensión material es, pues, patente, bastante más que el resultado que hubiera provocado un simple defecto o infracción procesal.

Los Autos que negaron la nulidad, intentan explicar que no se produjo tal indefensión porque la personación de la parte se produjo transcurridos los cinco días

que la Ley estipula tras la notificación del Tribunal, o sea extemporáneamente, lo que provocó la pérdida del trámite y convirtió en correcta la vista —y la Sentencia— *inaudita parte*.

No puede olvidarse, sin embargo, que ya este Tribunal Constitucional, en las SSTC citadas 77/1987 y 66/1988, por tanto anteriores en fecha a los referidos Autos y Sentencias de la Audiencia, había sostenido y proclamado que la circunstancia de no haberse personado la parte acusada en el proceso penal, ni menos su personación extemporánea (STC 66/1988), excusaba al Tribunal *ad quem* de su deber de citación o aquélla. “No incumbe determinar si el escrito de personación de los hoy demandantes de amparo, que figura unido al rollo de apelación, fue presentado o no dentro de plazo, ni si la Sala tuvo conocimiento de él antes o después de celebrada la vista del recurso, y menos aún si el escrito en cuestión se extravió, tal como apuntan los recurrentes. Pero, aun admitiendo la posible extemporaneidad de la comparecencia y personación de los apelados ante la Audiencia Provincial, tal extemporaneidad procesal no agota la relevancia constitucional de la cuestión planteada como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, ya que a diferencia de lo que ocurre respecto del apelante, la comparecencia extemporánea del apelado en segunda instancia, si bien le impide participar en el trámite de instrucción (art. 792, regla 3.ª, y art. 229, ambos de la L.E.Crim.) e intervenir, en su caso, en la actividad probatoria que eventualmente se practique en dicha instancia (art. 792, regla 5.ª), no le priva —en una interpretación del art. 795, regla 6.ª, de la L.E.Crim. conforme con la efectividad del derecho de defensa— de su derecho a intervenir en la vista de apelación”. (STC 66/1988).

Se está, consiguientemente, y como en los casos precedentes, ante una vulneración —como se alega por el Fiscal— del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, que garantiza el art. 24.1 C.E., a lo que hay que poner remedio ahora, mediante esta Sentencia, según la doctrina de este Tribunal, en tanto en cuanto no se establezca por el legislador el recurso ordinario de amparo, al que se refiere el art. 53.2 de la C.E.»

(Sentencia núm. 188/92, de 16 de noviembre, R.A. 892/89. «B.O.E.» de 18 de diciembre de 1992. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

Artículos 880 y siguientes

Recurso de casación: instrucción por las partes

«El no haber permitido a la parte la instrucción sobre el recurso y habersele privado de la posibilidad de oponerse a la pretensión de incremento de la condena solicitada por la acusación particular, supone un incumplimiento de los principios de la contradicción e igualdad de armas que debe presidir nuestro procedimiento penal en todo momento (SSTC 246/1988, fundamento jurídico 1.º; 16/1989, fundamento jurídico 2.º; 142/1989, fundamento jurídico 2.º). Dado que los derechos de defensa se han de mantener en cada instancia (SSTC 245/1988, fundamento jurídico 3.º; 31/1989, fundamento jurídico 3.º), no cabría argumentar que la petición de esa acusación ya era conocida al actor. Antes bien, cuando el recurrente es el acusador y no el acusado, en realidad en el recurso se está ejerciendo una acción pe-

nal, una acusación contra el recurrido de la que debe ser informado, como exige el art. 24.2 C.E., exactamente igual que si de la primera instancia se tratara. Los derechos de información y defensa que asisten al acusado en primera instancia han de preservarse también en vía de recurso, pues materialmente la situación no ha variado, continuando la petición de castigo que formula el acusador, que persistía en la vía de recurso, al haber solicitado la acusación particular la agravación de la condena declarada en la instancia. Como recuerda el Ministerio Fiscal, “los recursos constituyen una prosecución del proceso” (STC 151/1986), que no pueden resolverse sin oír a la parte, lo que cobra singular relieve además en materia penal y en relación con el acusado.

En un asunto de la trascendencia y gravedad del presente —en que se trataba de la calificación de un hecho como asesinato en vez de homicidio con la posible ampliación de la pena en más de trece años de reclusión—, el órgano judicial actuante, constituido en la forma prevista en el art. 898 L.E.Crim., dada la duración de la pena que pudiera imponerse, debió además extremar su diligencia, y comprobar si se habían cumplido todas las exigencias procesales que garantizan la defensa de la parte. Pese a ello, y sin comprobar si se habían cumplido esas exigencias, se acordó además la no celebración de la vista oral, resolviendo así sobre el recurso, e imponiendo una considerable agravación de la condena, sin dar ocasión al acusado de conocer la acusación formulada en el recurso ni de defenderse frente a ella, consolidando con su Sentencia la situación de indefensión originada por la inobservancia de lo dispuesto en el art. 880 L.E.Crim.

Se ha vulnerado, por consiguiente, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 C.E., así como el derecho a ser informado de la acusación formulada (art. 24.2 C.E), por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989, y debe restablecerse al recurrente en su derecho fundamental a la defensa y al conocimiento de la acusación. Este establecimiento ha de hacerse anulando la Sentencia y las correspondientes actuaciones hasta el momento de dar traslado a la parte recurrida, como previene el art. 880 L.E.Crim., del escrito de preparación del recurso a fin de que se instruya del mismo y pueda impugnarlo (art. 882 L.E.Crim.), solicitando en su caso la celebración de vista, sin que corresponda a este Tribunal, en contra de lo que se solicita en la demanda, decidir sobre la pertinencia del señalamiento de vista pública, cuestión que habrá de ser resuelta en el momento oportuno y según recto entender por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.»

(Sentencia núm. 99/1992, de 22 de junio, R.A. 310/90. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículos 969, 977, 7 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Principio acusatorio

«Este Tribunal ha declarado que el principio acusatorio debe respetarse en cada instancia, lo que significa que así como no basta con la acusación formulada en

primera instancia si no vuelve a formularse en la segunda, tampoco puede admitirse que una acusación introducida por primera vez en apelación venga a sustituir a una acusación no formulada en primera instancia.»

(Sentencia núm. 100/1992, de 25 de junio, R.A. 2123/88. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Jesús Leguina Villa).

Artículos 976 y 977

Juicio de faltas. Apelación

Ver sentencia núm. 196/92, de 17 de noviembre, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*. Art. 24.1.

Artículo 977

Juicio de faltas. Apelación y citación

«También hemos dicho, con igual reiteración, que la falta de citación para ser oído “en un acto o trámite tan importante como el de la vista de un recurso, donde se han de alegar las razones de la defensa de la parte, supone infringir el principio de contradicción propio de la tutela judicial efectiva en su aspecto más esencial” (así, en la STC 14/1986). Y en supuestos en los que la demanda de amparo se basaba, como acontece en el presente caso, en el hecho de no haber sido citado el apelante por el órgano judicial a la vista de la apelación interpuesta por el mismo, este Tribunal ha declarado que era indudable que la falta de citación del apelante al acto de la vista de la apelación es, en principio, causa de indefensión por impedirle conocer que dicho acto va a celebrarse en un determinado día y hora, privándolo así del derecho a comparecer e intervenir en el mismo para defender su pretensión impugnatoria de la Sentencia que ha recurrido (SSTC 102/1987 y 77/1987, entre otras).

En el presente caso, la certeza de la falta de citación por el órgano judicial (STC 102/1987) no suscita dificultad alguna en su comprobación, puesto que este extremo se evidencia claramente de las actuaciones judiciales en el recurso de apelación y, además, fue reconocido expresamente en la resolución denegatoria de la nulidad de actuaciones instada por el hoy demandante en amparo, al afirmarse que había existido “una infracción involuntaria del principio de defensa” por no producirse la citación para el acto de la vista del recurso. Asimismo, no puede ponerse en duda que la omisión de dicho trámite procesal es sólo imputable al órgano judicial, a quien correspondía llevarlo a cabo para que no quedase vulnerado el derecho de defensa del entonces apelante. Por lo que en el presente caso es patente que no ha existido ni voluntad expresa o tácita del recurrente en amparo ni negligencia imputable al mismo que pueda justificar una resolución *inaudita parte* (SSTC

112/1987 y 66/1988, entre otras); como ha sostenido el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.»

(Sentencia núm. 156/1992, de 19 de octubre, R.A. 1562/90. «B.O.E.» de 17 de noviembre de 1992. Ponente: Diego González Campos).

Artículo 970, 7, 8 y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Faltas de defensa letrado

«Tampoco desde esta vertiente adquiere relevancia constitucional alguna la pretensión de amparo, puesto que, conforme hemos declarado reiteradamente y resulta de la normativa aplicable, en el juicio de faltas la asistencia de Letrado es potestativa y, por tanto, no constituye un requisito legal cuyo cumplimiento haya de ocuparse el Juzgado. En tal sentido se firmó, entre otras resoluciones, en la STC 38/1989 lo siguiente: “... la presencia de letrado en el juicio de faltas, conforme al régimen jurídico de su procedimiento (art. 970 de la L.E.Crim. y arts. 7, 8 y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), resulta meramente potestativa y encomendada a la opción, iniciativa y diligencia de la propia parte. No es posible, por ello, apreciar merma alguna del indicado derecho de defensa por la sola circunstancia de que la recurrente careciera de dicha dirección a asistencia letrada en la primera instancia del juicio de faltas...”»

(Sentencia núm. 176/92, de 2 de noviembre, R.A. 629/89. «B.O.E.» de 1 de diciembre de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Artículo 978 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Falta de citación para la apelación

«No resta sino determinar si esa falta de citación judicial en segunda instancia y la consecuente desestimación del recurso, constituyen vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 de la C.E.; cuestión que no puede sino merecer una respuesta afirmativa a la luz de la reiterada doctrina de este Tribunal al respecto. Baste recordar lo que, a propósito de supuesto similar, se dijo en la STC 109/1989 (fundamentos jurídicos 2.º y 3.º): “La citación, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, no constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que representa un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso, cuya efectividad ha de ser asegurada por el órgano judicial...”. Y, también que “... la falta de citación observada, ya sea por error o por olvido, en cualquier caso no atribuible a los actores, para la audiencia de éstos en un acto o trámite de tanta importancia como es la vista de la apelación en el juicio de faltas, en la que, conforme a los arts. 978

L.E.Crim., y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, habían de aducirse las razones fundamentadoras de la defensa de los apelados, entraña no sólo una infracción de la Ley ordinaria, sino la vulneración de los derechos fundamentales de la tutela judicial efectiva, sin indefensión, y a un proceso con las garantías debidas, merecedora del amparo constitucional solicitado”.

Afirmaciones, las anteriores, a las que habría de añadirse en el supuesto que ahora nos ocupa, que la desestimación del recurso de apelación encuentra en este caso su motivación —a tenor del propio texto de la Sentencia impugnada— precisamente en la incomparecencia de la actora al acto de la vista, siendo así que ésta, según se ha expuesto, no fue debidamente citada al mismo, por lo que la incidencia material que la irregularidad procesal cometida tiene sobre el derecho de defensa de la parte, resulta clara y debe determinar la estimación del amparo solicitado en este extremo concreto.»

(Sentencia núm. 176/92 de 2 de noviembre, R.A. 629/89. «B.O.E.» de 1 de diciembre de 1992. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

IV. OTRAS LEYES

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 240

Nulidad de sentencia

Ver sentencia núm. 188/92, de 16 de noviembre, sobre Recurso de apelación - Artículos 795 y 796 LECr.

Artículo 292

Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

«Si tenemos en cuenta que la demanda contenciosa se limitó a completar y desarrollar, de manera más acabada y técnica, la fundamentación jurídica de una reclamación de indemnización, en cuyos hechos se incluía notoriamente la denuncia de haber sufrido prisión excesiva por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se hace patente que no ha existido variación sustancial de los hechos, ni de la petición, que pueda alcanzar la categoría de desviación procesal determinante de inadmisibilidad, sino tan sólo a lo sumo, simple perfeccionamiento de los motivos del recurso, que desde luego, no era exigible a la reclamación administrativa, máxime si versa sobre responsabilidad patrimonial del Estado en la que no es extraño que se confundan o entremezclen conceptos tan fronterizos como son el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Jus-

ticia, especialmente si se trata de actuaciones administrativas en las que no es obligada la intervención de Abogado.

Debemos, por tanto, concluir que la decisión del Tribunal Supremo de apartar del proceso contencioso la cuestión del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, planteado en la demanda por el recurrente, no es conforme con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1, puesto que dicha decisión incurre claramente —utilizando palabras del propio Tribunal Supremo, de su Sentencia de 18 de febrero de 1980—, en una interpretación extremadamente rígida del principio general sobre el carácter revisor de la Jurisdicción contenciosa, por limitarse a establecer una comparación entre la demanda y lo pedido en vía administrativa, sin pasar de la superficie de la letra de los mismos y sin esforzarse en superar los desaciertos o poca fortuna en su redacción, olvidando que la misión de los Tribunales no debe discurrir de esta forma, sino que, por el contrario, siempre que sea posible se debe manejar el procedimiento de forma que se pueda llegar a resolver sobre el fondo, es decir, añadimos nosotros, de la forma más favorable a la efectividad material del derecho a la tutela judicial que garantiza el art. 24.1 de la Constitución.»

(Sentencia núm. 98/1992, de 22 de junio, R.A. 1660/89. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Artículo 294.1

Error judicial. Prisión provisional

«La Sentencia recurrida, en un razonamiento sin duda irreprochable, bien claramente establece que el art. 294.1 de la LOPJ incluye tanto la absolución por inexistencia del hecho (inexistencia objetiva) como la absolución por prueba de la no participación en el mismo (inexistencia subjetiva), “quedando solamente fuera de su singularidad, en consecuencia, los casos de falta de prueba, tanto del hecho como de la participación en él, de difícil comprensión en el mismo, y en los que la reclamación, de no encontrar fundamento en el dolo o en la culpa grave de Jueces y Magistrados, que tiene su propio procedimiento también, al igual que si el proceso hubiera terminado para el inculpado sin sentencia o sin auto de sobreseimiento libre fundado en la inexistencia del hecho o con Sentencia condenatoria a pena privativa de libertad por tiempo inferior al de prisión preventiva sufrida por el delito en razón del cual ésta se hubiera decretado, habrá de encauzarse por los otros supuestos, ya los generales del error judicial, si en virtud de él se hubiese decretado indebidamente la prisión, o de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuando, sin error alguno se haya decretado, se haya mantenido por causa de ese defectuoso funcionamiento y tenido una duración superior a la normal en una diligente tramitación del proceso o por tiempo mayor de legalmente establecido”.

Tal doctrina es plenamente conforme con el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, puesto que, siendo indudable que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir tratamiento unitario que les reconoce la Sentencia recu-

rrida; mientras que el supuesto de absolución por falta de pruebas es esencialmente diferente de los anteriores en cuanto que, en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente.

Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo —no existencia del hecho o no participación del acusado— y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo —existencia del hecho o participación del acusado—, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294.1 de la L.O.P.J. y, por lo tanto, es una situación sustancialmente diferente de aquélla, lo cual justifica la diferencia de trato normativo que le confiere dicho precepto legal, según la interpretación de la Sentencia recurrida que resulta, por ello, plenamente conforme con el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución.»

(Sentencia núm. 98/1992, de 22 de junio, R.A. 1660/89. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Artículo 240

Nulidad de sentencia

Ver sentencia núm. 196/92, de 17 de noviembre, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*. Art. 24.1 C.E.

LEY ORGANICA 6/1984, DE 24 DE MAYO, REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO DE «HABEAS CORPUS»

Artículo 2, párrafo 3

«Habeas corpus». Jurisdicción militar. Competencia

«La impugnación que se efectúa contra la negativa a incoar el procedimiento de habeas corpus coincide en lo sustancial con las pretensiones resueltas por el Pleno del Tribunal de la STC 194/1989. En esta Sentencia, y a los efectos que ahora interesan, el Tribunal sentó la doctrina, luego reiterada en la STC 44/1991 de la Sala Segunda, de que el conocimiento de los procedimientos de *habeas corpus* correspondería a la jurisdicción militar cuando la detención tenga como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, pues, de una parte, así se deriva inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, y del art. 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987, que se remite a la anterior, que establece que “en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de *habeas corpus* el Juez Togado Militar”. De otra parte, que no es contraria a la Constitución la atribución a la Guardia Civil de un régimen militar en materia disciplinaria y organizativa, así co-

mo que la normativa disciplinaria propia de la Guardia Civil es, mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas, la de las Fuerzas Armadas, como posteriormente se han hecho por medio de la Ley Orgánica, 1/1992, de 17 de julio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.»

(Sentencia núm. 106/1992, de 1 de julio, R.A. 855/89. «B.O.E.» de 24 de julio de 1992. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

LEY 39/1981, DE 28 DE OCTUBRE, QUE REGULA EL USO DE LA BANDERA NACIONAL Y DE OTRAS BANDERAS Y ENSEÑAS

Artículo 10.1, 2 y 3

Ultrajes a las banderas

Ver Sentencias núms. 118/1992 y 119/92, de 16 y 18 de octubre, sobre *Ultrajes y ofensas a las banderas* - Artículo 123 Código Penal.

LEY ORGANICA 4/1987, DE 25 DE JULIO, DE LA COMPETENCIA Y ORGANIZACION DE LA JURISDICCION MILITAR

Artículo 61.3

Jurisdicción militar. Competencia

Ver Sentencia núm. 106/1992, de 1 de julio, sobre *Habeas Corpus*. - Artículo 2.3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus.

BIBLIOGRAFIA

Revista de libros

DIAZ PALOS, Fernando: «La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal». Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo y Epílogo de Antonio Hernández Gil, Madrid 1991, Colex, 186 páginas.

El libro que ahora recensiono constituyó en su día —el 17 de junio de 1991— el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Fernando Díaz Palos, autor de una importante obra científica y durante muchos años, hasta su jubilación, Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

Creo que fue Ortega el que definió la inteligencia como la capacidad de enfrentarse ante los problemas sin repetir palabras mecánicamente aprendidas. Cuando todavía existen penalistas que hablan del diálogo entre la ciencia y la jurisprudencia como de una meta a alcanzar en España, están repitiendo con ello mecánicamente palabras que ya hace mucho tiempo dejaron de tener vigencia; y cuando la tuvieron la responsabilidad de la situación no era atribuible tanto a nuestros Tribunales, como a una etapa de la dogmática española en la que lo que ésta ofrecía era, muchas veces, todo un aparato de especulaciones abstractas de las que no se deducían ningunos criterios que pudieran ayudar a interpretar el contenido de las leyes penales.

Quien sea un lector habitual de la jurisprudencia de la Sala 2.ª, sabe que, como destaca Rodríguez Mourullo en el prólogo del libro, «hay hoy una comunicación y un mutuo seguimiento entre jurisprudencia y doctrina como no hubo nunca», que nuestros magistrados conocen muy bien la bibliografía científica española, y que lo que pasa es que unas veces dan la razón a unos autores, otras, a otros, y otras, no le dan la razón a ninguno.

Por otra parte, y desde la perspectiva del científico, una de nuestras más importantes misiones es la de estudiar y conocer el material jurisprudencial y, en la búsqueda de la verdad, someterlo a análisis y, por supuesto y cuando ello nos parezca justificado, a crítica. Pero no como lo hacen algunos universitarios que —por el mero hecho de serlo— piensan que pueden ocuparse de las sentencias de nuestros Tribunales con una displicencia, unas ínfulas y, a veces, con una pedantería que ni

sirven para darles la razón ni contribuyen en nada al mantenimiento del diálogo, ignorando, entre otras cosas, una virtud que yo personalmente siempre he admirado en la magistratura: su capacidad resolutoria, porque así como un científico puede esperar meses o años para pronunciarse por escrito sobre un determinado problema penal al que no consigue encontrar solución, el magistrado no puede tomarse tiempo y tiene que dar respuesta al caso concreto en el mismo momento en que es sometido a su decisión.

El libro de Díaz Palos le hace reflexionar a uno sobre éstas y muchas otras cuestiones más. Y la perspicacia y la cultura jurídica que se ponen de manifiesto en la obra nos muestran a un magistrado ejemplar que ha contribuido decisivamente a que la Sala 2.^a se haya convertido, por su accesibilidad a las opiniones doctrinales, en un Tribunal respetado por los científicos, y, por su sabiduría, en una fuente de conocimiento para todos nosotros.

La edición del libro, muy cuidada, contiene, sin embargo, una importante errata en la página 21, donde se habla del «*juven* penalista español, Gimbernat Ordeig» (subrayado añadido). Es de esperar que en las futuras previsibles ediciones de este magnífico libro, esa errata *no* sea corregida.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Revista de libros

Sección (*) coordinada por
M. MARTINEZ ESCAMILLA
y J. M. SANCHEZ TOMAS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

BUSTOS RAMIREZ, Juan: «Coca-Cocaína: entre el derecho y la guerra». (Política-Criminal de la droga en los Países Andinos)». Edt. P.P.U. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.) Colección Derecho y Estado. 1.ª edición. Barcelona, 1990. 146 páginas.

Muchos y diversos estudios se han centrado en la temática de la droga y los múltiples problemas que plantea para el Derecho Penal, la Criminología o la Sociología jurídica (1).

(1) BOIX REIG, Javier: «Función del Ministerio Fiscal en relación con el tráfico ilegal de drogas» en Estudios Penales, Libro Homenaje a Fernández Albor, 1989. páginas 131 ss.; CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la: «¿Qué resuelve la reciente reforma del Código Penal en materia de drogas?», en Estudios Penales, Libro Homenaje a Fernández Albor, 1989, pp. 223 ss.; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis: «Los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la L.O. 1/1988, de 2 de marzo». Ed. Tecnos. Madrid, 1988; 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 Prof. Antonio Beristain, 1989, pp. 249 y ss.; MEDINA MANCEBO, y otros: «Drogodependencias, sistemas penales y penitenciarios en Holanda, Alemania, Suecia, Italia, Francia y Escocia». 1990; MELÉNDEZ SÁNCHEZ: «Consideraciones criminológicas en materia de estupefacientes». Ed. Dykinson. Madrid, 1989; Idem: «La droga como factor criminógeno. Influencia en la delincuencia juvenil», en Actualidad Penal, n. 14, abril 1990; RODRÍGUEZ ROCA: «Drogodependencia y su tratamiento en siete países europeos», 1989; TORIO LÓPEZ, Angel: «Antinomias jurídicas e ideología en el tráfico de drogas», en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristain, 1989, pp. 935 y ss.; REEG: «El papel del Derecho Penal en materia de estupefacientes. Una vista gene-

Toda la problemática que se desenvuelve en torno a este fenómeno está creando unas formas particulares de reacción por parte de los estados y la «comunidad internacional». Sería, junto al tratamiento del terrorismo, lo que caracteriza una reacción más específica y «pretendidamente» metódica (más obcecada y falta de imaginación y por tanto más inútil) para su control. Tal como gráficamente lo expresa el Prof. Bustos en el título del presente estudio, nos estamos situando «entre el Derecho y la guerra».

No puede afirmarse que sea una guerra exclusivamente jurídico-penal, ni que cuando se hace uso/abuso del Derecho Penal lo sea de la forma más adecuada y respetuosa con los Derechos Fundamentales. Así, el Derecho Penal aparece como un instrumento más que, a pesar de ser avanzadilla contra la droga, sin embargo, se enmarca, según confesión del propio legislador (2), en toda una panoplia de soluciones para la realización de una «actuación coordinada de distintas instancias sociales», implicando en la lucha al más amplio espectro y creando un verdadero tejido social en contra de las drogas, que permita la creación de una demanda a ultranza en ésta de «seguridad a toda costa» y que, en última instancia, justifique ese abuso del Derecho Penal, con todos los efectos colaterales que en el desarrollo de las relaciones en la sociedad civil esto produce.

De tal modo que la utilización de instancias del control social no específico del de justicia penal sólo aparecen como excusa de afianzamiento y creadores de falsas conciencias de necesidad de un cada vez mayor uso/abuso de instancias formalizadas de control social (dependiendo éstas del etiquetamiento como delincuente o enfermo del drogodependiente) que son aprovechadas por sus agentes para fines diversos a los demandados y principalmente para el control de la disidencia.

El uso de los mecanismos del sistema de justicia penal asume papeles «pretendidamente disfuncionales» respecto a los fines confesables del mismo, de tal modo que el legislador recrea conductas lo más omnicomprendivas, flexibles y difusas posibles —y por tanto más alejadas de los contenidos del principio de legalidad-taxatividad—. Igualmente se sustrae en muchas ocasiones su conocimiento al Juez natural haciéndolo recaer en órganos específicos y especializados. En su penalidad se siguen criterios paroxísticos de acumulaciones sucesivas por agravantes no excesivamente definidas... Y la única solución posible en la que se vuelca el Estado, ante su expreso y asumido fracaso, es en el continuo endurecimiento de las penas, recortes en los beneficios penitenciarios para su cumplimiento y en obsesionar a la sociedad de que estamos inmersos en una batalla cruenta en la que es exigible el uso de todos los medios legales/ilegales a su alcance para erradicarla, lo que supone un «sacrificio» colectivo.

ral de las posibles vías a seguir» en Estudios de Derecho Penal y Criminología (II), Libro Homenaje a Rodríguez Devesa, 1989, pp. 161 y ss.

(2) Vid. Exposición de motivos a la L.O. 1/88 de 24 de marzo de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, «B.O.E.» de 26 de marzo.

(1) La circunstancia sexta del artículo 27 del Proyecto de 1980 establecía como atenuante «La de haber procedido voluntariamente el cumplible antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción

Es por tanto necesaria y urgente la asunción de soluciones alternativas, y debe llevarse a cabo un esfuerzo de reflexión en diferentes frentes. Uno de ellos, y sin duda el más importante, es el del estudio globalizado de los problemas de la droga, no sólo en los países de demanda —principalmente Europa Occidental, Estados Unidos y Canadá—, sino también en los de oferta —Países Andinos en cuanto a la cocaína y a la zona del Sudeste Asiático en cuanto a los opiáceos—. Ello nos permitiría situar la droga en la perspectiva económica que le corresponde, como un bien de consumo de alta demanda, que en un sistema económico internacional donde impera el libre mercado, crea su propia oferta y canales de distribución al margen de los oficiales, que le son vedados.

Es en este esfuerzo donde debemos enmarcar el estudio del Prof. Bustos que ahora recensionamos.

Comienza con unas reflexiones que nos permiten situar el fenómeno de la coca-cocaína en el marco histórico y cultural en el que se va a desarrollar: desde su carácter divino-mitológico, a factor de cohesión social, y finalmente como elemento de circulación vinculado a la explotación de que fue objeto el indígena para la extracción de minerales por parte de los españoles.

Para un encuadre contemporáneo, se reflejan y analizan los aspectos socio-políticos y económicos en los que se desenvuelve la plantación y fabricación de coca, y la transformación y comercialización de la cocaína en esta zona andina, matizando las características propias y diferenciales de Bolivia, Perú y Colombia como productores, y de Argentina y Chile como países de tránsito, respectivamente.

La situación boliviana se desarrolla en los parámetros sociales de existencia de unas organizaciones sindicales agrarias fuertes, para las que la producción de coca se concibe, más que como producción tradicional, como una actividad agraria importante. Perú y Colombia comparten, sin embargo el ambiente de violencia que se mueve alrededor de la misma; en Perú mucho más matizadamente pues la vinculación del narcotráfico con la guerrilla de Sendero Luminoso es más una excusa por parte del Gobierno peruano, en su lucha total en el Alto de Huallaga, que una real relación entre ambas, que sólo se produce desde un punto de vista táctico, para asegurarse, por parte de los senderistas, un apoyo popular para el territorio donde se desenvuelve su lucha política.

En Colombia, por el contrario, la violencia no tiene una raíz política reivindicativa, sino unida a fenómenos mafiosos anteriores a la problemática de la cocaína, y que han aprovechado ésta no sólo en cuanto a la plantación y producción de la coca, sino al más lucrativo de fabricación y posterior distribución al exterior, lo que ha supuesto una implicación en el fenómeno del narcotráfico en este país al campesinado y a una gran cantidad de trabajadores del sector terciario que hacen posible el verdadero «proceso industrial» y de «exportación» en que dicha actividad se ha convertido.

Todo ello hace que se asuma, para el planteamiento económico general de estos países, una vertiente francamente beneficiosa, al ser «válvula de escape insustituible frente a la fuerte crisis económica», como forma de ingreso para el pago de la deuda externa y reequilibradora de la balanza de pagos, y como reactivador general de la economía, por el impacto de las inversiones en que se traducen dichos benefi-

cios (págs. 33 y 34). Desde esta perspectiva una solución global e internacionalizada del tráfico de drogas debe pasar por los efectos de contrarrestar y neutralizar las grandes ventajas que desde un punto de vista micro y macrosocial se está produciendo en los países productores.

Un tercer aspecto, que señala el Prof. Bustos, de la política-criminal de la droga en esta zona del mundo, lo representan las respectivas formas de reacción frente a esa problemática, y que, sigue afirmando el autor (págs. 41 a 53), se han caracterizado por: a) La creación de organismos superiores administrativos centralizadores de la lucha multidisciplinar que se pretende llevar a cabo y cuyo intento es dotar de una mayor eficacia a los recursos a ellos destinados. b) La política de prevención, encaminada tanto a la demanda interna (de escasa importancia y más ligada a su uso tradicional y social que al abuso de que es parte en los países de economías capitalistas avanzadas, y que no hacen sino encubrir un mimetismo en la lucha contra la droga alejada de posiciones reales frente al problema del consumo de drogas que en esos países lo representan las drogas legales —el alcohol, los fármacos o los inhalantes en los menores de edad—) como al control de la oferta, problema, éste, más acuciante y hacia cuya resolución se ven presionados por la comunidad internacional, para lo cual se intenta sustituir las plantaciones de coca por otras y su destrucción. Y c) La política de tratamiento de toxicómanos que aparece como simbólica por el escaso impacto social del consumo de este tipo de drogas, y por los también escasos recursos que a la misma se destinan.

El estudio más detallado por el autor se centra en el análisis de la legislación antidrogas y a las medidas ejecutivas —policiales y militares— que en tal sentido se toman. Así, se hace referencia a las figuras básicas tipificadas por las diferentes legislaciones, tales como el cultivo de las plantas destinadas a la producción de drogas, la producción de estupefacientes, su tráfico y tenencia; sin olvidar otras figuras como las relacionadas con los precursores, las asociaciones ilícitas...

Lugar destacado merecen, por su carácter extrapolable a la dogmática de los países consumidores, los comentarios que el Prof. Bustos Ramírez hace en torno al bien jurídico protegido. Se realiza una crítica superadora de los viejos intereses «confesadamente» protegidos como eran la Salud Pública, la economía nacional, el monopolio estatal sobre la industria del narcotráfico —estos últimos de fundamental importancia por la magnitud socio-económica de este fenómeno en los países andinos— e incluso el nivel de prestación asistencial por parte de los Estados. Unos porque se contradicen con la expresa regulación y otros porque la ilegitimidad de los mismos, respecto a legislaciones que intentan poner como centro de la convivencia de la libertad de la persona y la dignidad humana, es palmaria.

Ello hace destacar al autor que en estos países saltan a un primer plano funciones no declaradas, moralizadoras, que se ven instrumentadas a través de otras de carácter económico «en especial ajenas a los intereses de esos países» (página 103).

Cabe igualmente destacar, añadiendo a las ya expuestas por el autor, una finalidad latente que permite en algunos de estos países, sumidos en fenómenos de violencia política revolucionaria, relacionar ambos problemas, lo que daría lugar

a la denominada «narcoguerrilla», y hacer que, bajo el subterfugio de militarización de la lucha contra la droga, se encubran, frente a la comunidad internacional, repetidas violaciones de los Derechos Humanos en su lucha contra la disidencia política.

El estudio concluye con unas consideraciones generales sobre los modelos político-criminales aplicados, analizando su desarrollo desde las posturas internacionalistas, donde se reproducen sistemas legislativos importados de los países de los que se depende económicamente, y que todavía hoy se mantiene en muchos casos. Asumiendo otras de carácter médico-social en una función de lucha por la Salud Pública, y el etiquetamiento del toxicómano como un enfermo y la droga como una plaga que se transmite por el efecto psicológico del contagio. Esto permitiría la introducción de medidas de seguridad pre y postdelictuales. O las de carácter económico por el «negativo» impacto que se producen, más que en el interior de los mismos, en los países de demanda de los que dependen industrialmente. Hasta el modelo actual de Seguridad Nacional, donde implicándose al ejército, se sitúa la reacción ante «la guerra interna», la guerra contra los propios ciudadanos, en una «guerra sucia» (pág. 120).

En el marco de esta guerra se elevarían, según afirma el autor, una serie de impedimentos que evitan su posible victoria final: a) La propia debilidad de los estados afectados tanto desde un punto de vista económico, como político y de estabilidad social. b) En que el uso de la violencia estatal no hace sino reproducirse en todo el ámbito social con la creación, junto a la desvertebración de la sociedad, de diferentes focos de poder violento. Y c) Porque ante esta impopular guerra, que implica la militarización de la sociedad, no se ataca el problema de fondo que es la propia producción de coca, su transformación y la demanda, problema este último que ni siquiera viene del interior de los mismos.

Ante tal perspectiva el Prof. Bustos apuesta por una «Alternativa a la guerra», que ha de basarse en la prevención y el tratamiento, pero fuera del ámbito de lo que es la Política-criminal, y encuadrado en «las funciones y deberes sociales, educativos y de salud de los estados» (pág. 139). Situándose el autor, y compartiendo por tanto esta opinión con el Prof. Baratta, en el compromiso por el desarrollo de unas condiciones que sean capaces de liberar al individuo de las necesidades reales de la droga, creando para ello el proyecto de una realidad. Dicha labor está fuera del alcance de los Países Andinos ya que tal ha de desarrollarse en las sociedades en las que se crea esa «necesidad» de consumo.

Coherentemente con ello, y profundizando en las líneas marcadas por el autor, en lo que afecta a los países productores y de tránsito, la alternativa pasa por la neutralización de los beneficios económicos que la droga aporta, con importantes ayudas económicas que permitan a esta zona salir de la situación económica en que se ven inmersas. Y, sin duda, en tales planteamientos, podemos concluir, poco o nada tiene que decir el Derecho Penal.

CALDERON SUSIN, Eduardo; «Arrepentimiento espontáneo. (Estudio del artículo 9.º del Código Penal)». Edt. Edersa. Madrid, 1990, 355 págs.

«La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción» constituye la circunstancia atenuante novena del artículo nueve. La peculiaridad fundamental de esta circunstancia, en comparación con el resto de las que conforman el catálogo de atenuantes, reside en el dato cronológico de tratarse de un comportamiento *postdelictum*, resultando por ello más que dudoso que su efecto paliativo de la pena se deba a una merma del injusto o de la culpabilidad del hecho. Pero no sólo la fundamentación material de esta atenuante resulta controvertida. Su conveniencia político-criminal, su localización sistemática, la interpretación de los términos de la actual regulación, las posibles propuestas de *lege ferenda*, etc., constituyen temas de reflexión lo suficientemente atractivos como para justificar la monografía del Dr. Calderón Susin, objeto de esta recensión y que fundamentalmente coincide con su tesis doctoral.

Lo primero que llama la atención de este libro es que su autor rebasa el planteamiento puramente jurídico del tema para bucear en la apasionante vertiente psicológica del arrepentimiento, obsequiando al lector con cuestiones tan sugestivas como la del arrepentimiento en la cultura judeo-cristiana, en el psicoanálisis o en la literatura (capítulo primero). A este primer capítulo le sigue, dentro ya de lo usual en los trabajos monográficos, un segundo dedicado al estudio iuscomparativo del tema. Su interés reside en que no se limita el autor a dar noticia de las diferentes regulaciones del comportamiento postdelictivo en los Códigos Penales extranjeros, sino que utilizando el método iuscomparativista nos muestra los diferentes modelos en los que se puede plasmar la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, siendo la adopción de uno y otro resultado de la tensión entre las garantías derivadas del principio de legalidad, por un lado, y el arbitrio judicial, por otro. Tampoco podía faltar un análisis de la evolución histórica de la atenuante. A ésta se dedica el capítulo tercero.

Será en el cuarto y último capítulo donde, bajo la rúbrica «Dogmática y crítica de la fórmula vigente», se aborde el problema jurídico-material del arrepentimiento espontáneo. No se nos alcanza un aspecto controvertido del mismo que quede sin plantear: sus requisitos objetivos, subjetivos y cronológicos, su relación con la atenuante analógica, los problemas de su aplicación como muy cualificada, la compatibilidad con las demás circunstancias, etc.; todos ellos son objeto de atención. Ahora bien, si hubiera que destacar una cualidad del libro no dudaría en alabar la exhaustividad con que el autor recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Sin embargo, exhaustivo también puede ser un estudio acrítico y deslabazado; mas no es éste en absoluto el caso, llevando a cabo Calderón Susin una admirable labor de sistematización así como un pormenorizado enjuiciamiento crítico de las posturas jurisprudenciales, siendo ya por ello este libro recomendable. No obstante, es apreciable una clara preponderancia de la vertiente jurisprudencial sobre el planteamiento dogmático o doctrinal, preponderancia que podría generar

una cierta insatisfacción en el teórico del Derecho penal. En este sentido el libro acrecentaría su valor, por ejemplo, con un tratamiento más detallado de un aspecto tan crucial, por sus implicaciones no sólo dogmáticas, sino también prácticas, como el del fundamento de la atenuante. Por la mencionada trascendencia permítaseme detenerme en este punto.

Acerca del fundamento de la atenuante de arrepentimiento espontáneo el doctor Calderón Susin asume eclécticamente las posturas mantenidas por nuestra actual doctrina. Por una parte justificarían la existencia de esta circunstancia «razones político-criminales de pura utilidad o pragmáticas, en pro de facilitar o fomentar la reparación del daño y la persecución judicial», tratándose con dicha atenuante de estimular el surgimiento de la voluntad tendente a la restauración del orden jurídico (pág. 259). Ello no impide que además «la atenuación correspondiente se explicara por la menor necesidad de pena desde las exigencias preventivo-generales, entendidas no ya al modo tradicional de efecto intimidatorio de la pena, sino en sus más modernas concepciones, de forma positiva, pedagógica e integradora de la sanción...; y es que con la voluntad de restaurar el orden que perturbó, exteriorizada por medio de actos reparadores o mediante la confesión, el culpable, afirma la conciencia social de la norma y confirma su vigencia, de tal manera que la colectividad... considera que es suficiente una pena atenuada, más benigna, precisamente por el sometimiento al derecho que el culpable demuestra con su actividad reparadora o con el expreso reconocimiento de su culpabilidad, rindiéndose a las consecuencias jurídico-penales de su hecho injusto» (págs. 260-261). Asimismo, desde la óptica de la prevención especial resulta, según el autor, indiscutible la disminución de la necesidad de pena debido a la menor peligrosidad manifestada por el autor con su arrepentimiento (pág. 261).

Por lo que respecta a la fundamentación utilitarista de la atenuante novena, fundamentación que podríamos convenir en denominar «explicación político-criminal» o «del estímulo», llama la atención que dicha explicación sea asumida como libre de imperfecciones cuando en un fenómeno de similitudes esenciales, como es el del desistimiento en la tentativa y en la frustración, la misma fundamentación —en este caso de la impunidad— ha sido sometida, a mi juicio en buena medida injustificadamente, a una debastadora crítica. Razones de utilidad —se afirma también en este ámbito— justifican la impunidad del desistimiento eficaz: si lo que el Derecho penal pretende es evitar la lesión del bien jurídico, tiene sentido estimular al autor con la impunidad para que, a pesar de haber iniciado los actos ejecutivos, no lleve a efecto la lesión. Las críticas a esta explicación son numerosas y en su mayoría perfectamente trasladables a la explicación político-criminal del efecto paliativo de la atenuante novena. Así se argumenta que la mencionada justificación está basada en una falsa concepción del hombre, dado que el delincuente que desiste o que lleva a cabo alguna de las conductas descritas en el artículo 9, 9.ª, lo hará por muy diversos motivos pero en muy contadas ocasiones estimulado por el beneficio jurídico-penal que nuestro Código conecta a su comportamiento. A esta crítica cabría añadir que la comentada explicación podría desembocar en la siguiente paradoja: cuando la atenuante novena consigue su fin: el servir de estímulo para «facilitar o fomentar

la reparación del daño y la persecución judicial» difícilmente podría apreciarse entonces la mencionada atenuante, por resultar los móviles «utilitaristas» incompatibles con el requisito subjetivo de proceder «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», se entienda este requisito moral, ética o jurídicamente. También se le critica a la teoría político-criminal el utilizar como a un delincuente «ilustrado» conocedor —trasladando el argumento— de la existencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo y de sus efectos mitigadores de la sanción penal. Si éste fuera —se añade— realmente el prototipo de delincuente, con el beneficio de la atenuación se correría el peligro de obtener unos resultados contrapuestos a los pretendidos: al delincuente calculador podría impulsarle a cometer el delito deseado el saber que, por ejemplo, la posterior colaboración con las autoridades conllevará una aminoración de la pena. Pero sobre todo, ¿cómo compaginar la explicación utilitarista de esta atenuante con la exigencia de proceder por impulsos de arrepentimiento espontáneo? Estas críticas resultarán acertadas o fácilmente rebatibles, pero no conviene en absoluto que sean ignoradas.

Por lo que se refiere a la explicación del arrepentimiento espontáneo desde la óptica de la prevención general positiva o de integración, tan sólo poner de manifiesto que la ductilidad de este tipo de argumentos les incapacita como prueba de la corrección de una determinada postura. Apelando a hechos tan inconstatables como el de si la colectividad considera o no suficiente una pena más benigna en el caso de arrepentimiento espontáneo, se puede argumentar cualquier postura: la previamente adoptada como conveniente.

También entiende el Dr. Calderón Susin que «la atenuante de arrepentimiento espontáneo tiene su razón de ser en la menor peligrosidad que denota el delincuente, al demostrar su capacidad de reintegrarse en la comunidad jurídica» (pág. 261). Sin embargo esta fundamentación mal se compagina con la formulación que de *lege ferenda* propone al final de su libro (pág. 321), desdoblando la atenuante en dos:

«a) La de haberse esforzado seriamente (jurídicamente) el culpable, antes del juicio (o de la apertura de las sesiones del juicio oral), en reparar o disminuir los efectos del hecho (punible) o en dar satisfacción al ofendido.

b) La de haberse puesto el culpable a disposición de la autoridad confesando su infracción, inmediatamente después de cometida, o cuando se desconociera su intervención, o resultare difícil aprehenderle.»

Nótese la ausencia es esta formulación de cualquier requisito subjetivo. Ello resulta incoherente con la utilizada explicación preventivo-especial de la atenuante analizada, pues habría que apreciarla siempre que el sujeto verificara alguno de los comportamientos descritos y ello incluso aunque la conducta postdelictiva no responda a un sentimiento de rechazo hacia el mal inferido, a un deseo de retorno a la legalidad o a cualquier otra motivación positivamente valorable; habría que atenuar la pena en supuestos en los que, por ejemplo, la confesión se deba a la total indiferencia del sujeto ante su futuro o incluso cuando la conducta subsiguiente al delito fue previamente planeada por el culpable, supuestos éstos en los que absolutamente nada indica la mayor capacidad del sujeto para reintegrarse en la comunidad jurídica.

Una vía intermedia, entre la actual exigencia de haber obrado «por impulsos de arrepentimiento espontáneo» y la omisión de cualquier requisito subjetivo, es la adoptada por el Anteproyecto de Código Penal de 1992. Este consagra como atenuante quinta del artículo 20 «La de haber procedido voluntariamente el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción». Calderón Susin por razones obvias —el Anteproyecto ha sido dado a conocer con posterioridad a la publicación de su libro— no analiza la redacción transcrita, aunque sí examina las propuestas al respecto del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, que coinciden básicamente con la del Anteproyecto de 1992 (1). Como reconoce el autor del libro (pág. 212), si este intento legislativo no se frustra de nuevo, los problemas interpretativos de la atenuante se centrarán en el adverbio «voluntariamente». Permítaseme, por ello, detenerme en esta cuestión.

El reemplazo de «impulsos de arrepentimiento espontáneo» por «voluntariamente» resulta a todas luces plausible por suponer, como afirma Calderón Susin, un freno a la interpretación restrictiva de los términos «arrepentimiento espontáneo», consistente en «dotar a uno de una significación ético-religiosa y al entender por espontáneo lo exento de cualquier influencia externa» (pág. 216), tal y como lo hacía una antigua corriente jurisprudencial. Al intérprete de la ley le incumbirá entonces decidir qué ha de entenderse por voluntario. Por ello resulta conveniente advertir del peligro de que en esta sede se reproduzca, en términos equivalentes, la polémica surgida en la interpretación de la voluntariedad del desistimiento en las formas imperfectas de ejecución. No se trata, como opina el autor del libro, de una discusión intransferible por tratarse el desistimiento y la atenuante de arrepentimiento de temas muy diversos; más bien, al contrario, las similitudes entre ambos me parecen esenciales. El peligro al que aludía reside en que en el ámbito de la atenuante alcancen las teorías valorativas sobre la voluntariedad el mismo auge que han adquirido en sede del desistimiento. Recordemos la polémica.

Dos teorías pugnan en la interpretación de la voluntariedad del desistimiento: las «teorías psicológicas» y las «teorías valorativas». Las primeras parten de la fórmula de Frank: El desistimiento será voluntario si el sujeto puede llegar a la consumación pero no quiere; será involuntario si, a pesar del querer, no le es posible. Las teorías valorativas son aquellas que, a la hora de dilucidar la voluntariedad del desistimiento, conceden un papel fundamental a los motivos que impulsaron al sujeto a no consumir el delito. Así, por ejemplo, para Bockelmann no puede prescindirse en el enjuiciamiento de la voluntariedad de los motivos del desistimiento, los

al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción», texto éste reproducido en el artículo 23.5 de la Propuesta de Anteproyecto.

(2) Bockelmann, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, en: Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957, pág. 183.

(3) Criterio éste expuesto y defendido en su artículo Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, en Festschrift für Heinitz, Berlin, 1972, pp. 251 y ss.

cuales han de ser enjuiciados desde la perspectiva de la “moral esotérica del Derecho” (2). Para Roxin lo determinante es que el desistimiento aparezca, desde la perspectiva del operar delictivo, desde la lógica del criminal, como irracional o inexplicable (3). En nuestro país una idea similar es la adoptada por Mir Puig, que entiende la voluntariedad «en el sentido estricto de deseo de “retornar a la legalidad” por “propio” convencimiento del sujeto —aunque sea por el convencimiento de que no es útil correr el riesgo de ser castigado—, sin que baste una decisión oportunista de abandonar la ejecución ante un cambio de circunstancias exteriores que hace que deje de “interesarle” según su plan» (4). También entre los autores españoles Muñoz Conde mantiene una tesis calificable de valorativa pues, aunque no desdeña la vertiente psicológica del problema, considera necesaria la valoración de la voluntariedad. Según este autor, para que el desistimiento merezca la impunidad ha de aparecer «como un buen ejemplo que anule la mala impresión causada en la comunidad por la anterior conducta —prevención especial—. De aquí se deduce que la valoración del proceso psicológico, de las motivaciones, debe llevarse a cabo conforme a puntos de vista preventivos» (5).

Pues bien, las teorías valorativas en bloque, y con independencia de sus múltiples y particulares formulaciones, me parecen rechazables y ello por lesionar abiertamente el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la Constitución Española, en cuanto que con ellas se restringe injustificadamente el ámbito de aplicación de una causa de impunidad o, lo que es lo mismo, se amplían, también injustificadamente, las posibilidades de castigo, al exigir para la impunidad por desistimiento algo a lo que la ley para nada alude: unos motivos a valorar positivamente desde una óptica normativa.

Esta vulneración del principio de legalidad por las teorías valorativas es algo a lo que, aunque parece evidente, no se suele aludir. Sí lo hace excepcionalmente Mir Puig, que constata el obstáculo que supone para estas teorías el tener que superar la letra de la ley que concede impunidad a todo desistimiento «propio y voluntario». Por ello «tal restricción deberá considerarse prohibida por el principio de legalidad si se entiende como una forma de ampliación analógica de lo punible (permitiendo castigar supuestos en que concurre desistimiento voluntario por analogía con los que no lo son) y sólo podrá admitirse si se fundamenta como resultado de la interpretación restrictiva del término «voluntario» (6). Mir Puig parece entender que esto último es lo que de hecho sucede pues, como hemos visto, en la

(4) MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1990, pág. 381.

(5) MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito. Barcelona, 1973, pág. 101. Esta conexión entre voluntariedad e innecesariedad de la pena es recogida por Octavio DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO (Derecho Penal. Parte General, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1985, pp. 192-193). También GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*. Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1984, pp. 267-269).

(6) MIR PUIG, *op. cit.* pág. 382.

(7) Cfr. LARENZ, Metodología de la Ciencia Jurídica, Traducción de Enrique Bimbernat. Barcelona, 1966, pág. 256.

(8) LARENZ, *op. cit.*, pág. 256.

tesis por él mantenida se concede relevancia a la vertiente valorativa de los motivos del sujeto.

Mi opinión al respecto es la contraria. Aunque fuera admisible en Derecho penal una interpretación extensiva, el entender el término «voluntario» como lo hacen las teorías valorativas desborda con mucho las fronteras de la interpretación. Esta ha de tener por límite el tenor literal del precepto, es decir, la totalidad de los significados que el lenguaje general atribuye a una expresión o término (7). Cuando se rebasa dicho límite ya no se está interpretando, sino «inventando» Derecho; se trataría, en expresión de Larenz, de una «formulación modificativa del Derecho» (8), que al ser en este caso claramente contraria al reo debe proscribirse sin timidez (9). Para demostrar que el tenor literal del término voluntario es desbordado por las teorías valorativas no es necesario buscar una especial justificación. Basta acudir al diccionario. De los múltiples significados que al término voluntad se le atribuyen, ninguno de ellos alude a los motivos. Resultaría, pues, contrario al lenguaje corriente decir que un sujeto que, sin estar físicamente ni psíquicamente coaccionado, abandona libremente la consumación de un delito no desiste voluntariamente tan sólo porque su desistimiento no puede interpretarse como un retorno a la legalidad, o porque la prevención especial aconseje el castigo, o porque haya obrado por móviles interesados o éticamente disvaliosos. Quizá las teorías valorativas proporcionen resultados más satisfactorios desde una óptica político-criminal, pero mientras el Código penal hable de desistimiento voluntario y no de desistimiento desinteresado, altruista, o motivado por el deseo de volver a la legalidad, la exigencia de estos u otros móviles como requisito para admitir la impunidad por desistimiento debe rechazarse por lesionar frontalmente el principio de legalidad.

Por todo lo expuesto resulta tranquilizadora y plausible la postura adoptada por el Dr. Calderón Susin en la interpretación del advverbio «voluntariamente» utilizado en las propuestas legislativas, pronunciándose claramente este autor por la irrelevancia de los móviles o motivos: «En último extremo, jurídicamente, con independencia del móvil, se valorará de modo positivo el comportamiento en una de las direcciones legalmente previstas, siempre que el sujeto no se vea forzado a hacerlo así, en el sentido de que hubiera tenido una razonable posibilidad de no efectuarlo, incluso cuando con el plan global del autor estuviera previamente pensado el comportamiento subsiguiente al hecho delictivo, una interpretación *pro libertate*, lo impone, al igual que también lleva a mantener que deberá probarse, y no a expensas del culpable, que existió compulsión, para negar la mitigación de la pena» (página 215). Esta interpretación, repito, me parece totalmente acertada; no obstante, permanece abierto el interrogante, anteriormente apuntado, de cómo compaginar esta

(9) Correctamente, aunque con cierta «timidez», SAIZ CANTERO cuando afirma que, dala la redacción del artículo 3, «cualquier criterio que restrinja el ámbito de eficacia existente de la voluntariedad puede significar una extensión del área de lo punible en contra del reo». (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 796).

amplia comprensión del término voluntario con el fundamento preventivo general y preventivo especial con el que Calderón Susin trataba de justificar el efecto mitigador de la pena de la atenuante novena.

Probablemente con estos comentarios se hayan traspasado los límites tradicionales de una recensión. Ello, sin embargo, no demuestra sino otra de las virtudes del libro comentado: el de conseguir incitar la reflexión y la polémica.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

CUERDA RIEZU, Antonio: «El concurso de delitos y determinación de la pena». Ed. Tecnos. Madrid, 1992, 285 páginas.

Objeto del presente libro lo constituye el análisis e interpretación de las reglas de determinación de la pena en materia concursal, es decir, una de las materias más áridas y confusas de la Parte General del Derecho penal y, sin embargo, de continua aplicación por los Tribunales. Por ello la labor de esclarecimiento llevada a cabo por el Prof. Cuerda Riezu supone una inapreciable ayuda no sólo para los teóricos y docentes del Derecho penal, sino también para los operadores jurídicos. Pero la importancia de este libro va más allá, puesto que su autor no se limita a analizar e interpretar. El profundo estudio de estas reglas penológicas permite al autor no sólo valorarlas, poniendo de manifiesto sus deficiencias y virtudes, sino además elaborar interesantes propuestas de *lege ferenda*, lo que acrecienta significativamente el valor de la obra recensionada, teniendo en cuenta el momento actual de reforma del Derecho penal que nuestro país atraviesa. Todo ello explica que esta obra haya recibido el Premio a la Investigación del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona en su edición de 1991.

La densidad del libro —en cada una de sus páginas se interpreta, se cuestiona, se pondera o propone, sin resultar ni una de ellas gratuita— dificulta el resumen de su contenido. Por la circunstancia coyuntural de haberse publicado recientemente el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, he optado por conceder prioridad en esta recensión a la crítica a la que el autor somete a la regulación vigente, así como a sus propuestas de *lege ferenda*.

a) El libro comienza con un análisis del principio de acumulación, recogido en los artículos 69, en la regla primera del artículo 70 y en el párrafo tercero del 71 del Código Penal, consistente en la imposición de todas y cada una de las penas que corresponden a las infracciones cometidas. A la hora de valorar este principio no duda el autor en declarar categóricamente su inconstitucionalidad en lo que afecta a las penas privativas de libertad y ello por contrariar el artículo 25, 2 de la Constitución Española, pues «por mucho que el juez determine las penas individuales de cada hecho delictivo en una dirección preventivo-especial, la suma de todas ellas hará perder todo su sentido a las consideraciones preventivo-especiales,

que sólo serían válidas si se tuvieran en cuenta los efectos globales de todas las sanciones para la vida del delincuente; pero precisamente esta estimación global resulta impedida por el principio de acumulación» (págs. 37-38). Por otra parte, cuando no concurren los presupuestos para la aplicación de los límites establecidos en el artículo 70-2.^a (el máximum de cumplimiento de la condena no puede exceder del triplo del tiempo por el que se impusiera la pena más grave y en ningún caso exceder de treinta años), el principio de acumulación podría suponer de hecho sanciones desconocidas en nuestro ordenamiento, como por ejemplo la cadena perpetua o la confiscación de todos los bienes del sujeto (págs. 40, 42), explicando la dureza de este principio, además, la propensión judicial a la benignidad en la determinación de las penas individuales. Por todo ello, para el Prof. Cuerda, las desventajas de este principio priman sobre sus posibles virtudes, no teniendo ningún reparo en abogar por su desaparición (págs. 56-57), puesto que «si de manera indirecta se propugna por la doctrina y jurisprudencia el retorno a la acumulación en algún caso concreto, ello se debe a que otras reglas concursales son o demasiado benévolas o totalmente aleatorias. Parece más lógica la reforma de éstas que un renacimiento del sistema acumulativo» (pág. 272), propugnando su *lege ferenda* un sistema de exasperación obligatoria —superar por arriba el marco de la pena más grave— en el que el número y entidad de los delitos concurrentes determinaría el grado de la exasperación (página 273).

No obstante, entiende el autor que al principio de acumulación abierta debería reservársele la función —que hecho hoy en día desempeña— de servir como límite máximo de cualquier consecuencia jurídica concursal. En este sentido el párrafo tercero del artículo 71 le merece una opinión positiva al consagrar, para el concurso ideal y medial, la acumulación como régimen jurídico subsidiario. Ello significa que un concurso ideal jamás podrá ser castigado con mayor dureza que si de un concurso real se tratase, si bien es posible un tratamiento equivalente de ambos, lo que debería evitarse dado que «el concurso ideal por razón de su inferior contenido de injusto debe merecer en todo caso una sanción menor que el concurso real» (págs. 42 y ss.).

La única virtud del principio de acumulación: «impedir que se afiance el postulado de que “es mejor cometer delitos al por mayor que en pequeñas dosis”» (páginas 42-43, 57) se ve entorpecida por los límites establecido en el artículo 70: «No obstante lo dispuesto en la regla anterior (sic. acumulación sucesiva) el máximum de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximum de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años».

b) Estos correctivos penológicos de la regla segunda del artículo 70, objeto del capítulo segundo (págs. 60-96), le merecen al autor una opinión negativa. Aunque quizá surgieran con el fin de impedir que sanciones por infracciones de pequeña entidad pudieran dar lugar cumulativamente a consecuencias más graves que las que conllevaría la comisión de un delito de mayor entidad, esta idea se desvanece al

comprobar los efectos de su aplicación. No se ve razón de justicia material alguna por la que los mencionados límites sólo operen cuando el concurso real genera una acumulación sucesiva de las sanciones, no corrigiendo la acumulación simultánea, ni aplicándose cuando las infracciones no pudieran ser enjuiciadas en un mismo proceso, mostrándose con ello incapaces de subsanar el defecto del principio de acumulación consistente en la creación de hecho de sanciones desconocidas por nuestro ordenamiento.

Por otra parte, estos correctivos «pueden provocar el efecto de imponer “fracciones” de penas, invalidándose así las consideraciones preventivas que se hayan podido tener en cuenta para la determinación completa de la pena» (pág. 95). Pero todavía hay más. Puede constatarse que el límite temporal del triplo de la pena más grave resulta más beneficioso cuando las sanciones individuales a acumular poseen la misma gravedad: «cuando las sanciones son de la misma gravedad, a partir de la cuarta en adelante, se va a producir la extinción con absoluta independencia del número global de las penas individuales que correspondan». «Pero en los supuestos en que las sanciones son de distinta gravedad, hay que atender a la pena individual más grave para poder determinar su triplo, con lo que es posible que queden impunes muchos menos delitos que en el caso anterior» (páginas 92-93).

De todo lo expuesto deduce el Profesor Cuerda que estos límites en modo alguno se justifican con razones de justicia material, siendo las consecuencias que generan claramente arbitrarias. La valoración es, pues, inequívocamente negativa; la propuesta, tajante: la desaparición del sistema de acumulación: «Si los límites no suponen sino una acumulación mitigada en algunos casos, y aun incorrecta, más vale atacar el mal por su raíz» (pág. 96).

c) El capítulo tercero comienza con un análisis del principio de «exasperación facultativa» consagrado en la regla primera del artículo 69 bis, párrafo primero, según la cual el responsable de un delito o falta continuados será castigado «con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior».

Tras estudiar detenidamente las fases que han de ser observadas en la aplicación de esta idea, el autor constata que, a pesar de que el principio de acumulación es conceptualmente más gravoso que el de exasperación —éste consiste en escoger la pena individual más grave y superar por arriba su marco legal—, es posible que la pena resultante por un delito continuado sea más severa que la acumulación de las penas de las diferentes infracciones individualmente consideradas. No obstante, incluso de *lege data*, este inconveniente resulta perfectamente soslayable, pues también en el delito continuado el principio de acumulación debe funcionar como límite máximo de cualquier consecuencia jurídica concursal, dado que «dogmáticamente no resulta justificado elevar la pena del responsable de una pluralidad de infracciones más allá de lo que resulta de la acumulación, pues esa pluralidad no es exponente de un mayor injusto ni de una culpabilidad aumentada» (pág. 128).

Por lo que se refiere al segundo inciso del párrafo primero del artículo 69 bis: «Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado», el autor suscita la duda de si esta regla afecta al delito continuado o al delito masa (págs. 128-141). La doctrina, jurisprudencia y Fiscalía General del Estado se han decantado por la primera opción, de tal manera que el delito continuado contendría dos tipos de consecuencias jurídicas: por un lado el régimen de la absorción obligatoria y exasperación facultativa y por otro un régimen especial para las infracciones patrimoniales, en las que habría que imponer la pena en consideración al perjuicio total causado y aplicar posteriormente el régimen general.

A pesar de ser mayoritaria, esta interpretación es tachada por el Prof. Cuerda de insostenible y ello por múltiples razones. Su aplicación daría lugar a una única infracción con una pena también única, lo que convertiría en inaplicable la regla primera del artículo 69 bis que obliga a la elección de la sanción más grave, lo que presupone la existencia de varias penas entre las que poder comparar y elegir. En segundo lugar, porque tras la Reforma de 1983 la cuantía de lo robado, hurtado, sustraído, etc., deja de jugar el papel primordial que desempeñaba en la situación jurídica anterior. El tercer argumento esgrimido por el autor consiste en que, con la interpretación criticada, se estaría estableciendo un doble sistema de punición para el delito continuado, dependiendo de si las infracciones son patrimoniales o de si carecen de esta naturaleza, no existiendo ninguna razón que justifique por qué se otorga al resultado un papel preeminente en los primeros casos y secundario en los segundos. Por último, el sistema propuesto por la interpretación mayoritaria posibilitaría el efecto de «salto de tipo», pudiéndose convertir, por ejemplo, varias faltas patrimoniales en un delito continuado, lo que resulta inadmisibles, entre otras razones por poder conducir a resultados más severos que los obtenidos con la acumulación de las infracciones individualmente consideradas. Estos argumentos permiten al autor afirmar que la regla de atender en las infracciones patrimoniales al total del perjuicio causado no afecta al delito continuado, sino tan sólo al delito masa (páginas 128-141).

El que el autor afirme que es en el delito masa y no en el continuado donde ha de atenderse al perjuicio total causado, para después, por imperativo del tercer inciso del artículo 69 bis, primer párrafo, imponer la pena superior en grado en la extensión que el Tribunal consideraba conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas, no significa que lo considere un sistema idóneo. Muy al contrario lo rechaza por pesar sobre él parte de los inconvenientes arriba señalados. En cuanto a las consecuencias prácticas «la punición de delito masa produce efectos sorprendentes: puede ser más grave que una hipotética acumulación pura sin ningún género de restricción y menos grave que una acumulación mitigada. Lo cual se contradice con el fin que teóricamente persigue el delito masa: soslayar los límites del artículo 70-2.ª para conseguir una condena más elevada» (pág. 151). Por ello el Prof. Cuerda valora la actual regulación del delito masa como totalmente rechazable y propugna su desaparición, afirmando que «lo lógico sería acudir al sistema normal de la absorción, con lo que habría que ele-

gir la más grave de las penas individuales; la pena disponible resultante podría ser después exasperada de forma obligatoria» (pág. 145).

d) El capítulo cuarto está dedicado al principio de absorción, consistente en la imposición de la pena de la infracción más grave de las cometidas. Es el principio consagrado en los artículos 68 y 71, párrafo segundo, si bien en este último rige la absorción agravada, dado que la pena correspondiente a la infracción más grave debe imponerse en su grado máximo.

Por lo que se refiere a la regla del artículo 71.2 —absorción agravada—, desde una óptica valorativa escribe el autor: «Esta agravación de la pena disponible permite tener en cuenta hasta cierto punto las demás penas individuales que se presentan. Pero sólo hasta cierto punto. Puede ser discutible en la actualidad si el concurso ideal debe merecer una pena sólo algo más estricta a la que provocan dos agravantes, pues no es lo mismo una o dos circunstancias, que una infracción completa que concurre ideal o medialmente con otra. Tal vez fuera preferible una absorción obligatoria junto a una exasperación facultativa que no fuera muy elevada» (pág. 274).

En lo tocante al artículo 68, además de describir cómo ha de ejecutarse la regla en él contenida, plantea el autor su relación, compatibilidad o incompatibilidad con algunos preceptos de la Parte Especial del Código Penal que recogen expresiones específicas de carácter concursal (págs. 228-240). El artículo 68 se introdujo en 1944 con la finalidad, en aras de la economía legislativa, de evitar las numerosas referencias concursales de la Parte Especial del Código. A diferencia de un sector doctrinal y jurisprudencial, el autor no se manifiesta contrario a la existencia de estas específicas cláusulas concursales, siempre que cumplan una serie de condiciones que garanticen su eficacia y claridad (págs. 240-242), debiendo coexistir con una disposición de carácter general que resuelva algunos supuestos de concurso de leyes, pues «la solución de dejar este tema en manos de la doctrina y jurisprudencia, puede conducir a “mejores” resultados, pero también puede estar lastrada por fluctuaciones que hacen arriesgada e insegura toda decisión» (pág. 243).

e) Asimismo alude Antonio Cuerda a otras reglas como la de preferencia de la sanción más benigna (págs. 247-253) o al principio de minimización, consistente en descender más allá de la extensión normal de la pena disponible (páginas 254-255).

f) También plantea el autor problemas para cuya solución el Código no ofrece criterio alguno. A la cuestión de si cabe concurso de concursos responde matizadamente, considerándolo factible tan sólo cuando los concursos «abrazados» tienen como consecuencia jurídica una pena única, como ocurre en el concurso ideal y medial, pero no cuando se resuelven imponiendo varias penas individuales, como es el caso del concurso real, pues «una constante de las consecuencias jurídicas concursales analizadas es la de que su técnica de ejecución comienza con la determinación de las penas individuales, es decir, las penas que corresponden a las distintas infracciones concurrentes» (págs. 256-259).

En los supuestos de concurso entre un delito privilegiado y uno cualificado ambos *lex specialis* respecto a un tipo básico y no existiendo entre ellos ninguna relación de especialidad, como ocurre, por ejemplo, con el infanticidio con ensañamiento, diseña el autor varias posibles soluciones de *lege ferenda*, inclinándose por la posibilidad que podría expresarse del siguiente modo: «(...) se impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la del delito menos grave. Si la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor entidad en su grado máximo» (pág. 264). Por lo que a la concurrencia entre delitos cualificados se refiere, se centra el autor en el problema que ha dado lugar a tantas discusiones de cómo calificar los supuestos en los que el sujeto activo mata a uno de sus ascendientes, descendientes o cónyuge concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 405, proponiendo que el legislador ponga fin a la discusión mediante el establecimiento de una regla del siguiente tenor: «En el caso de que el hecho constituya además el delito de parricidio, la pena correspondiente al delito de asesinato se impondrá en su grado medio o máximo» (pág. 267). Cuando concurrieren modalidades de un tipo mixto, como por ejemplo la violación de menor de doce años mediando fuerza o intimidación, sugiere que el legislador podría establecer específicamente la agravación dentro del mismo marco penal o bien la exasperación de ese marco (págs. 268-269). Si por el contrario entran en juego dos tipos privilegiados respecto a un mismo tipo básico, sin que entre ellos exista una relación de especialidad, la consecuencia jurídica adecuada sería la «de imponer la pena inmediatamente superior en grado a la del privilegiado menos grave, siempre, claro está, que de esta manera la pena definitiva no sea igual o superior a la del delito más grave» (pág. 270).

Se podrá estar de acuerdo o discrepar de las interpretaciones y propuestas del Prof. Cuerda Riezu, pero todos los lectores de este libro coincidirán de seguro en que se trata de un muy buen trabajo. Por ello sería deseable que el autor complete en breve la investigación iniciada —de la que esta obra es tan sólo parte—, dirigida al estudio de la problemática general de los concursos, obsequiándonos con un libro —al menos— tan riguroso como el recensionado.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

JAEN VALLEJO, Manuel: «Libertad de expresión y delitos contra el honor».
Ed. Colex. Madrid, 1992. 311 páginas.

La actual exacerbación de la libertad de expresión como Derecho Fundamental, y más concretamente de una de sus manifestaciones: la libertad de información, se produce en España fruto de una transición política y social de un régimen totalitario

a otro constitucional, en que era necesario poner las bases, no sólo políticas, sino también sociales y culturales, para asegurar el éxito del nuevo modelo.

Sólo a través de la posibilidad, jurídicamente reconocida y protegida, de creación de una opinión pública en libertad se podría profundizar en el desarrollo de un estado democrático. Este no es sino la plasmación de un proceso comunicativo entre el poder y la sociedad, que no puede aparecer mediatizado por la intromisión de aquél en el proceso de formación de la voluntad de éste.

Sin duda, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión significa «el reconocimiento y garantía de una institución pública fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático» (S.T.C. 12/1982, de 31 de marzo).

Ello ha motivado que desde los sectores doctrinales más diversos se haya producido una intensa actividad tenderse a la adaptación y adecuación de la legislación vigente al nuevo modelo constitucional de reconocimiento de la libertad de expresión/información en el art. 20 C.E., provocando una gran cantidad de publicaciones sobre el tema (1).

Dentro del ámbito penal, dicho reconocimiento ha sido fundamental en la relación dialéctica que mantiene con otro derecho constitucionalmente reconocido: el honor, el cual se pone igualmente en relación con uno de los principios básicos del sistema democrático: el respeto a la dignidad de la persona. La monografía del profesor Jaen Vallejo dirige sus esfuerzos al análisis de estas tensas relaciones.

La sistemática seguida por el autor implica un primer estudio general de la libertad de expresión (Cap. I), en su reconocimiento en el Derecho comparado y en la Constitución Española, donde realiza un análisis de cuáles son las condiciones que hacen de la libertad de expresión un Derecho Fundamental de posición preferente en el sistema español, de cuál es el sentido de sus límites y de dos de sus manifestaciones más relevantes: el secreto profesional y del derecho de rectificación.

Igualmente dedica un pormenorizado estudio al derecho al honor (Cap. III), centrándolo en el concepto de éste a partir del reconocimiento constitucional en el art. 18 C.E., las posibilidades de su extensión a las personas jurídicas y cuál es su protección en el ámbito civil dentro de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Una primera aproximación a la relación libertad de expresión-derecho al honor la lleva a cabo a partir del análisis de las posiciones del Tribunal Constitucional y

(1) Sólo por citar algunas de las más recientes, destacaremos las obras de BALAGUER CALLEJÓN: *El Derecho fundamental al honor*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992; ESTRADA ALONSO: *El derecho al honor en la L.O. 1/1982*. Ed. Civitas. Madrid, 1989; HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. Colex. Madrid, 1990, o VV.AA.: *Libertad de expresión*. Anuario de 1990 del Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público. Universitat Autònoma de Barcelona. Ed. P.P.U. Barcelona, 1991.

del Tribunal Supremo (Cap. II) (2), para entrar posteriormente a estudiar cuál es la relevancia y ubicación dogmática de la libertad de expresión en los delitos contra el honor (Cap. IV).

Este último es, sin duda, el capítulo que mayor interés puede despertar en el estudioso del Derecho penal, y por ello será al que dedicaremos una mayor atención en esta recensión.

Comienza con una interesante introducción de la situación en el Derecho comparado, y fundamentalmente en el Derecho alemán. Estudio de gran oportunidad por acercarnos a un sistema de referencia en los tiempos de reforma penal en el que nos vemos inmersos, tanto en cuanto a la tipificación, siempre problemática de estas conductas, como al de la relevancia de la veracidad en las mismas.

El Prof. Jaén Vallejo realiza, en lo que podemos considerar parte fundamental de su monografía, un recorrido por las diferentes soluciones dadas al conflicto libertad de expresión-derecho al honor en el Derecho Penal español, desde la vía del «*animus iniuriandi*»; a la propuesta por Bergugo Gómez de la Torre, a través del marco dogmático de los elementos negativos del tipo y la de la adecuación social, para finalmente asumir la solución, cada vez más mayoritaria en la doctrina, de resolución en el marco de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 8.11): el de la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.).

Esto supone un recorrido crítico por la totalidad de las soluciones hasta ahora propuestas por la doctrina española, si bien faltaría la solución, ciertamente minoritaria y apenas apuntada, que sugiere la profesora Asúa Batarrita, que ubica el conflicto como un problema de imputación objetiva (3) en tanto que sólo la ausencia de todos los requisitos para el ejercicio de la libertad de información supondrían la presencia de un riesgo no permitido que posibilitara afirmar la tipicidad de la conducta.

La vía del *animus* fue la solución dogmática preferida por la doctrina para la resolución de estos supuestos. Solución a la que se veía abocada por la inexistencia, antes de la C.E., de un artículo como el 20.1, que permitiera afirmar la presencia del ejercicio de un derecho (art. 8.11 C.P.). Sin embargo, han sido señaladas acertadas críticas al mismo provenientes tanto de los problemas dogmáticos, político-criminales como procesales que presenta.

Desde perspectivas dogmáticas, hoy no puede considerarse que sea unánime la exigencia del *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo del injusto del delito de injurias distinto del dolo. Posición a la que se suma el autor de este libro (pág. 293). Igualmente como ya señalara el Prof. García Pablos la mera subjetividad no es un lugar apto para la resolución de enfrentamiento entre Dere-

(2) Tema sobre el que el autor ya había publicado un artículo titulado: «La relación entre la libertad de expresión y derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. (Homenaje a Sainz Cantero, I), núm. 12, de 1987. Granada, 1989, págs. 175 y ss.

(3) ASUA BATARRITA: *La tutela jurídica del honor. Consideraciones político-criminales en relación a la L.O. 1/1982*, en Estudios Penales (Libro-homenaje a Fernández Albor). Ed. Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1989, págs. 28-9.

chos Fundamentales (4), postura que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional (S.T.C. 107/88, de 8 de junio), y sobre todo por la indiferenciación y confusión que se produce con esta solución en las funciones asignadas a cada una de las categorías del delito: la tipicidad como comprobación de la lesión de un bien jurídico indiciariamente antijurídica, y la antijuridicidad como la comprobación de la no adecuación de la misma al Ordenamiento jurídico penal y general.

No menor suerte corre la solución que desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo expone el Prof. Berdugo Gómez de la Torre (5). La crítica del prof. Jaén Vallejo va dirigida desde un punto de vista doctrinal no tanto a la misma resolución del problema objeto de la monografía, sino más ampliamente a las consecuencias generales que en el marco de la teoría general del delito se producen. Sin embargo, obviando estas consideraciones, las críticas a las sugerentes propuestas del prof. Berdugo Gómez de la Torre, las dirige tanto a las consecuencias del concepto normativo de honor del que parte, que conducen a la inclusión de la falsedad de la imputación en el tipo, como a la exigencia del *animus iniuriandi*. Ello a la postre conduce a la doble valoración de la prueba de veracidad en las injurias, al volverse sobre su análisis en el marco de las causas de justificación; y sobre todo a una doble confrontación de la colisión de derechos entre libertad de expresión y honor: una primera en sede del elemento subjetivo del injusto con la concurrencia de los diferentes *animi* y una segunda en el marco de las causas de justificación.

Una tercera vía de solución es la propugnada por el prof. Morales Prats (6), a través de la adecuación social como característica que excluiría la tipicidad de la conducta. Una primera problemática general que plantea esta propuesta es el de la falta de un consenso doctrinal acerca de este concepto formulado en su momento por Welzel, ya que como indica el autor muestra una «heterogeneidad de los casos

(4) GARCÍA PABLOS Y MOLINA: «La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión» en *Estudios Penales*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984, página 400.

(5) Sobre la misma puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «Honor y libertad de expresión» (las causas de justificación en los delitos contra el honor). Ed. Tecnos. Madrid, 1987; idem: «Delitos contra el honor» en *Documentación Jurídica* (monográfico dedicado a la P.A.N.C.P.), vol. 1, núms. 37/40. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1983, págs. 633 y ss.; idem: «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad» (especial referencia a la problemática jurídico-penal), en A.D.P.C.P., t. XLIV, fasc. II. Ed. Ministerio de Justicia, págs. 339 y ss. y también en VV.AA.: «Libertad de expresión». Anuario de 1990 del Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público. Universitat Autònoma de Barcelona. Ed. P.P.U. Barcelona, 1991, págs. 41 y ss.

(6) Vid. exposición de la misma en MORALES PRATS: «Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero, I), núm. 12, 1987. Granada, 1989, págs. 252 y ss.; y en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES: «La intervención del Derecho penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos», en *Poder Judicial*, núm. extraordinario XIII. Ed. C.G.P.J. Madrid, 1990, págs. 65 y ss.

a los que pretende aplicarse, y por la imprecisión y relatividad del mismo concepto de adecuación social, que afecta gravemente a la seguridad jurídica» (págs. 222-3). Nuevamente la exposición crítica se dirige a los problemas de duplicidad de planteamiento del conflicto: una primera en la comprobación de la adecuación social del ejercicio de la libertad de expresión y una posterior en la antijuridicidad, en el ejercicio de un derecho a la que también acota un campo de juego, si bien no demasiado preciso. Esta sería probablemente la más certera objeción al profesor Morales Prats, la confusión de su propuesta hace que finalmente no pueda conocerse muy bien cuál es la comprobación real que deba realizarse en el juicio de adecuación y en el de antijuridicidad.

Por ello parece lo más conveniente, y así lo asume el autor del libro, reconducir la resolución de todos los conflictos al marco del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Ello a su vez exige el análisis de las condiciones o elementos objetivos que deben concurrir para afirmar la presencia de esta causa de justificación, y principalmente el de la veracidad.

La veracidad plantea una doble problemática, la de su relevancia y la de su ubicación. El autor parte para su estudio de dos presupuestos: a) en los delitos contra el honor no se protege la intimidad (pág. 236), y b) el concepto de honor constitucionalmente consagrado es el personal normativo, ya que «nadie puede carecer del respeto que de aquélla (sic. la dignidad personal) dimana, salvo que el comportamiento del afectado le quite el carácter ofensivo a la afirmación contra él dirigida, porque en tal caso el afectado, en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, habría decidido cometer delitos, o bien realizar la conducta que ha determinado la acción del autor» (pág. 237).

Ello llevaría en coherencia a entender que la falsedad es un elemento objetivo del tipo, conclusión a la que, sin embargo, en prof. Jaén Vallejo dedica varias páginas en rebatir, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

a) De formar parte del tipo el dolo debería alcanzarlo, con lo que en caso de error, tal sería de tipo, e incluso en el caso de ser vencible sería impune. Además, la carga de la prueba la deberá asumir el afectado, «lo que resulta inadmisibles» (página 237).

b) Impediría tomar en consideración el ejercicio de la libertad de información como causa de justificación, ya que ubica la resolución del conflicto en el tipo subjetivo, lo que minimiza el derecho al honor y el propio conflicto.

Siendo consciente el autor de las objeciones que pueden dirigírsele también profundiza en el hecho de que: a) el tipo no describe totalmente la conducta prohibida, con los problemas derivados del principio de legalidad que ello comporta; b) la tipicidad no revelaría aún la lesión del honor (pág. 241), lo que le lleva a afirmar que «la tipicidad no sería indiciaria de la antijuridicidad y, por ello, no se podría afirmar la infracción hasta que no se verifique la no veracidad del hecho imputado al otro» (pág. 242).

Resumiendo: la falsedad es un elemento imprescindible del injusto de estos delitos a partir de la asunción de un concepto normativo de honor, pero la misma no

está ubicada en la tipicidad, con lo que en estos concretos delitos la tipicidad no agota la materia de prohibición, esto es, no supone la lesión del bien jurídico.

¿Cómo es esto posible? La fundamentación es la siguiente: estamos en estos casos ante tipos abiertos o necesitados de complementación, en los que la tipicidad no resulta indiciaria de la antijuricidad. Esta no se afirma sólo a partir de una comprobación negativa —ausencia de causa de justificación—, sino que mantiene un primer escalón de comprobación positiva, lugar en el que habrá de verificarse la falsedad o no de la imputación y por tanto, ahora sí, la efectiva lesión del honor (páginas 247-8).

Sin embargo, esto, según el propio autor, tampoco sería excluyente de una posterior comprobación de la existencia o no del ejercicio a la libertad de expresión, ya que ante un eventual fracaso de la prueba de la verdad, todavía podrá, en sede de las causas de justificación, comprobarla. Esta vez entendida la veracidad de forma subjetiva como «el cuidado debido en lo referente al contenido de la veracidad de su declaración» (pág. 249).

Diferentes son las objeciones que pueden plantearse a las propuestas del autor. Se puede comprobar a lo largo de toda la exposición que el razonamiento del autor es de un eminente sentido práctico, esto es, las posturas dogmáticas sobre la ubicación y relevancia de la falsedad no dependen tanto de estrictos criterios sistemáticos, sino que las orienta a los resultados y consecuencias político-criminales o procesales, a saber: evitar la impunidad del error sobre la veracidad, dotar de un sentido institucional a la colisión libertad de expresión-derecho al honor al situarlo en el marco de las causas de justificación y evitar que la prueba de la falsedad quede en manos del agraviado.

Ahora bien, dicho razonamiento aparece como confuso y además, tal como reconoce el autor, supone una verdadera tergiversación de las funciones que se otorgan a cada una de las categorías del delito. Por muy loables y correctas que puedan ser los resultados político-criminales que se apuntan, no por ello puede desistematizarse una teoría general del delito que, como la actual, aparece ya lo suficientemente confusa. A lo sumo, lo que no es poco, podrán aportarse interesantes sugerencias desde la perspectiva de una reforma en la tipificación de estos delitos. Señalaré algunos de los inconvenientes que a mi parecer plantean las posturas que el autor defiende.

En primer lugar se llevan a cabo unas afirmaciones que resultan sorprendentes por contradictorias: la tipicidad se basa en afirmaciones injuriosas o en la imputación de un delito, y con ello ya se estaría afectando el derecho al honor (pág. 275). Sin embargo, el aconcepto de honor del que se parte es el del honor «merecido». Entonces, ¿cómo puede decirse que son injuriosas unas afirmaciones o calumniosas unas imputaciones, y por tanto que afectan al derecho al honor, si todavía no se ha comprobado la falsedad o no de las mismas? Desde luego no afecta, si seguimos el concepto de honor delineado por el autor, al honor «merecido» la imputación de que Fulanito se ha apropiado de tanto dinero público o que acude al trabajo en estado de embriaguez en detrimento de sus funciones, y, sin embargo, parecería que sólo con ello, sin esperar la comprobación de su falsedad —que sí supondría ya la plena comisión del injusto—, debe afirmarse la

tipicidad de la conducta y con ello poner en movimiento todos los mecanismos de la justicia penal.

De modo que la propuesta del autor parece la siguiente: afírmese la tipicidad de una conducta, sin lesión de bien jurídico alguno, y compruébese dicha efectiva lesión en el juicio de antijuricidad. Cuando, por el contrario, el juicio de antijuricidad debiera estar reservado para la comprobación no de dicha lesión, que debe agotarse en el juicio de tipicidad, sino de su carácter justificado o no conforme al Ordenamiento jurídico en general y al penal en particular.

La inclusión de la falsedad en la tipicidad, en los casos en que tal pudiera estar incluida —principalmente en las calumnias— no supondría una minimización ni del conflicto entre Derechos Fundamentales, ni del derecho al honor, tal como pretende el prof. Jaén Vallejo, si no que lo que supone es una minimación del ejercicio de la libertad de expresión, que parecería permanentemente en entredicho, al otorgarse una preminencia absoluta al derecho al honor. Además de exasperarse un conflicto que es inexistente, y ello sencillamente porque una imputación verdadera nunca puede afectar al derecho al honor «merecido», y por tanto nunca podrá ser típica esa conducta, so pena de volver a reafirmar el tan denostado concepto de honor «aparente».

Por ello el dolo en tal caso sí debe abarcar la falsedad de la imputación y el error que sobre el mismo recaiga deberá por tanto ser tratado conforme a las reglas del error de tipo, lo que no supondría su automática impunidad, pues primeramente habrá de comprobarse si dicha alegación es atendible, esto es, en qué fundamenta su creencia racional de que dicho elemento del tipo no concurría —lo cual sería fácil a partir de la actividad desplegada para la comprobación de ese extremo—; y en segundo lugar habrá muchos supuestos en que ese elemento del tipo haya podido ser abarcado con dolo eventual, lo que sí sería punible.

Con este mismo razonamiento pueden despejarse las dudas acerca de sobre quién recaerá la prueba de la falsedad, evidentemente esto no puede correr a riesgo del que emite opiniones, pues sería contrario a la presunción de inocencia, ni por supuesto va a exigirse al agraviado el que haga prueba de la falsedad de la imputación en el sentido de una no correlación objetiva de lo narrado con la realidad, sino que aquél deberá sólo poner de manifiesto cuál ha sido la actividad que le ha llevado al convencimiento de la imputación. Si tal se produce nos encontraremos ante un error invencible de tipo, esto es, hay ausencia de dolo. Cosa distinta, lo que no prejuzgamos ahora, es si esta conducta será merecedora de responsabilidad civil, lo mismo que ocurriría si el error, al tenor de no toda la actividad diligente que se le podría haber exigido al sujeto activo, fuera considerado vencible.

Un último problema que me gustaría apuntar es el del concepto de veracidad/falsedad. Parece que desde las posturas defendidas por el autor se mantiene un doble concepto: objetivo —correlación de lo imputado con la realidad— y subjetivo —actividad dirigida al conocimiento de lo acaecido—. El primero sería el reservado para la comprobación en el primer escalón de la antijuricidad, esto es, la falsedad que forma parte del injusto del delito, y el segundo como requisito de la causa de justificación. Sólo esa doble conceptualización permite poder se-

guir manteniendo al prof. Jaén Vallejo las posibilidades de resolución del conflicto de derechos a través del ejercicio de un derecho (art. 8.11), ya que en caso contrario, con la comprobación en la primera fase de afirmación positiva de la antijuridicidad de la veracidad o no de la imputación, no habría lugar a su colisión, o bien porque no se ha podido afirmar la efectiva lesión del honor, o bien porque en caso contrario nunca podría justificarse una conducta que exige como requisito la falsedad a través de una causa de justificación que exige como requisito la veracidad.

Cabe destacar, para finalizar, tanto la extensa bibliografía manejada por el autor, como la relación cronológica de sentencias del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo que se inserta como anexo al presente libro.

Estamos, pues, ante un meritorio trabajo de estudio interdisciplinar, que nos recuerda que los problemas planteados en el Derecho penal, no son exclusivos del mismo, sino que la mayoría de las ocasiones aparece condicionado por los pronunciamientos constitucionales y por las interrelaciones con otras ramas del Ordenamiento, en este caso el civil. Sólo de agradecer supone que el autor se haya enfrentado a los múltiples y fundamentales problemas que plantea el tema, no limitándose a una mera enumeración de lo ya dicho, sino implicándose en su resolución y aportando nuevas perspectivas, que enriquecen el problema.

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: «Estudio Jurídico-Dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad». Edt. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, 163 páginas.

El tema de las condiciones objetivas de punibilidad presenta un indudable interés político-criminal y dogmático, suponiendo a la vez un reto desde el punto de vista doctrinal. Las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias y en general todo lo relacionado con ese pretendido cuarto elemento de la teoría del delito —la punibilidad—, han recibido un escaso tratamiento causado por la falta de consenso doctrinal en torno a su existencia o no como entidad sustantiva propia, lo que ha redundado en la ausencia de una visión unitaria de su problemática.

Esta situación viene a ser remediada en parte por el presente estudio, que coincide casi en el tiempo con la publicación de otra monografía sobre el tema realizada

por el Prof. Martínez Pérez (1) y que completa hasta ahora un panorama dogmático sobre el mismo no sobrado de mayor atención. (2)

El interés político-criminal de los elementos condicionantes reside en su cada vez mayor uso en los tipos penales, al ser instrumentos aptos para la recreación de conductas de protección de los llamados intereses difusos, y para una mejor selección de conductas que discriminen y acoten de forma más minuciosa las penalmente relevantes, haciendo así efectivo el carácter fragmentario y de última *ratio* que se proclama del Derecho penal. A la par surge la atención dogmática del mismo, suscitándose las dudas de cuál ha de ser la sede adecuada para encuadrarlas, lo que condicionaría el tratamiento y resolución de problemas como los de error, participación, prescripción... que sobre ellas incidan.

Tal como afirma el autor, estamos ante una de las «cuestiones más controvertidas de la teoría del delito» (pág. 11) por la cantidad de cuestiones problemáticas que suscita. El Prof. Mapelli Caffarena ha seguido como planteamiento sistemático las siguientes cuestiones: su fundamentación, la ubicación en la estructura del delito, características y criterios de identificación, diferenciación con otras figuras afines y, finalmente, el tratamiento dogmático de las mismas.

Parte el Catedrático de la Universidad de Sevilla de la propuesta de una clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad, asumiendo la terminología italiana de intrínsecas y extrínsecas (frente a la germana de propias e impropias), en las que las primeras calificarían y actualizarían la lesión del interés tutelado y las segundas determinarían un hecho externo del que se hace depender la relevancia jurídico-penal de la conducta (pág. 22). Dicha distinción, más allá de un ejercicio clasificatorio, muestra gran importancia para el tratamiento diferenciado que a una y otras ha de dispensarse, tal como se comprueba en el desarrollo posterior del estudio, que aparece condicionado por la imposibilidad de una dogmática unitaria.

En cuanto a su fundamento, se opta por entender, siguiendo al Prof. Muñoz Conde, que responden únicamente a razones de oportunidad y utilidad (pág. 35), ya que en caso de estar fundados en criterios político-criminales (que distingue de los político-legislativos) y principalmente en la necesidad de pena, se estarían convirtiendo en aspectos residuales del versarismo, fruto de su desconexión psicológica con la conducta del sujeto activo.

(1) MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: «Las condiciones objetivas de punibilidad». Ed. Instituto de Criminología U.C.M., Edersa, Madrid, 1989.

(2) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Delito y Punibilidad». Edt. Civitas. Madrid, 1983; COBO DEL ROSAL, Manuel: «La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho Penal español», en Estudios Penales y Criminológicos (III). Edc. Fernández Albor. Santiago de Compostela, 1983; POLAINO NAVARRETE, Miguel: «La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal y la Política-criminal», en Criminalidad actual y Derecho Penal. Córdoba, 1988; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Sobre la extensión del problema de la responsabilidad objetiva: Especial atención a las condiciones objetivas de punibilidad», en II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal. Avila. 1981.

Aunque se defienda un fundamento diverso a su conexión con el injusto necesitado de pena, se mantienen los problemas de la posibilidad constitucional y de coherencia interna del Derecho Penal de conformarlos como elementos que estén desvinculados psicológicamente de la conducta y en caso afirmativo ver qué tratamiento ha de otorgárseles.

Dicha desvinculación de los elementos condicionantes ha provocado certeras críticas de diversos sectores doctrinales de las que se hace eco el autor. Se pretende ver en las mismas una violación del principio de culpabilidad. En este sentido, y en la misma línea apuntada por Stratenwerth, sólo serían admisibles aquellas condiciones objetivas de punibilidad que restringieran el ámbito de la amenaza penal, lo que estaría en plena coherencia con el carácter fragmentario del Derecho penal. Por el contrario, los elementos condicionantes configuradores del injusto no pueden sino entenderse como inconstitucionales, siempre que no hayan de serles imputables; o en su caso, propone de *lege ferenda*, su desaparición, si no quiere volverse a estadios superados de responsabilidad objetiva. Se admitirían en este sentido las condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas por su función selectiva de conductas respecto al interés jurídico tutelado, rechazándose las intrínsecas.

Sin embargo, el autor entiende que no podría hablarse de su inconstitucionalidad al no recogerse en la Ley Fundamental española el principio de culpabilidad y no afectar éstas a la presunción de inocencia.

De su ubicación sistemática el autor recoge la polémica entre la constitución sustantiva en una categoría independiente como es la punibilidad, sede de escape que vendría a abarcar todos los elementos de difícil encuadre en las sedes tradicionales y cuyo fundamento se haría descansar en criterios de política criminal, lo que él mismo rechaza; o bien como elementos anexos al tipo de injusto, considerando fundamento del mismo la necesidad de pena conformadora del injusto, manteniéndose desde tal postura los problemas de afirmación de elementos típicos alejados de su realización dolosa o culposa. El prof. Mapelli opta finalmente por su ubicación funcional en el injusto (pág. 66), si bien no puede explicarse satisfactoriamente esta solución por parte de quienes mantienen una concepción subjetiva de la antijuridicidad y el carácter imperativo de las normas.

Analiza igualmente su posición en la dogmática procesal por el carácter límite con las condiciones objetivas de procedibilidad, y que, sin embargo, parecerían pasar por alto su pertenencia formal y estructural al delito y por ello su dimensión sustantiva. Interesante en este capítulo es la exposición crítica de las propuestas del prof. Schweikert sobre el delito de riesgo, de acuerdo con el cual en los delitos condicionados se crearía un título de imputación *sui generis* diferente del doloso y culposo caracterizado porque entre la conducta y el elemento condicionante no existe un nexo causal. Su dogmática se reconduciría a los delitos de peligro abstracto e intentaría eludir los problemas del principio de culpabilidad, sustituyendo la relación subjetiva por la conciencia del riesgo (págs. 72 a 74). Aparece dicha teoría como una reformulación del versarismo y de la responsabilidad objetiva que apenas aporta nada nuevo a cuál deba ser su tratamiento.

Los capítulos IV y V han sido dedicados respectivamente a la caracterización y fijación de criterios que permitan incluir una determinada figura en la categoría de elementos condicionales y a su diferenciación con otras figuras afines.

Partiendo de la base de que la configuración de un elemento como condicionante no es una labor de la dogmática, sino fruto de una decisión legislativa (página 75), concluye que su caracterización se hace depender como presupuesto de un criterio formal y textual, sobre el que el legislador tiene pleno dominio, unido a que se constituya como un elemento irrelevante desde la perspectiva de la necesidad de imputación subjetiva.

Estos criterios sirven a la par para diferenciarlos de figuras afines tales como los delitos cualificados por el resultado, donde por imperativo del art. 1.2 del C.P. el evento dañoso ulterior debe haber sido causado «al menos» por culpa. El resultado en los delitos imprudentes, en donde tal ha de poder imputarse objetivamente al autor a modo de riesgo inherente a la propia conducta. Las excusas absolutorias que se constituyen siempre como causas personales y las condiciones objetivas de procedibilidad, de las que se separaría porque de la posible interpretación lógica del texto se derive o no que la ausencia de ese elemento concreto produzca consecuencias características de los presupuestos procesales.

En un último capítulo se afrontan los problemas dogmáticos que presentan, tales como el error, en donde diferencia, fuera de un imposible tratamiento unitario, el que recae sobre las extrínsecas, a las que si bien de *lega data* se tratarían como errores accidentales irrelevantes, se plantea de *lege ferenda* una revisión del axioma de su irrelevancia, al menos en relación con algunos de ellos; y las intrínsecas que, al formar parte del tipo objetivo y exigirse en el autor la representación de su riesgo permitirían la aplicación de las reglas del error de tipo, de tal modo que siendo invencible se excluiría la responsabilidad y si es vencible al poder imputarse dichos elementos tanto dolosa como culposamente no producirían efecto alguno.

En la consumación del delito condicionado plantea los problemas del *tempus* y *locus delicti commissi*, sus formas imperfectas de ejecución y la prescripción de acuerdo con el hecho de si la verificación del evento condicionante puede tener relevancia a estos diferentes objetos; dejando el último apartado para el estudio de la participación de los mismos.

Tras esta breve exposición de las conclusiones a las que llega el prof. Mapelli merece hacerse un breve comentario sobre alguna de ellas:

Respecto a la fundamentación de estos elementos en concepciones político-legislativas y no en cuestiones de política-criminal, como reconoce el propio autor, no supone un avance para resolver cuál ha de ser el tratamiento dogmático a otorgarle. Se constata una afirmación extrapolable a todos los elementos exigidos para la imposición de la pena, puesto que todos ellos, de alguna manera, responden a criterios de conveniencia y oportunidad, que siendo manifestaciones de unas concepciones político-legislativas concretas, son previas y condicionantes de unos presupuestos político-criminales, de los que no están desconectados, y que en última instancia recrean conductas que por su carácter insoportable para la convivencia son «merecedoras de pena». Por ello no puede decirse que ambas afirmaciones sean

contradictorias, sino que más bien se complementan. Y sin que pueda utilizarse como pretexto el buscar una fundamentación diferente a la de su ubicación en el injusto en la necesidad de obviar la principal objeción que desde perspectivas constitucionales y de coherencia del Sistema Penal se puede realizar a las mismas: el convertirse, y en eso sí estamos en pleno acuerdo con el autor, en aspectos residuales del versarismo y la responsabilidad objetiva.

De este modo, el Prof. Mapelli lo que estaría haciendo es invertir las proposiciones del razonamiento, o al menos dando la preminencia a una de ellas, como sería la imposibilidad de que estos elementos fueran resquicios de un versarismo indeseable e inconstitucional, para así, en función de la misma, plantear una fundamentación que salve ese escollo y permita el mantenimiento dogmático de estos elementos. Lo que pasaría por su exclusión del ámbito de lo injusto tanto como fundamentador del mismo, en lo que sí estamos de acuerdo, como anexo a éste en función de criterios de necesidad de pena, punto en el que por todo lo expuesto no podemos compartir la opinión del autor.

Esto nos lleva a conclusiones diversas a las de autor en lo que se refiere a los problemas de constitucionalidad de los elementos condicionantes intrínsecos, cuando no se exige su imputación subjetiva al sujeto activo. Ya que frente a las conclusiones a las que llega el Prof. Mapelli, se puede profundizar en la crítica constitucional a estas condiciones intrínsecas desde las perspectivas del principio de legalidad-tipicidad (Art. 25.1 C.E.) y el de la configuración del Estado como social y democrático de Derecho y pluralista (Art. 1 C.E.).

Desde los planteamientos del principio de legalidad-tipicidad puede afirmarse que la exigencia de que los elementos objetivos del tipo sean abarcados por una conducta dolosa o culposa, como elementos configuradores de la tipicidad subjetiva, no nace de una pretendida conexión psicológica entre la voluntad del sujeto y su conducta, o por un juicio de reproche en virtud del cual el sujeto pudo haber conformado su actuación con el derecho (en fin con un principio de culpabilidad fundamentador de la pena como tradicionalmente se ha entendido y que efectivamente no aparece recogido en la C.E.), sino como efectivo principio de legalidad-tipicidad, ya que, tanto el Art. 1.2 de C.P. como sus concordantes, Arts. 6 bis a), 6 bis b), exigen expresamente como otro de los elementos afirmadores del tipo de injusto el dolo o la culpa; asumiendo en ese sentido el Art. 6 bis b) la desconexión de la conducta con los elementos del tipo objetivo como un límite a la intervención penal que excluye la tipicidad.

Igualmente al ponerlo en relación con la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho y pluralista, que le exigiría una labor del mantenimiento de unos mínimos de convivencia dirigidos a la ciudadanía (que no limiten el mandato de la remoción de obstáculos para facilitar la participación de todos los ciudadanos del Art. 9.2 de la C.E. y que a la vez permitan hacerlo efectivo en el resto de los individuos) para que evite la realización de conductas tendentes a poner en peligro o lesionar los intereses tutelados. Peligro o lesión cuyo fundamento se conecta con la conducta del sujeto y no desvinculada de la misma.

Afirmación ésta última que incluso debe matizarse si desde la teoría de las normas se entiende que el núcleo de prohibición en los delitos imprudentes no puede venir constituido sino por la infracción del deber de cuidado (objetivo y/o subjetivo) y no por un resultado la mayoría de las veces azaroso y fuera de control de la conducta del sujeto.

Interesan destacar las presuntas diferencias que según el autor se producen entre el resultado en los delitos culposos y las condiciones objetivas de punibilidad. Parte el autor de la siguiente afirmación: «el resultado imprudente es siempre un resultado del delito y, en consecuencia, guarda relación con los intereses tutelados por éste» (pág. 99). Por el contrario, los elementos condicionantes pueden o no mantener nexo con dichos intereses. Por lo tanto, siendo esto así, el que el resultado imprudente guardara dicha relación no supondría la imposibilidad de ubicarlo dentro de la categoría de los elementos condicionantes si en ningún caso se descartan las posibilidades de la misma para su caracterización.

Otro criterio de delimitación entre ambas figuras radicaría en la necesidad de que el resultado pueda serle imputable objetivamente al autor, requisito que no es necesario concorra en las condiciones. Tampoco parece definitoria dicha caracterización, ya que, como el propio Catedrático reconoce, en muchos casos las condiciones son también resultado de la acción (pág. 99), lo que no empece, sigue afirmando, que haya figuras como las del Art. 483 del C.P. en que sean causas fortuitas las que impidan al secuestrador dar razón del paradero del secuestrado y que tal provoque un aumento del injusto, ya que en estos casos en que la condición sea fundamento o incremento del injusto, pero no manifestación de un riesgo o finalidad inherente a la conducta del sujeto, estaremos ante violaciones de principios constitucionales, tanto el de legalidad-tipicidad como el de presunción de inocencia.

El resultado, por tanto, se configura en los delitos imprudentes como una subespecie de las condiciones objetivas de punibilidad caracterizadas por su nexo con la conducta y por guardar una cierta relación con el injusto. Sin que pueda decirse por ello que el resultado sea elemento del injusto fundamentador del mismo, sino sólo criterio político-criminal de selección de conductas con relevancia jurídico-penal que nada tiene que ver como indicio de la gravedad de la infracción, sino como forma de tamiz discriminatorio respecto a la pluralidad de acciones que infringen deberes de cuidado.

De tal modo que el resultado culposo aparece como arquetipo de elemento condicionante al cumplir fines político-criminales que en el complejo mundo de la delincuencia imprudente permite, a través de una selección pragmática de conductas que fundamentan el injusto imprudente (compuesto únicamente por la infracción del deber de cuidado y constituido así como tipo de mera actividad), mantener los fines preventivo-generales intimidatorios, y ello porque sólo en función del resultado lesivo se alcanza a ver un indicio no de la gravedad de la infracción, sino de la existencia de la infracción misma.

Estamos pues ante un libro de gran valor doctrinal, en donde se realiza un interesante esfuerzo para el análisis sistemático de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, cuyo gran mérito consiste en intentar dar una cierta coheren-

cia a la posibilidad de encajar estos elementos dentro de la teoría del delito de acuerdo con las funciones, valoraciones y requisitos que en cada una de ellas se exigen. Destacando la imposibilidad de un tratamiento unitario de todos los elementos hasta ahora considerados como condiciones, en consonancia con las diferentes funciones de fundamentador del injusto —las intrínsecas— o selectivas de la relevancia jurídico-penal de la conducta —extrínsecas— que se otorgan a cada una de ellas.

JOSÉ M.^º SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

NOTICARIO

JORNADAS SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL. ANTEPROYECTO DE 1992

ORGANIZADAS POR EL INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA Y EL AREA DE
DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA.
14, 15 y 16 DE MAYO DE 1992

Jueves, 14 de mayo

La primera de las Mesas de la mañana del 14 de mayo tuvo como objeto la exposición de los principios generales que inspiran el anteproyecto de Código Penal de 1992. El primero de los intervinientes, el profesor García Valdés, comenzó haciendo un resumen del proceso de reforma del Derecho Penal español a partir del cambio de la situación política española, poniendo de relieve la conexión existente entre Política y Derecho Penal, y aludiendo fundamentalmente a los textos de 1980 y 1983, hasta llegar finalmente al Anteproyecto de Código Penal de 1992, objeto de las presentes jornadas, del que describió sus rasgos más sobresalientes. Se detuvo especialmente en las consecuencias jurídicas derivadas del delito, haciendo mención de los nuevos límites máximos de las penas privativas de libertad (20 años), si bien hay que tener en cuenta que se suprime la redención de penas por el trabajo; límites máximos que se superan en los delitos especialmente graves, como los de terrorismo. A continuación, puso de relieve las novedades que, en materia de consecuencias del delito, introduce el Anteproyecto de 1992, tales como el arresto fin de semana y los sustitutivos penales. Destacó también el profesor García Valdés que las causas de atenuación y exención de la pena en materia de terrorismo previstas en el A. 92, además de no ser una medida nueva en la legislación penal española, constituyen un instrumento eficaz en la erradicación de la delincuencia de las organizaciones armadas. Por último, y para acabar esta exposición general de los rasgos más sobresalientes del A. 92,

manifestó su opinión favorable al mantenimiento de la exención de responsabilidad penal sólo hasta los 16 años.

En opinión del segundo de los ponentes, el profesor Berdugo Gomez de la Torre, el A. 92 trata de recoger la discusión y las aportaciones de la doctrina durante la última década para tratar de mejorar el viejo texto penal español. Centró su intervención en el Título Preliminar del A. 92, que siguiendo la línea del P. 1980 y de la PANCP de 1983, contiene los principios fundamentales sobre los que se basará el nuevo Derecho Penal español, principios que son el de *legalidad*, el de *culpabilidad*, el de *exclusiva protección de bienes jurídicos* y el de *ultima ratio*. A continuación, el profesor Berdugo abordó las novedades que contiene la regulación de algunas cuestiones concretas de la Parte General, tales como el error, la autoría y participación y el *iter criminis*. En cuanto al error vencible de prohibición, el A. 92 lo castiga como delito imprudente, lo cual no supone, en opinión del profesor Berdugo, optar por una posición dogmática determinada; tampoco se pronuncia el nuevo texto sobre la naturaleza del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. La nueva regulación de la autoría y de la participación contiene algunas mejoras esenciales sobre el texto actual, tales como la previsión expresa de la autoría mediata, la nueva redacción del actuar en nombre de otro y la desaparición del encubrimiento, que pasa a regularse en la Parte Especial. Finalmente, y por lo que al *iter criminis* se refiere, destacó la positiva supresión de la distinción entre tentativa y frustración y la configuración, en su opinión, del desistimiento como elemento del tipo.

El tercero de los ponentes, el profesor Quintero Olivares, trató de clarificar en su intervención cuál había sido la voluntad político-criminal que guió a la Comisión en la elaboración del Anteproyecto de 1992.

A su juicio, la política criminal contenida en el A. 92 no es otra que la que en ocasiones explícitamente y en otras implícitamente se deriva del texto constitucional. Más concretamente se refirió a lo que, a su entender, son las manifestaciones más claras del tipo de política criminal que orienta el A. 92: a) el principio de intervención mínima, que ha llevado, entre otras cosas, a la reducción del ámbito de algunos de los tipos hoy vigentes, y b) el principio de *última ratio*, del que son clara manifestación tanto la no incriminación de conductas respecto de las cuales basta con la sanción administrativa (así, en el caso de algunos de los actuales delitos contra la función pública), cuanto la desaparición de tipos tradicionales que, como el parricidio, habían perdido su razón de existir.

Con carácter general afirmó que la Comisión se había esforzado en ser el instrumento catalizador de la opinión mayoritaria que, a su juicio, era en definitiva la plasmada en el texto.

Por último, intervino el profesor Vives Antón, para quien el Código Penal, en la medida en que establece los límites de los derechos y habilita para el uso, frente a los concretos infractores, del recurso más fuerte de que dispone la coacción estatal —la pena—, es una especie de «constitución negativa», que precisa de un consenso aún más fuerte, profundo y concreto que la positiva: para imponer sanciones graves se precisa una convicción mayor para declarar derechos.

Ese consenso se ha obtenido en el seno del Consejo General del Poder Judicial, y ha recaído sobre tres principios, aceptados con todas sus consecuencias: *legalidad* (seguridad jurídica, certeza del derecho), *intervención mínima* (no imponer más penas que las estrictamente necesarias) y *prevención general racional*, esto es, generalizable.

La ulterior elaboración del Código deberá transcurrir en el mismo clima de reconciliación que presidió la de la Constitución de 1978, pues sólo así se obtendría el grado de legitimidad necesario para castigar.

La primera sesión de la tarde del jueves día 14 de mayo tuvo por objeto la regulación de los delitos contra las personas en el A. 92. A ello dedicaron su intervención los profesores Mir Puig y Carbonell Mateu.

Finalmente, intervino también el profesor Morales Prats, que adelantó su ponencia relativa a los delitos contra la intimidad, en principio prevista para el sábado, día 16 de mayo.

El profesor Mir Puig abordó en su intervención determinadas cuestiones concretas que se plantean en el ámbito de los delitos contra las personas.

En primer lugar, llevó a cabo un análisis comparativo de las penas previstas en el Anteproyecto y las actualmente aplicables a los mismos delitos, concluyendo que pese a la aparente disminución de las mismas ésta no se traduce en una reducción en términos reales, entre otras causas por la supresión de la redención de penas por el trabajo, hoy de aplicación prácticamente automática.

En segundo lugar, se refirió, tras una breve exposición del actual estado de la cuestión, al tratamiento que recibe en el A. 92 el asesinato del pariente. A su juicio, la respuesta viene condicionada por el entendimiento que se haga del concepto de «circunstancia genérica» contenido en el art. 144 del A. 92. Tres son, desde su punto de vista, las interpretaciones posibles. No obstante, los desajustes punitivos a que lleva una de ellas, así como el escaso apoyo que en el tenor literal de la ley encuentra otra de las posibles, le hizo decantarse por aquella en la que, en el caso de concurrir varias circunstancias, se opta por calificar como genérica la que siendo de las previstas en el tipo del asesinato — art. 143— no hubiera sido la elegida para calificar la conducta como tal asesinato.

En tercer lugar, se refirió a los tipos de auxilio e inducción al suicidio y conductas con él relacionadas, que le merecieron, sin perjuicio de ciertas matizaciones, una valoración global positiva, mostrando asimismo su aprobación a la previsión de una pena superior para el inductor del suicida por cuanto hace nacer en éste la voluntad de morir.

Finalmente, hizo una breve referencia al llamado homicidio imprudente consentido, que a su juicio debe quedar impune en la medida en que el hecho de optar por vivir peligrosamente debe verse como una manifestación más del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A continuación, intervino el segundo de los ponentes, el profesor Carbonell Mateu, para quien la regulación de los delitos contra la vida en el A. 92 supone un importante avance en la línea de cumplir con la función que corresponde al legislador en un Estado Democrático y de Derecho: que no es otra que la de castigar sólo las conductas que atenten contra valores fundamentales como la libertad, y sólo en la medida necesaria, abandonando criterios basados exclusivamente en la ética o en reproches morales. Así, ha de ser bien acogida la supresión de los delitos de parricidio e infanticidio. Sin embargo, el A. 92 no avanza lo suficiente en la línea indicada, al mantener el asesinato, especialmente cuando concurre la alevosía, y al otorgar un grave efecto cualificador a la concurrencia de dos o más agravantes genéricas.

Para el profesor Carbonell, las conductas relacionadas con el suicidio ven atenuadas considerablemente las penas, si bien habría sido mucho mejor la despenalización, pues la protección de la vida contra la voluntad de su titular no resulta acorde con la línea de tutela de las libertades a las que antes se ha aludido. También resulta criticable la contemplación de la eutanasia desvinculada del derecho al suicidio. Por último, para el profesor Carbonell sería necesario acometer con decisión la regulación de los supuestos de no punición del aborto, considerando que la solución más acertada sería la del plazo.

Por su parte, el profesor Morales Prats llevó a cabo un análisis pormenorizado de cada uno de los preceptos contenidos en el Título IX del Anteproyecto (delitos contra la intimidad y el domicilio), considerando que, en general, suponen una mejora respecto a la regulación actualmente vigente.

No obstante, merecen destacarse las matizaciones que hizo respecto de determinados extremos que a su entender debían ser revisados: Así, en el art. 194.1 afirmó la necesidad de un tratamiento típico diferenciado del apoderamiento de secretos documentales de un lado, y del control auditivo y/o visual clandestino, porque a ello obliga el diverso carácter insidioso de los medios empleados. Por lo que se refiere al párrafo 2 del mismo precepto, consideró que la conducta típica apoderamiento de datos ya registrados en fichero automatizado no satisface las necesidades de tutela de la privacidad informática en el ciclo operativo de los ficheros automatizados. A su entender, también debe cuestionar-

se la tipificación de las conductas previstas en el art. 197, manifestándose partidario de la supresión del precepto por entender que los ilícitos en él contenidos ya tienen una respuesta adecuada en la ley de Protección Civil del honor, la intimidad y la propia imagen, Ley de 5 de mayo de 1982.

Respecto a los restantes tipos, entendió que la labor realizada era digna de elogio, ya por responder a posiciones político-criminales coherentes —arts. 194.3 o 194.4—, ya por ampliar acertadamente el círculo de sujetos protegidos —art. 195.1—, o por colmar lagunas de punibilidad —art. 195.2—, o finalmente, por suponer una siempre bienvenida mejora de carácter técnico —arts. 192 y 199—.

La segunda de las sesiones de la tarde del día 14 tuvo como objeto los delitos contra la libertad sexual, de los que se ocuparon los profesores Díez Ripollés y González Rus; y los delitos contra el honor, que fueron tratados por el profesor Landrove Díaz.

Comenzó la sesión el profesor González Rus, para quien las principales modificaciones contenidas en el A. 92, respecto de la regulación vigente, son las siguientes:

1. Los delitos contra la libertad sexual aparecen en el Título VII, después de los delitos contra la libertad y seguridad, resaltando, por consiguiente, la relación entre una y otra en términos mucho más claros que en la sistemática del Código vigente.

2. Se mantiene la misma rúbrica legal (Delitos contra la libertad sexual), alterando el orden de los capítulos y mejorando la sistemática actual. Desaparece el rapto, que será castigado, en su caso, como una detención ilegal más.

3. La violación (art. 178) mantiene un concepto y estructura semejante a la vigente, con la importante diferencia que supone, sin embargo, el extraer el acceso por vía bucal, que, acertadamente, se incluye dentro del tipo agravado de agresiones sexuales violentas (art. 179.2). Se mantiene la delimitación de sujetos activo y pasivo (persona), el núcleo de la conducta típica (acceso carnal por vía vaginal o anal), con la salvedad hecha, y la distinción entre la violación propia (núm. 1) y las de persona privada de razón o sentido y menor de doce años (núms. 2 y 3). Se castiga expresamente la comisión imprudente en estos dos últimos casos (uno o dos grados menos). La pena de violación dolosa (ocho a doce años) es prácticamente equivalente a la actual; no así la imprudente, que resulta más gravemente sancionada.

4. Salvo la inclusión del acceso por vía bucal, ninguna diferencia se contiene en la regulación de las agresiones sexuales violentas (art. 179). La pena, tanto para el tipo básico como para el agravado, es equivalente a la actual. No se sanciona ningún comportamiento culposo.

5. Tampoco sufre alteraciones significativas la regulación del estupro (arts. 180-182), manteniéndose, en los términos vigentes y salvo mejoras de redacción, el estupro de prevalimiento, el estupro incesto, el estupro engaño y las agresiones sexuales no violentas. La pena señalada en los respectivos casos es equivalente a la actual.

6. Las disposiciones comunes mantienen los presupuestos político criminales que inspiran la regulación vigente. Se mantiene la persecución mediante denuncia y se reitera la ineficacia del perdón (salvo para el exhibicionismo ante mayores de dieciséis años, art. 190). Se simplifica la regulación de las inhabilitaciones (art. 191), modificándose la agravación para ascendientes, tutores, etc., que ya no afecta sólo a los cómplices, sino que supone una agravación general (mitad superior de la pena) para autores y cómplices. Se mantiene la previsión sobre responsabilidad civil (art. 191.4). Desaparece la referencia a la extraterritorialidad.

Como conclusión general, el profesor González Rus manifestó que el nuevo texto, manteniendo una gran continuidad con la regulación vigente, mejora la sistemática y la redacción, aunque haya aspectos que merecen una consideración más detenida. Probablemente, la virtud principal de la normativa propuesta sea la eliminación del acceso por vía bucal del ámbito de la violación, lo que permitirá superar los problemas interpretativos que provoca la situación actual.

El profesor Díez Ripollés centró su intervención esencialmente en la nueva regulación de los delitos de estupro, en las conductas de exhibicionismo y provocación sexual y en los delitos relativos a la prostitución.

Por lo que se refiere a los delitos de estupro, se mostró partidario de mantener en la nueva regulación sólo el delito de estupro de prevalimiento y hacer desaparecer el fraudulento, pareciéndole además correcto el mantenimiento en el artículo 180, párrafo 2.º del A. 92 de la figura del estupro-incesto como un tipo agravado del estupro de prevalimiento. Por lo demás, estimó conveniente la extensión del delito de estupro a aquellos casos en los que si bien el sujeto objeto de la conducta es mayor de edad, se encuentra sometido a una relación de dependencia, como sucede, por ejemplo, en las situaciones de internamiento penitenciario.

En cuanto a las conductas de exhibicionismo y provocación sexual, si bien la regulación del A. 92. recoge las líneas básicas de la reforma de estos delitos acaecida en 1988, contiene todavía referencias a términos valorativos y ambiguos que deberían desaparecer, tales como el calificativo de obsceno utilizado en la descripción de la conducta de exhibicionismo. Tampoco acaba de entenderse la referencia contenida en el art. 184 al carácter malicioso de la difusión, venta o exhibición de material pornográfico.

Por último, el profesor Díez Ripollés denunció la regulación de los delitos relativos a la prostitución contenida en el A. 92 por perpetuar los defectos técnicos y el carácter moralizador que caracteriza a la regulación vigente de esta materia. A su juicio, sólo deberían castigarse tres tipos de conductas: el ejercicio de la prostitución por personas carentes de capacidad, el realizado en contra de la voluntad y el llevado a cabo voluntariamente pero sometido a condiciones de dependencia respecto de un tercero.

Finalmente, el profesor Landrove Díaz abordó la regulación de los delitos contra el honor en el A. 92. En su opinión, parece algo más que discutible la huida hacia el Derecho Penal que informa la redacción del Título, *criminalizador de conductas que, hasta ahora, ni siquiera constituyen ilícitos civiles*. La tipificación que se ofrece rompe con la tradicional regulación española e introduce un impresentable delito de difamación (art. 205).

Se mejora la definición de la calumnia, pero resulta de dudosa utilidad el art. 202. En términos no excesivamente generosos se da cabida a la retractación. La pretensión contenida en el art. 212, de «universalizar» la aplicación del Código Penal español resulta inadmisibles.

Viernes, 15 de mayo

La primera de las Mesas del viernes 15 de mayo versó sobre los delitos contra el orden socio-económico, y en ella intervinieron los profesores García-Pablos, Jorge Barreiro, Martínez Pérez y Terradillos Basoco.

El profesor García-Pablos inició su intervención haciendo una serie de consideraciones de índole criminológica sobre este tipo de delitos, alguna de las cuales precisaría con más detalle a lo largo de la misma.

Así, insistió en la necesidad de regular estos delitos sin perder de vista el perfil criminológico de sus sujetos activos, perfil que se aparta sustancialmente del estereotipo del delincuente común y que le sitúa en una posición sin duda privilegiada. Por otro lado, tampoco debe olvidarse la tendencia a presentar estos delitos como un negocio más de la cadena de actividades económicas realizadas por un sujeto que, además, es experto en buscar los resquicios e interpretaciones de la ley que pudieran favorecerle.

Finalmente, se refirió a la nada despreciable cifra negra de delincuencia que se da en estos delitos, así como a la necesidad de evitar la pena consistente en sanciones pecuniarias, de escasa virtualidad preventiva por cuanto quien habría de sufrirlas se limita a repercutir su cuantía en el precio final del producto. Por otra parte, entendió que

eran cuestionables los supuestos obstáculos a la imposición para estos casos de penas privativas de libertad.

El profesor Martínez Pérez se ocupó seguidamente de los delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts 281-285). Ubicados en el cap. XII, tit. XII, su colocación sistemática es correcta, siendo conveniente subdividir el Capítulo en secciones por la diversidad de bienes jurídicos protegidos.

La novedad más relevante es la introducción de genuinos delitos contra los consumidores. Estos serían, sin duda, los incluidos en los arts. 281 y 282. En el art. 281 se tipifica el detraer materias primas o productos de primera necesidad. Su creación resulta adecuada. El precepto reproduce exactamente el contenido del 285 de la PANCP, con la única salvedad (acertada, en principio) de matizar la descripción del elemento subjetivo. La estructura típica de resultado cortado es correcta. También es acertado el tipo cualificado, sancionado ahora con la (más adecuada) pena superior en grado.

En el art. 282.2. se tipifica el facturar cantidades superiores mediante aparatos automáticos. Juicio favorable en principio. Existen preceptos parecidos en la legislación comparada, aunque éstos guardan una afinidad mucho mayor con las normas que se preveían en el PLOCP y en la PANCP. La figura ahora propuesta posee una mayor concreción y taxatividad. Sin embargo, pudiera objetarse que la órbita típica queda bastante recortada, permaneciendo fuera de ella buen número de conductas constitutivas de fraude para el consumidor. Debe valorarse la previsión de un sujeto activo indiferenciado y también la inclusión del especial elemento subjetivo del injusto (preferiblemente con otra expresión). La penalidad resulta ahora más proporcionada a la gravedad del hecho.

En el art. 282-2 se sanciona también la publicidad engañosa. Creación acertada, pues es la figura más importante entre las genuinas infracciones de consumo. Castigada en otras legislaciones europeas y prevista también en el PLOCP y la PANCP. Con relación a tales proyectos ofrece novedades. Se añade el término «manifestaciones» al vocablo «alegaciones», lo cual merece un juicio favorable. Se incluye la palabra «ofertas» como disyuntiva de «publicidad», lo que responde a la idea de ensanchar el tipo; no obstante, el vocablo parece superfluo. Otra innovación es requerir la susceptibilidad de «perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado» en el lugar de la idoneidad para «inducir a grave error al consumidor». La renuncia a este último requisito parece acertada (aunque el tema sea opinable) y la exigencia del perjuicio notorio para los consumidores más adecuada; sin embargo, la referencia alternativa al perjuicio para los competidores no resulta conveniente. Otra novedad es haber suprimido toda referencia a las características de los productos o servicios anunciados; ello merece un juicio desfavorable,

desde el punto de vista del principio de la taxatividad. Con relación a la penalidad hay que acoger favorablemente la mayor severidad de las sanciones. Finalmente, la desaparición del tipo cualificado no parece correcta.

En el art. 283 se recoge el delito de alteración de los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, figura prácticamente idéntica a la contenida en el vigente art. 540. La colocación sistemática que se propone es plenamente correcta. En la acción se elimina la cláusula general («usando cualquier otra maquinación»), pero en cambio se introduce una nueva modalidad específica (la de utilizar información privilegiada). La redacción del A. 92 parece preferible desde diversas perspectivas. En cuanto, a la penalidad, las sanciones se rebajan sensiblemente, lo cual carece de justificación; rebaja que se hace más palpable si se tiene en cuenta que se opta por suprimir (de forma discutible) el tipo cualificado que en la actualidad se contempla en el art. 541. Por último, el 283 contiene en su inciso final un expreso reconocimiento del concurso de delitos, con el cual se toma partido en una cuestión debatida en la doctrina.

El art. 284 contiene el delito de prácticas restrictivas de la competencia, que reproduce con redacción prácticamente idéntica el correspondiente precepto de la PANCP. Es novedad introducir una pena de prisión alternativa a la pena de multa, que era la única que se establecía en el texto de 1983. La técnica de tipificación utilizada (similar a la situación actual) se distancia de la seguida en el PLOCP y debe considerarse preferible. Ahora bien, sería conveniente conjugarla con otros criterios complementarios de tipificación en la línea seguida por el Proyecto alternativo alemán, previendo, en consonancia con tales criterios, una pena más severa.

En el art. 285 se contempla la publicación de la sentencia, sanción habitual en el Derecho comparado. Es novedad (que merece ser alabada), con relación a los proyectos anteriores, la generalización de la misma como medida aplicable a toda clase de delitos contenidos en el Capítulo. También hay que valorar la indicación de que la reproducción de la sentencia se haga «a costa del condenado», con lo que se corrige una deficiencia. Sin embargo, debería exigirse expresamente que se trate de una sentencia «firme». La sanción sigue sin figurar en el catálogo de sanciones de la Parte general.

En cualquier caso, hay que criticar la supresión de otras penas y medidas, conocidas en la legislación comparada y específicamente ideadas para este tipo de infracciones. Esta supresión (que afecta, en general, a toda la regulación de los delitos socioeconómicos) constituye uno de los defectos más notables del A. 92.

El profesor Jorge Barreiro abordó la regulación que del secreto industrial se hace en los arts. 279 y 280 del A. 92, tras hacer una breve

referencia al actual delito de descubrimiento y revelación de los secretos previsto en el art. 499 del C.P.

En cuanto al bien jurídico, lo concretó en la protección de la capacidad competitiva de la empresa; de ahí que del A. 92 se derive claramente la necesidad de un claro atentado contra aquella capacidad competitiva; y de ahí también que se ubique sistemáticamente en el Título de delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores.

Especial atención le mereció la problemática que plantea el artículo 280, en cuanto que resucita la vieja cuestión de que si el trabajador está obligado a seguir guardando el secreto después de finalizada su relación laboral. Tal precepto trata pues de cubrir la laguna punitiva a la que ya Groizard aludiera. No obstante, parece, a juicio del profesor Jorge Barreiro, preferible la solución adoptada en este punto por el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83.

Finalizó su intervención haciendo una breve alusión a los principios político-criminales que debieran inspirar la regulación de los delitos societarios, así como afirmando la conveniencia de establecer penas privativas de libertad de un modo mesurado ante la ineficacia para tales delitos de penas privativas de libertad más graves e, incluso, abogó por la conveniencia de dar entrada como penas principales a otras de naturaleza distinta, como puede ser la inhabilitación o, en su caso, la imposición de medidas de seguridad de naturaleza no criminal.

El profesor Terradillos Basoco dedicó su intervención al análisis del Capítulo de nueva creación que bajo la rúbrica «Delitos contra los Derechos de los Trabajadores» (Cap. XIV), reúne las distintas conductas que atentatorias para tales derechos se encuentran hoy dispersas a lo largo del C.P. vigente, si bien junto a ellas se tipifica *ex novo* el delito de discriminación laboral al tiempo que desaparece la protección hasta el momento otorgada a la libertad sindical y al derecho de huelga.

Siguiendo el orden establecido en el Cap. XIV, inició el análisis de los tipos abordando las conductas previstas en el art. 287, delito especial, que por el tratamiento de que ha sido objeto planteará, sin duda, lagunas de punibilidad. Por otra parte, la referencia expresa al «engaño» implica la necesidad adicional de que éste concorra junto con el dolo.

Respecto al art. 288, en él que se reproduce la fórmula actual en lo relativo al tráfico ilegal de mano de obra y por tanto, a su juicio, deben reproducirse las críticas que vienen haciéndosele a la regulación todavía vigente. Se trata de una tipificación que a juicio del profesor Terradillos Basoco, hay que calificar de escueta por no contemplar la amplia gama de modalidades que puede revestir el tráfico ilegal de mano de obra. Además, habría que sumar a ello la crítica desfavorable que merecen las dos nuevas fórmulas introducidas en el párrafo 2.º de este ar-

título, por cuanto suponen una discordancia valorativa en lo que a las penas se refiere en relación con las estafas.

Por lo que respecta al art. 290, en él se inscribe lo que quizás sea la novedad más importante en esta materia: el delito de discriminación laboral.

También hizo referencia a otras conductas que, relacionadas con la cuestión a que venimos refiriéndonos, aparecen, sin embargo, enclavadas en otros Títulos del Anteproyecto; así, la conducta del que hiciere ineficaces maliciosamente los derechos económicos de los trabajadores en caso de crisis de empresa: art. 261.1.2.^a (dentro de las insolvencias punibles).

La segunda de las Mesas de la mañana del día 15 estuvo dedicada a los Delitos patrimoniales contenidos en el Tit. XII del A. 92, y en ella participaron los profesores Bacigalupo, Huerta Tocildo, Octavio de Toledo y Zugaldía Espinar.

El profesor Zugaldía Espinar comenzó su intervención criticando el que se agruparan bajo una sola rúbrica conductas que presentan una gran disparidad entre sí. De ahí su propuesta sobre la conveniencia de castigar en Títulos separados los delitos patrimoniales y los delitos sobre el orden socio-económico, cuya esencia no radica en la producción de perjuicios patrimoniales que no vienen, además, exigidos por aquella. Asimismo, tampoco tiene justificación la inclusión bajo esa rúbrica de los delitos contra la propiedad, que, a su juicio, se diferencian tanto de los delitos patrimoniales como de los delitos contra el orden socio-económico. Es más, a su entender, son múltiples los inconvenientes que se derivan de tan inapropiada identificación entre los delitos contra el patrimonio y aquellos otros contra la propiedad, inconvenientes tanto dogmáticos como legislativos y prácticos.

Finalmente, desarrolló algunas propuestas. Concretamente las siguientes:

1. La creación de un Título con la rúbrica «Delitos contra la propiedad y el patrimonio», independiente del Título relativo a los delitos contra el orden socio-económico.

2. La sistematización de los delitos contra la propiedad atendiendo a la clase de ataque al bien jurídico: esto es, distinguiendo de un lado, aquellos que atacan al derecho de propiedad mismo (destruyéndolo); y de otro, aquellos que privan al propietario de las facultades inherentes al dominio, pero dejando subsistente el derecho de propiedad.

Para terminar, manifestó la valoración negativa que le merecía no sólo la rúbrica, sino también la estructura general del contenido del Título XII del Libro II del A. 92.

La profesora Huerta Tocildo comenzó con una valoración global positiva del T. XII del A. 92 que, a su juicio, viene a continuar la línea de mejora general ya iniciada por la reforma de 1983.

No obstante, no eludió la referencia a cuestiones a su entender dignas de crítica, como por ejemplo la inclusión en un único Título de los delitos patrimoniales y los delitos contra el orden socio-económico; o el hecho de que el sistema de cuantías vuelva a resurgir en los delitos de apoderamiento a través de las agravantes previstas para el hurto o en el robo con fuerza en las cosas, alguna, además especialmente criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Igualmente criticable le pareció, desde la perspectiva del principio *non bis in idem*, la agravación por uso de armas prevista para los robos con violencia; y no otra consideración le mereció la penalización de la conducta prevista en el art. 245.2 del A. 92 tendente al castigo de los denominados «ocupas», por cuanto ello supone al menos el olvido de lo dispuesto en el art. 47 de la Constitución, así como del mandato que el art. 9.2 de la misma dirige a los poderes públicos. A estas objeciones se sumaron otras de índole sistemática y técnica.

Ello no obstante, y junto a dichas críticas, también se ocupó en su intervención de poner de manifiesto lo que a su entender eran los aciertos del A. 92. Tal es el caso de la valoración que le merecía la supresión de los delitos complejos en la tipificación del robo con violencia o intimidación; o el castigo indiscriminado de la usura, habitual o no; o también la regulación que se ha hecho de los daños, a su juicio no sólo superior a la actual, sino también superior a la que hicieron el Proyecto de 1980 o la Propuesta del 83.

El profesor Bacigalupo Zapater abordó en su intervención, además de los problemas vinculados a cuestiones sistemáticas en las que admitió compartir las críticas del prof. Zugaldía Espinar, los problemas particulares que a su juicio ofrecen los distintos tipos incluidos en este Título XII.

Comenzó con el robo con fuerza en las cosas (art. 237) y entendió que reproducía las deficiencias de la regulación actual, al seguir incluyendo supuestos que no implican la utilización de fuerza, manifestándose, finalmente, partidario de configurar esta modalidad delictiva como hurto agravado.

En cuanto al robo con violencia o intimidación, merece destacarse la valoración positiva que le mereció la desaparición de los delitos complejos.

Por lo que se refiere a la estafa, cuyo concepto no consideró que se hubiera variado, se manifestó a favor de suprimir el término «bastante» por impreciso, destacando al mismo tiempo la escasa utilidad del castigo de la llamada estafa de «manipulación informática», que no sólo no es auténtica estafa, sino que además no resuelve los problemas planteados por el uso de tarjetas de crédito. También dirigió sus críticas al he-

cho de haber tipificado como delito la estafa inmobiliaria o el contrato simulado. Por el contrario, queda a su juicio carente de justificación la falta de incriminación de determinadas conductas merecedoras de haberlo sido, como por ejemplo la llamada estafa de subvenciones o la administración fraudulenta de un patrimonio.

Finalmente, y por lo que se refiere a las insolvencias, manifestó reparos, si bien consideró importante la introducción como delito de las conductas previstas en el art. 261.3.

El profesor Octavio de Toledo, tras unas breves referencias a la falta de planificación que, a su juicio, ha presidido todo el proceso de reforma del Derecho Penal español desde 1980 y alguna otra alusión a las críticas sistemáticas —no compartidas— expresadas en su ponencia por el profesor Zugaldía Espinar, centró su intervención en la nueva tipificación de la extorsión (art. 243) y las amenazas condicionales lucrativas (art. 174) en el A. 92.

En su opinión, el artículo 243 del A. 92, cuyo correlato es el artículo 503 del Código Penal actual, incrimina la extorsión con rasgos que implican importantes y alabables innovaciones respecto de la regulación vigente. De una parte, el A. 92 subraya la autonomía de esta figura respecto del robo, al dedicarle un Capítulo aparte y un *nomen iuris* propio; de otra, varía el modelo seguido en esta materia desde el Código Penal de 1848 (modelo francés) e incorpora el modelo alemán (e italiano). En ambos casos el A. 92 acierta.

Sin embargo, el A. 92 mantiene, incongruentemente con la nueva amplitud dada a la extorsión, las amenazas condicionales lucrativas con una extensión igual a la actual (artículo 174.1.º AP. 92) y, además, incrimina específicamente el chantaje (artículo 175.2.º). Con ello triplica innecesariamente la tipificación de estas conductas y engendra problemas de diferenciación que tendrán consecuencias en materia de concursos y praxis.

Por otro lado, la autonomía otorgada en la extorsión queda en entredicho por el sistema seguido en la determinación de la pena, al remitirse ésta a la prevista para el robo con fuerza en las cosas, al tiempo que con ello se dificulta una correcta interpretación del término legal «violencia», que, en opinión del profesor Octavio de Toledo, debería circunscribirse en la extorsión únicamente a la ejercida sobre las personas.

Modificándose los aspectos citados, el nuevo modelo de incriminación de la extorsión es perfectamente plausible.

La tarde del día 15 se dedicó a los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia.

Habló en primer lugar la profesora García Arán, que dedicó su intervención a un análisis general de seis de los siete Capítulos que integran el Título XVII del A. 92, dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

No obstante, tal análisis fue precedido de algunas consideraciones en torno al bien jurídico (Administración de Justicia), entendido como ejercicio de la función jurisdiccional a través del cauce reglado del proceso; bien jurídico que, a su juicio, se ve oscurecido por la inclusión en este Título de conductas que no guardan relación con el mismo; por ejemplo, los artículos 425 ó 428.4.

En lo que se refiere a cada uno de los siete Capítulos que contiene el T. XVII, éstas fueron algunas de las cuestiones que se abordaron:

Cap. I. Relativo a la prevaricación: se valoró muy positivamente su nueva ubicación sistemática, así como la reducción de la actual casuística si bien se consideró confusa la redacción dada al art. 419.2.

Cap. II. No fue tratado por la profesora García Arán por cuanto iba a ocuparse de él el profesor Luzón Peña.

Cap. III. Relativo al encubrimiento de delitos: la ponente dirigió una dura crítica al concepto de encubridor recogido en el art. 421, así como a la previsión contenida en el 421.3.º c), en tanto que manifestación de la recusable tesis del acuerdo previo.

Cap. IV,. Relativo a la realización arbitraria del propio Derecho: mantuvo la crítica doctrinal a su consideración como delito contra la administración de Justicia.

Cap. V,. Relativo a la provocación indebida de actuaciones: fue objeto de una valoración global positiva por incorporar mejoras frente a la actual regulación de la acusación falsa y la simulación de delito que, además, aparecen ubicados conjuntamente, lo cual se entendió como más correcto.

Cap. VI, relativo al falso testimonio: mereció, salvo alguna crítica, una valoración positiva, entre otras razones por la inclusión de los intérpretes junto a los peritos (art. 429), o la relativa a la presentación de documentos falsos (art. 431, p. 2), así como por el hecho de haber clarificado el ámbito de la excusa prevista para el caso de retractación (art. 432).

Finalmente, se hizo mención al Cap. VII, que recoge la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, capítulo en el que se apreciaron importantes mejoras técnicas, así como otras de carácter sistemático como la contenida en el art. 433.

A continuación intervino el profesor Luzón Peña, que se centró en la omisión de impedir o denunciar delitos y en las obstrucciones a la Justicia.

En cuanto a la omisión de impedir delitos o promover su persecución, opinó que es correcto que el art. 420 A. 92, siguiendo al P. 1980 y A.P. 1983, limite el delito a la omisión de impedir directamente delitos graves o a la de avisar a la autoridad de la comisión de delitos actuales o próximos, o sea omisión de impedirlos indirectamente, pero que, a

diferencia del 338 bis del vigente C.P., no se sancione penalmente a particulares por la omisión de denuncia de delitos pasados.

También consideró correcta la fórmula, empleada desde el P 1980, de «delito que afecte a las personas en su vida, integridad, etc.», pues así se destaca que no es punible la omisión referida a delitos de aborto, ya que el feto no es persona, lo que en cambio es dudoso en la redacción del actual art. 338 C.P.

Parece acertado aumentar a prisión de seis meses a dos años la pena si no se impide un delito contra la vida. Y ya que se admite como hecho no impedido cualquier delito —no faltas— contra la integridad o salud, libertad o libertad sexual, es coherente haber previsto desde el A.P. 1983 que, si el delito no impedido tuviera pena inferior a la de multa de 6 a 24 meses, se imponga la pena inferior en grado a la de aquél.

No comparte el profesor Luzón la supresión del apartado 3.º del correspondiente precepto del A.P. 1983: «Sin embargo, no se aplicarán las penas establecidas en el párrafo anterior al omitente que, habiéndose esforzado seriamente por impedir la ejecución o el resultado del delito, sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de algún responsable de dicho delito, o esté ligado al mismo por análoga relación de afectividad». Tal fórmula, inspirada en el parágrafo 139.3 StGB, recoge un supuesto de inexigibilidad personal a parientes y allegados, plenamente defendible. En este caso se trataría de aclarar que la exención de la obligación de denuncia a parientes del art. 261 LECR también les alcanza, con los indicados requisitos, aunque el delito sea de futura o actual comisión.

Es más, debería añadirse un párrafo que prevea la exención, en este caso por justificación, para el omitente que, habiendo hecho el mismo serio esfuerzo que en el caso anterior por impedir el delito o su resultado, está vinculado por secreto profesional: ampliando la exención de la obligación de denuncia del art. 263 LECR para abogados, procuradores o ministros religiosos, a facultativos o profesionales de la información a quienes se les haya confiado como tales, salvo que se trate de la posibilidad de impedir delitos muy graves, pues aquí la colisión de intereses se resolvería en contra del secreto profesional.

Para el profesor Luzón Peña no es conveniente que el A. 92, rompiendo con las propuestas del P. 1980 y del A. 1983, haya sacado de este Capítulo la omisión de perseguir delitos por autoridades o funcionarios obligados a ello, y que la haya llevado al Cap. II (art. 380) del Tit. XVI (de los delitos contra la Administración Pública), pues esa omisión encaja mucho mejor entre los delitos contra la Administración de Justicia. Además, ahora resulta absolutamente inconsecuente que la rúbrica del Cap. II, Tit. XVII, siga denominándose «De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución».

En cuanto a la obstrucción a la Justicia y sustracción de documentos del proceso (el Cap. VII Tit. XVII), el A. 92 tipifica entre las figuras de obstrucción a la Justicia, siguiendo al P. 80 y al A.P. 83, la conducta del abogado o procurador que destruye, inutiliza u oculta documentos o actuaciones que ha recibido en una causa, conducta no prevista expresamente en el C.P. actual. Pero hay una laguna, que conviene colmar, sobre todo dada su mayor probabilidad de comisión en el ámbito de la Justicia, respecto de particulares que por su cuenta sustraigan o destruyan documentos o efectos incorporados o destinados a incorporarse a un proceso.

El tercer ponente de la tarde, el profesor Rodríguez Ramos, dedicó su intervención a hacer algunas referencias generales sobre el Título XVI del A. 92, así como a tratar diversos aspectos de los delitos de prevaricación y cohecho.

Respecto a la primera cuestión, expuso la necesidad de reconsiderar la rúbrica del Título en favor de otra que se ajustase en mayor medida al contenido del mismo.

También hizo matizaciones de índole sistemática, concluyendo que el Tit. XVI no recoge todas las conductas que tendrían aquí su correcta ubicación, al tiempo que sí lo hace respecto de otras cuya inclusión en el mismo es más que discutible.

En cuanto a la prevaricación (arts 375 y 376), estimó correcta la no inclusión en este título de la prevaricación de Jueces, abogados y procuradores, que por razón del bien jurídico tienen un enclave más adecuado en el Título XVII (delitos contra la Administración de Justicia).

Por otra parte, afirmó que la referencia a la «injusticia», de un lado, y a la «arbitrariedad», de otra, parece una redundancia que contribuirá a generar confusión en el intérprete. Como redundante entendió también la referencia a la «autoridad» juntamente con la relativa al «funcionario», concepto que por ser más genérico permite incluir a aquél.

Respecto al cohecho, se pronunció sobre la conveniencia de introducir una excusa absoluta para el particular que habiendo accedido a cohecho a solicitud del funcionario, posteriormente lo denunciase, instrumento éste que facilitaría la persecución y descubrimiento de estos delitos.

Finalmente, y entre otras cuestiones, se refirió a la necesidad de reconsiderar el papel que al Juez penal debe concederse en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere, por cuanto en determinados casos quizás sería más conveniente que éstas fueran resueltas por Jueces de otros órdenes jurisdiccionales.

El profesor del Rosal Blasco centró su intervención en la regulación que el tráfico de influencias recibe en el A. 92, al tiempo que realizó un análisis comparativo con la legislación actualmente vigente.

Tras unas breves referencias a algunos precedentes históricos de la, no obstante, novedosa regulación actual, así como también al fundamento que desde el punto de vista político-criminal tiene la incriminación de tales conductas, pasó directamente al análisis concreto de los tipos, pudiéndose resumir su intervención en los siguientes puntos:

1. La regulación, en el Anteproyecto de Código Penal de 1992, de los delitos relativos al tráfico de influencias (arts. 400 y ss.), mantiene básicamente la regulación vigente, que es fruto de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/91, de 22 de marzo, suprimiéndose, si embargo, de aquélla el párrafo segundo del art. 404 bis c) y endureciéndose un tanto las penalidades.

2. Desde el punto de vista político-criminal es dudoso que estos preceptos vayan a servir al fin de prevenir la corrupción administrativa si antes, en el propio ámbito del funcionamiento ordinario de la Administración, no se ponen los medios para limitar el arbitrio desmesurado en la concesión de obras, etc., por un alto valor económico.

3. Ello no obstante, los preceptos considerados tienen un claro ámbito de aplicación, por lo que no son superfluos, si bien su excesiva generalidad los hace un tanto peligrosos por lo manipulables.

4. En los arts. 400 y 401 del A. 92 («ejercicio de influencias»), el tipo debería expresar más claramente la idea de determinación de la voluntad del funcionario que ha de adoptar la resolución, lo que puede conseguirse con una referencia a la «inducción» de la decisión.

5. El párrafo segundo del art. 402 del A. 92 debería suprimirse o, al menos, concretarse la necesidad de vinculación de la sociedad con el tráfico de influencias.

6. En el tipo de «ofrecimiento de influencias» (art. 402) deberían, además, concretarse los medios a través de los que se ejercitan las influencias, del mismo modo a como se hace en los arts. 400 y 401 (prevalecimiento, situación o relación), para que esta figura se diferencie claramente del cohecho.

7. Debería haber algún precepto que recogiera, como autoría, el comportamiento del tercero que se beneficia por la resolución o la promueve.

Sábado, 16 de mayo

La última Mesa de las jornadas tuvo lugar la mañana del sábado, 16 de mayo, siendo sus ponentes los profesores Lorenzo Salgado, González Guitián y Maqueda Abreu.

El profesor Lorenzo Salgado abordó la regulación que el A. 92 establece en referencia a los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupe-

ficientes y sustancias psicotrópicas, caracterizada en su opinión por su claro paralelismo con las normas y presupuestos de que parte el Derecho vigente, consolidándose, de esta suerte, la línea iniciado en el Código Penal por la reforma del 24 de marzo de 1988, reforma críticamente enjuiciada por amplios sectores doctrinales.

En consecuencia, los defectos e insuficiencias del actual texto punitivo vienen a reproducirse sustancialmente en los preceptos previstos en el Anteproyecto. Y así continúa utilizándose —en evidente menoscabo de la seguridad jurídica— la omnicomprendiva y rechazable fórmula «o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas...»; sigue sin delimitarse, de otra parte, y sin que al menos se proporcionen datos orientativos al respecto, el contenido de la expresión «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»; falta asimismo la necesaria concreción legal —a pesar de la uniformidad que la jurisprudencia ha mantenido hasta la fecha en la materia— acerca de cuáles son las sustancias que causan grave daño a la salud y aquellas que no causen tal grave daño, sin que tampoco, subsidiariamente, se especifiquen pautas que ayuden al intérprete a pronunciarse sólidamente sobre dicha distinción; y se consagra, en fin, el empleo de cláusulas como las de «notoria importancia» o «extrema gravedad», que resultan de todo punto irreconciliables con la seguridad jurídica.

Cabe resaltar, por otro lado, que en el tipo del art. 344 del A. 92 se mantienen las agravaciones del art. 344 bis a) del C.P. vigente y se añaden otras que se toman del art. 3, apdo. 5.º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Y tampoco en esta ámbito se han atendido las sugerencias que la doctrina ha venido efectuando desde la entrada en vigor de la reforma de 1983, con lo cual vuelven a aparecer errores de importancia que un texto como el A. 92 —por tantos conceptos digno de elogio, y el técnico uno de ellos— no debería consentir. Un ejemplo de lo afirmado lo constituye el traslado que se hace a los artículos 348.8.º y 350 del texto prelegislativo del contenido de los arts. 344 bis a) 7.º y 344 bis c) del C.P. vigente, preceptos estos últimos en los que, como se ha subrayado en la doctrina, se ha utilizado una «deplorable técnica legislativa».

Una novedad del A. 92 es la inclusión de la apología vinculada a delitos relativos a drogas, inclusión que se efectúa en el art. 351, que la define al igual que —con mala economía legislativa, por tanto— hacen en relación con otros delitos los arts. 449, 468 y 525. La indicada innovación, y ello es lo importante, no parece, desde luego, de recibo en un texto penal, tal y como con convincentes argumentos se ha manifestado por un relevante sector de la doctrina española. Cuestionable, asimismo, para destacados especialistas, resulta la admisión de la figura del mal llamado «narcotraficante arrepentido», otra de las novedades que

recoge el Anteproyecto, figura sobre cuya conveniencia y oportunidad no existe el deseable consenso científico y que suscita, además, fundadas dudas en lo que su eficacia se refiere.

La acusada severidad de las penas que establece el A. 92 para estos delitos merece, igualmente, una consideración crítica en tanto que no parece respetar las exigencias que un recto entendimiento del principio de proporcionalidad impone; sistema punitivo que además —desaparecida la redención de penas por el trabajo y pese a la prescripción del art. 90 que, en todo caso, habrá de conectar con lo señalado por el artículo 355—, puede conducir en la práctica a una más larga privación de libertad que la que se sigue de la censurable, por desmedida, reacción sancionadora establecida en este marco delictivo por el vigente C.P.

Debe destacarse, por último, el acierto de acoger —como también hacían el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83— una exigente específica y la correlativa atenuante de intoxicación alcohólica o de otra índole, siendo de alabar ciertamente, al propio tiempo, la mejora que supone la regulación del art. 86 del A. 92 respecto del vigente art. 93 bis C.P., precepto que amplía a tres años el límite para que sea posible la suspensión de la ejecución de la pena, ampliación acaso todavía insuficiente dadas las penas previstas para los delitos de más frecuente perpetración por los sujetos a que el artículo afecta. El citado artículo prescinde, acertadamente, del requisito que el vigente art. 93 bis, 3.º C.P. requiere y sería de desear, igualmente, en la línea de flexibilización en la que se inscribe la regulación que en este punto se propone, que la exigencia para la definitiva remisión de la pena de que esté acreditada la deshabitación del reo (art. 86, párrafo último) fuese sustituida —de acuerdo con lo que en la doctrina ya se ha reclamado— por la constancia de que hubiese existido una voluntad seria de deshabitación durante el transcurso del plazo de la suspensión.

A continuación tomó la palabra el profesor González Guitián, para tratar la regulación del delito ecológico.

Según el ponente, la regulación de los delitos ecológicos en el A. 92 esta construida sobre la base del actual art. 347 bis. El A. 92 trata de ampliar el límite de la protección penal del ambiente, lo que es positivo. En cambio, es criticable el mantenimiento de la imprecisión de muchos elementos de la regulación actual.

El A. 92 mantiene la relación de accesoriedad del Derecho Penal con respecto al Derecho Administrativo. Esta concepción no parece acertada, aun reconociendo sus problemas.

Se ha corregido la disparidad de peligros típicos del vigente artículo 347 bis, pasando a ser conductas de peligro hipotético, lo que parece correcto, aunque no lo es tanto que la salud de las personas y los bienes ambientales se mezclen en el tipo básico.

Los tipos agravados se reproducen casi literalmente, errores de redacción incluidos. En lo que se refiere al primero, sería conveniente su desaparición, con lo que entrarían, en su caso, en juego las reglas del concurso, sin necesidad de ese inciso final que se ha añadido en el A. 92.

La penalidad y la medida complementaria son más correctas que en la legislación vigente.

El A. 92 introduce dos nuevos tipos: uno sobre el abandono de residuos, con una relación de dependencia absoluta del Derecho Administrativo, lo que parece criticable y otro sobre los daños en una especie natural protegida, del que cabe pensar que tal vez su lugar más idóneo esté entre los delitos de daños.

Por último, se introduce un precepto sobre responsabilidad de funcionarios, se recoge la posibilidad de omisión imprudente y, además, se establecen algunas medidas complementarias.

Las jornadas concluyeron con la intervención de la profesora Maqueda Abreu, que analizó los delitos contra la seguridad colectiva.

En su exposición, trató de determinar, a la vista de la redacción legislativa de los diferentes tipos penales contenidos en el Título XIV del A. 92, cuáles responden a la idea de peligro abstracto y cuáles a la de peligro concreto, así como el *quantum* de peligro exigido en cada caso. Resulta innegable la dificultad de esa diferenciación.

Una interpretación del ámbito de protección de cada una de las normas que allí se describen podría, con todo, permitirnos alcanzar algunas conclusiones provisionales en esta materia, esto es, tanto en lo que se refiere a la determinación del grado de proximidad a la lesión del bien jurídico exigido como del grado de peligrosidad que se requiere en cada caso.

Este último tiene que ver con un juicio acerca de la probabilidad de lesión del bien jurídico representado por el legislador en el caso concreto para considerar el riesgo manifestado por la acción como jurídicamente desaprobado. Es un problema de «gravedad» de la conducta que, por cierto, es un requisito exigido expresamente en numerosos tipos penales (arts. 316, 321, 337 y 340). Lo que no debe interpretarse como que la ausencia expresa de ese requisito (art. 343 v. gr.) permite el castigo de conductas escasamente peligrosas. Para la punición de todo peligro se requiere, como en numerosas ocasiones lo manifiesta la doctrina, la elevada posibilidad de producción de un daño para el bien jurídico, un grado de peligrosidad relevante.

El otro problema, el de la determinación de la naturaleza de peligro abstracto o concreto de los diferentes tipos penales, presenta una mayor dificultad a la vista de la casuística y caótica descripción que se hace de los mismos en ese Título XIV del A. 92, en el que unas veces es el propio legislador el que exige la concreción de un peligro para la vida o la integridad de las personas; otras, las más, se limita a requerir

la presencia simplemente de peligro, y otras, por fin, se abstiene de formular exigencia de peligrosidad alguna. Con todo, pudieran establecerse algunos criterios generales. Según ellos, se podría afirmar que muchos de esos tipos responden a la idea de peligro concreto, por lo que en su caso debe exigirse una constatación *ex post* del riesgo creado por la acción. Así sucede, por ejemplo, cuando la descripción de la materia prohibida contiene referencias más o menos expresas a la creación de una situación real de peligro (arts. 320 a 358) o se requiere su presencia efectiva (arts. 316, 317, 322, 324, 328, 330, 331 ó 361, aún a veces incomprensiblemente referida a los bienes y con idéntica pena). O también, en aquellos supuestos típicos en que se exige la cercanía de determinados objetos de protección (vida, salud...) referidos a una o varias personas, esto es, individualizados (arts. 317, 321 ó 322).

Los tipos restantes debiera entenderse entonces que responden a la idea de peligro abstracto, para cuya punición resultaría suficiente una prueba de peligrosidad *ex ante* de la acción formalmente descrita por el legislador, por más que no haya formulación expresa alguna de peligro. Esta afirmación, que puede resultar correcta en términos generales, requiere, no obstante, de ulteriores matizaciones. Así, no son delitos de peligro, sino delitos de daños —impropiamente incluidos en este Título porque no afectan a la seguridad de las personas— todos aquellos que contienen una exigencia expresa de ausencia de peligro por haberse realizado en unas condiciones que permiten excluirlo de antemano (arts. 324.2 328.3 o 331). Del mismo modo que no parecen tener nada que ver con la salud pública esos otros tipos, como el artículo 337, que más bien aparecen configurados como pequeñas estafas; o el artículo 336, que es, sin lugar a dudas, un simple tipo de desobediencia que se ha mantenido inalterado respecto de su regulación en el Código actual (art. 343 bis), y cuya razón de ser es más que cuestionable desde el punto de vista político-criminal que toda norma debe respetar y aún desde el punto de vista constitucional; o, por último, el art. 351, donde se contempla una novedosa e inexplicable punición de la apología.

Finalmente, resulta interesante y digna de destacar, aún como posible modelo de tipificación de los delitos de peligro, la fórmula que incorpora el A. 92 en materia de incendios y estragos (arts. 322.2 o artículo 328.2). La ponente se refirió a esos tipos que aparecen configurados como de peligro concreto en los que se exige para la pena básica una implicación directa del bien jurídico tutelado, pero que contienen además una previsión atenuatoria para cuando ese peligro no tiene lugar según una constatación *ex post*, esto es, tras el conocimiento de los elementos posteriores a la realización de la acción, castigándose entonces una especie de tentativa inidónea de un peligro concreto. Si esta última previsión se empleara sólo para aquellos casos en que la

conducta, especialmente grave y peligrosa (como en esos preceptos), mereciera un adelantamiento de la intervención penal, se cumplirían entonces todas las exigencias básicas que hay que respetar en la regulación de los delitos de peligro abstracto, dejando un campo más amplio para aquellos que suponen ya una mayor cercanía a la lesión del bien jurídico o la lesión misma.

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
JAVIER MIRA BENAVENT

En la Redacción de la Revista se ha recibido el siguiente Manifiesto que, por su interés, reproducimos:

MANIFIESTO EN FAVOR DE LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA

1. El art. 10.1 de la Constitución Española de 1978 expresa las características fundamentales del Estado democrático de Derecho, afirmando que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social».

Los derechos fundamentales de la persona proclamados en la Constitución son, pues, inherentes a su dignidad y la dotan de contenido material. No pueden, por tanto, ser entendidos de forma contradictoria con lo dispuesto en el mencionado precepto, que ha de ser considerado como «tipo rector» de la interpretación constitucional de los derechos y libertades. En otros términos: los derechos fundamentales de la persona emanan de la proclamación de su dignidad como fundamento del orden político y de la paz social, y de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el art. 1.º de la norma fundamental.

2. La vida, como objeto de protección penal, no presenta, en principio, ningún problema desde el punto de vista de su reconocimiento constitucional: el art. 15 proclama taxativamente que «todos tienen derecho a la vida».

Una interpretación integrada de vida y libertad y, por consiguiente, una interpretación del art. 15 a la luz del libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico

protegido. En otros términos: la vida es un derecho, no un deber. Debe con ello ser rechazada una ficticia confrontación entre vida y libertad que se pretenda resolver apelando a la prevalencia formal de una sobre otra, en base a criterios tales como la ordenación sistemática, la intensidad de la tutela penal o la prioridad biológico-natural.

3. La regulación jurídico-penal de las conductas relacionadas con el suicidio ha de ser abordada, pues, desde una perspectiva que descansa en los principios anteriormente proclamados y, por consiguiente, afirme el reconocimiento de la disponibilidad sobre la propia vida y, correlativamente, el derecho a morir.

La vigente redacción del art. 409 del Código Penal resulta, a la luz de lo afirmado, sumamente insatisfactoria.

4. Sin embargo, la especial importancia de la vida, la irreversibilidad de las consecuencias de la decisión, la eventual implicación de terceros y la vulnerabilidad de los procesos de toma de decisión en determinadas situaciones y etapas vitales hacen necesario adoptar cuantas medidas sean posibles en orden a garantizar la plena libertad de la voluntad.

5. Lo hasta aquí afirmado pretende tener virtualidad sobre las conductas tradicionalmente calificadas de «eutanasia». La actividad médica ha de tender, en todo caso, a lograr la continuidad de la vida, salvo voluntad contraria del paciente en los términos anteriormente señalados. Sin embargo, los límites del deber de tratamiento médico no pueden estar determinados únicamente por las posibilidades técnicas del mantenimiento de la vida, sino que éste ha de fundamentarse en una finalidad curativa, incompatible con estados irracionales y degradantes de mantenimiento y prolongación de la existencia.

En ningún caso deberán ser punibles los siguientes supuestos:

1. La conducta del médico que interrumpe o deja de aplicar procedimientos terapéuticos tendentes a retrasar arbitrariamente el momento de la muerte prolongando artificialmente la agonía respecto de una persona carente de perspectivas de curación o mejora.

2. La actividad médica que aplica procedimientos analgésicos que pudieran producir el efecto de un acortamiento de la vida en un enfermo con pronóstico terminal.

3. La provocación de la muerte a petición expresa y seria del afectado para poner fin a una situación de sufrimiento o dolor, grave e irreversible, no soportable ya por el sujeto, que no pueda ser suprimida por medios distintos.

6. Merecen seria consideración otras hipótesis en las que la persona pudiera encontrarse ante situaciones vitales insoportables.

Valencia, 16 de noviembre de 1991.

FIRMANTES

- **ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO.**
Magistrado-Juez de la Audiencia Provincial de Madrid.
- **ALONSO, JOSE ANTONIO.**
Magistrado, Juzgado de lo Penal n.º 14 de Madrid.
- **ALVAREZ ALVAREZ, GREGORIO.**
Magistrado, Juzgado de lo Social n.º 1 de San Sebastián.
- **ASUA BATARRITA, ADELA.**
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.
- **BAEZA AVALLONE, VICENTE:**
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.
- **BERDUGO, IGNACIO.**
Vicerrector y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.
- **BIURRUN MANCISIDOR, GARBIÑE.**
Magistrada, Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián.
- **BOIX REIG, JAVIER.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.
- **BUSTOS RAMIREZ, JUAN.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- **CANDIL JIMENEZ, FRANCISCO.**
Profesor de Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.
- **CANTARERO BANDRES, ROCIO.**
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.
- **CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de las Islas Baleares.
- **CARMENA CASTRILLO, MANUELA.**
Magistrada. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid.
- **CONDE PUMPIDO, CANDIDO.**
Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia.
- **CUERDA RIEZU, ANTONIO.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.
- **DE PRADA, JOSE RICARDO.**
Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

- **DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante.
- **DIAZ DE RABAGO VILLAR, MANUEL.**
Magistrado de lo Social, n.º 2 de San Sebastián.
- **DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.
- **FABIA MIR, PASCUAL.**
Magistrado. Juzgado de Menores n.º 1 de Barcelona.
- **FERNANDEZ RODRIGUEZ, M.ª DOLORES.**
Profesora Titular de la Universidad de derecho de Murcia.
- **FERRE OLIVE, JUAN CARLOS.**
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.
- **GARCIA ARAN, MERCEDES.**
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- **GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.
- **GONZALEZ CUSSAC, JOSE LUIS.**
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.
- **GONZALEZ GUITIAN, LUIS.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela.
- **GONZALEZ ZORRILLA, CARLOS.**
Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- **GUINARTE CABADA, GUMERSINDO.**
Profesor Titular de Dcho. Penal de la Universidad de Santiago de Compostela.
- **GRACIA MARTIN, LUIS.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.
- **HORMAZABAL MALAREE, HERNAN.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Gerona.
- **JIMENEZ PERICAS, ANTONIO.**
Magistrado de la Audiencia Provincial de San Sebastián. Sección II.
- **LAMARCA PEREZ, CARMEN.**
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.
- **LANDROVE DIAZ, GERARDO.**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

- LARRAURI, ELENA.
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE.
Presidente de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.
- LORENZO SALGADO, JOSE M.ª.
Catedrático de Dcho. Penal de la Universidad de Santiago de Compostela.
- MANGLANO, LUIS.
Magistrado. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.
- MAPELLI CAFFARENA, BORJA.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.
- MAQUEDA ABREU, M.ª LUISA.
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada.
- MARTINEZ LAZARO, JAVIER.
Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 19 de Madrid.
- MARTINEZ PEREZ, CARLOS.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.
- MORAGUES VIDAL, CATALINA M.ª
Magistrada-Juez. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 11 Palma de Mallorca.
- MORALES PRATS, FERMIN.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria.
- MORAN GONZALEZ, MANUEL.
Magistrado de la Audiencia Provincial de Salamanca.
- MOVILLA ALVAREZ, CLAUDIO.
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.
- PANTOJA, FELIX.
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- PEREZ BENEITO ABAD, JOSE JOAQUIN.
Magistrado. Juzgado n.º 23 de Barcelona.
- PEREZ MARIÑO, VENTURA.
Magistrado. Juzgado de lo Penal de Burgos.

- PERIS, JAIME.
Profesor Titular de Derecho Penal de Valencia.
- PESTANA PEREZ, MARIO.
Magistrado de la Audiencia Provincial de Bilbao.
- RODRIGUEZ RAMOS, LUIS.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.
- SAEZ VALCARCEL, RAMON.
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid.
- SAN JOSE ARANGO, FRIEDA.
Magistrada. Juzgado n.º 43 de Madrid.
- SERRANO PIEDECASAS, JOSE RAMON.
Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.
- SOLE PUIG, ASCENSION.
Magistrada-Juez. Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 9 de Barcelona
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA.
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN.
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.
- VALLE MUÑIZ, JOSE MANUEL.
Profesor Titular de Derecho Penal de la Univ. Central de Barcelona.
- VENTURA FACI, RAMIRO.
Magistrado. Juzgado de Menores n.º 1 de Barcelona.
- VILAR BADIA.
Magistrado. Juez de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL.
Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

FASCICULO III

SECCION DOCTRINAL

<i>Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	833
<i>Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento</i> , Luis Rodríguez Ennes y Pilar Allegue Aguete	855
<i>Los delitos de insumisión en la legislación española</i> , por Nicolás García Rivas	881
<i>Fundamentos teóricos de la imputación objetiva</i> , por Yesid Reyes Alvarado	933
<i>Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , María del Carmen Alastuey Dobón	969

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU. (Breves comentarios con motivo del Trigésimo Aniversario del Código Penal Modelo)</i> , por Jaime E. Granados Peña	1023
<i>El principio de culpabilidad</i> , por Günter Jakobs	1051

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones (*)</i>	1085
--------------------------------	------

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Interpretación del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil. Consulta núm. 1/1992, de 13 de febrero. Sobre si es imprescindible la anotación de las condenas en los registros de naturaleza del penado. Consulta núm. 2/1991, de 29 de abril. Tramitación de las piezas de responsabilidad civil. Instrucción núm. 1/1992, de 15 de enero. La intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores. Instrucción núm. 2/1992, de 13 de febrero. Necesidad de que consten los antecedentes penales en las sentencias. Instrucción núm. 3/1992, de 23 de marzo. Penalidad en los delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Instrucción núm. 4/1992, de 29 de abril. Instrucción núm. 5/92, de 23 de junio. Aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. Instrucción núm. 6/1992, de 22 de septiembre.</i>	1097
---	------

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig. <i>La protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión (Comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992)</i> , por M. Teresa Castiñeira Palou	1127
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García	1139

Indice

	<u><i>Págs.</i></u>
BIBLIOGRAFIA	
<i>Revistas de Libros</i>	1165
NOTICIARIO	
<i>Jornadas sobre la reforma del Código Penal. Anteproyecto de 1992</i>	1197

INDICE

	<i>Págs.</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda), por Enrique Gimbernat Ordeig</i>	833
<i>Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento, Luis Rodríguez Ennes y Pilar Allegue Agüete</i>	855
<i>Los delitos de insumisión en la legislación española, por Nicolás García Rivas</i>	881
<i>Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, por Yesid Reyes Alvarado</i>	933
<i>Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, María del Carmen Alastuey Dobón</i>	969
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE.UU. (Breves comentarios con motivo del Trigésimo Aniversario del Código Penal Modelo), por Jaime E. Granados Peña</i>	1023
<i>El principio de culpabilidad, por Günter Jakobs</i>	1051
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones (*)</i>	1085
CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO	
<i>Interpretación del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil. Consulta núm. 1/1992, de 13 de febrero. Sobre si es imprescindible la anotación de las condenas en los registros de naturaleza del penado. Consulta núm. 2/1991, de 29 de abril. Tramitación de las piezas de responsabilidad civil. Instrucción núm. 1/1992, de 15 de enero. La intervención de los fiscales ante la jurisdicción de menores. Instrucción núm. 2/1992, de 13 de febrero. Necesidad de que consten los antecedentes penales en las sentencias. Instrucción núm. 3/1992, de 23 de marzo. Penalidad en los delitos contra el deber de prestación del servicio militar. Instrucción núm. 4/1992, de 29 de abril. Instrucción núm. 5/92, de 23 de junio. Aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. Instrucción núm. 6/1992, de 22 de septiembre.</i>	1097
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig. La protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión (Comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992), por M. Teresa Castiñeira Palou</i>	1127
<i>Jurisprudencia constitucional, por Antonio González-Cuellar García</i>	1139
BIBLIOGRAFIA	
<i>Revistas de Libros</i>	1165
NOTICIARIO	
<i>Jornadas sobre la reforma del Código Penal. Anteproyecto de 1992</i>	1197

