

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XLVII
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMXCIV**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.ª

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

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

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

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

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES



MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
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 sobre revistas de la especialidad.

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

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 547 54 22 . 28013 Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCIV

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

I.S.B.N.: 84-7787-374-7 (Fascículo 1)

I.S.B.N.: 84-7787-377-1 (Obra completa)

N.I.P.O.: 051-94-005-X

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

Depósito Legal: M. 126-1958

Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición.
Talisio, 9. 28027 Madrid

SECCIÓN DOCTRINAL

Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

I

1. Cuando von Liszt impuso en la teoría del delito la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, entendió aquélla de forma «estrictamente objetiva» (1), como «lesión o puesta en peligro de un bien jurídico» («antijuridicidad material»), pero al mismo tiempo como «infracción de una norma estatal, de un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico» («antijuridicidad formal») (2), esto es, como antinormatividad. Ya Binding había advertido que, entendida objetivamente la antijuridicidad (3), no podía suponer una plena antinormatividad, para la que exigió la «culpabilidad» del sujeto (4). El pro-

(1) Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18.^a ed., 1911, § 32, III 4, p. 146. Como es sabido, en esto, como en otras de sus ideas fundamentales (la idea de *fin*, la de *interés*, la de *lucha o conflicto de intereses*, etc.), VON LISZT siguió a su maestro, el gran civilista Ihering. Sobre los orígenes del concepto de antijuridicidad, que tiene otros antecedentes, cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, p. 273.

(2) Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch...*, cit., § 32, I 1, p. 143, y § 26, I 1 b, p. 120.

(3) El mismo Binding utilizó el término «antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeit*) en el sentido objetivo de lesión de un derecho subjetivo o «insoportabilidad jurídica» (*Rechtsunerträglichkeit*), que en sí mismo no implica la voluntad consciente del sujeto: Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 24 s., 30.

(4) Cfr. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 159: «... die schuldlose Uebertretung der Norm... keine Uebertretung ist. Normwidrigkeit und schuldhaftes Normwidrigkeit sind identisch. Es giebt kein schuldloses, kein sog. objektives Unrecht.» («... la infracción no culpable de la norma... no es infracción alguna. Antinor-

pio von Liszt reconoció que el *Unrecht*, el injusto, exigía no sólo la «antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeit*), sino también la «culpabilidad» (el dolo o la culpa) (5). La evolución posterior de la teoría del delito ha confirmado la imposibilidad del intento de von Liszt de entender objetivamente la infracción de una norma que no sea sólo de valoración, sino un verdadero «mandato o prohibición».

Ello se puso ya de manifiesto cuando el neokantismo profundizó en el significado normativo-valorativo del delito y de la antijuridicidad. Aunque este otro planteamiento no llevó a abandonar el entendimiento básicamente objetivo del injusto (6), sí condujo a renunciar a la identificación de la antijuridicidad con la infracción de la «norma de determinación». Así, Mezger reconoció que la infracción de esta norma exigía la imputación subjetiva y personal (que en este contexto se denominaba «culpabilidad» y comprendía el dolo o la culpa). La antijuridicidad, entendida como juicio de desvalor objetivo, sólo podía ser infracción de la «norma de valoración» (7).

Pero esta construcción tropieza con la siguiente aporía: si se concibe la norma de valoración como distinta de la norma de determinación (como parecía hacer Mezger), se está afirmando que una norma jurídica pueda consistir en una pura valoración desprovista de carácter *prescriptivo*, lo que se aparta del sentido usual de la palabra «norma» y desconoce la función reguladora de conductas de las normas jurídicas; pero si las expresiones «norma de valoración» y «norma de determinación» se entienden en el sentido de dos aspectos o funciones de una sola norma, la sola oposición a la valoración no es infracción de toda la norma. Entendida como oposición a la valoración de la norma prohibitiva, la antijuridicidad no significa, pues, infracción completa de la norma. El entendimiento normativo de la antijuridicidad por parte del neokantismo no permitió explicar aquella como antinormatividad, en el sentido de infracción de la norma prohibitiva (norma primaria, norma de conducta).

Welzel y Armin Kaufmann refirieron el término «antijuridicidad» a la infracción completa de la norma, en el sentido de Binding (8).

matividad y normatividad culpable son una una misma cosa. No hay un injusto no culpable, no existe el llamado injusto objetivo»).

(5) Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch...*, cit., § 26, I 1 c y 2, p. 121, y § 32, I, p. 143.

(6) Si bien hubo de reconocer la imposibilidad de formular el juicio de desvalor objetivo de antijuridicidad sin tener en cuenta los «elementos subjetivos del injusto», lo que abrió una vía que había de desembocar en la aceptación de que también el dolo condiciona el significado valorativo objetivo del hecho y, por tanto, su valoración objetiva como injusto (sobre esto *vid. infra*, II 4).

(7) Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Rodríguez Muñoz, t. I, 1935, pp. 279 ss., 284 ss.

(8) Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 50, y, sobre todo, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., *passim*. También Kant identificó el injusto («Unrecht», *factum illicitum*) con el hecho contra-

Del mismo modo que trataron de completar el proceso iniciado por el neokantismo de consideración de todo el sentido del hecho, que depende tanto de su parte objetiva como de su parte subjetiva, como base del juicio de antijuridicidad, se propusieron también superar la escisión de la antinormatividad en los dos aspectos de contrariedad a la norma de valoración y de infracción de la norma de determinación. Todo el hecho, objetivo y subjetivo, debía ser objeto de valoración, unitaria, en la antijuridicidad, y ésta había de cobijar toda la antinormatividad del hecho. Y como lo específico de la norma de conducta (norma primaria) infringida es regular el comportamiento del ciudadano mediante un imperativo (¡no matarás!), la infracción de dicha norma presupone no sólo un comportamiento objetivamente desvalorado como indeseable, sino también una voluntad consciente del sujeto a la que pueda dirigirse el mandato normativo.

Pero Welzel no extrajo todas las consecuencias de este cambio de planteamiento. Sólo puede infringir una norma quien puede cumplirla. *Ad impossibilia nemo tenetur*: Nadie está obligado a lo imposible. Kant lo formuló diciendo: el *deber* implica el *poder* (9). Binding expresó lo mismo afirmando que «El Derecho no puede, puesto que es racional, exigir lo imposible» (10). Sólo puede infringir la prohibición de la norma de realizar un determinado comportamiento quien es consciente de que realiza dicho comportamiento. La infracción de la prohibición del homicidio voluntario presupone el dolo natural de matar. Esta consecuencia es central en el finalismo. Pero existen otros condicionamientos personales de la posibilidad de cumplimiento e infracción de la norma que Welzel mantuvo en la culpabilidad. Piénsese en el poder individual de cumplimiento de la norma de cuidado inferior o superior al del hombre medio, o en el error de prohibición. Es lógico que en la sistemática neokantiana todas estas componentes individuales y subjetivas quedasen fuera del injusto, como condición de infracción de la norma de determinación situada en la culpabilidad. Pero si toda la infracción de la norma pasa a estar en la antijuridicidad, todo lo que condiciona la posibilidad de cumplimiento de la norma, y por tanto también de su infracción, por parte de su destinatario, habrá de contemplarse en la antijuridicidad.

Estas consideraciones han de llevar, según creo, a incluir en el injusto no sólo el dolo natural y la infracción del deber objetivo de cuidado, sino también el conocimiento de la prohibición y las con-

rio a deber («pflichtwidrig»), que también denominó transgresión («Übertretung»); para que la transgresión fuera dolosa exigió «la conciencia de que es una transgresión»: *Die Metaphysik der Sitten*, en Kant Werke (Darmstadt), 1983, vol. 7, p. 330.

(9) Cfr., p. ej., KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, loc. cit., p. 509 [= trad. de Adela Cortina y Jesús Conill (Tecnos), 1989, p. 229].

(10) Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II-1, 2.^a ed., 1914, p. 145.

diciones personales de la imprudencia, incluidas las que se refieren a la vencibilidad del error de tipo, de tipo negativo y de prohibición (11).

Por otra parte, la norma primaria, como norma determinadora de conductas, no puede prohibir la *efectiva producción de un resultado (ex post)* de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo las *conductas capaces ex ante* de ocasionar aquel resultado (12). Esta consecuencia hace aún más insatisfactoria la identificación de antijuridicidad objetiva y antinormatividad. No se trata sólo de que a la antijuridicidad objetiva *le falte* algo para su plena antinormatividad, sino de que además *le sobra* precisamente su punto de partida fundamental: el desvalor del resultado.

2. Esto pone de manifiesto que los conceptos de antijuridicidad objetiva y antinormatividad son *radicalmente divergentes*. Pero si no es posible mantener su identificación, sí es conveniente diferenciarlos claramente (13). Ambos conceptos son útiles y convenientes, a condición de que se adviertan su distinto significado y sus diversas funciones. El juicio de antinormatividad *no puede* recaer directamente sobre lo que el legislador *quiere* evitar (el resultado de lesión o de puesta en peligro no justificado), sino solamente en aquello sobre lo que la norma puede influir: una conducta objetivo-subjetiva que el sujeto pueda evitar y saber prohibida. Lo antijurídico en el sentido de antinormativo es lo *imputable* como infracción *personal* de la norma. En cambio, **la antijuridicidad objetiva sólo puede admitirse si no se entiende como infracción de la norma primaria, sino**

(11) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., 1982, pp. 74 ss., 78 ss., 80 ss.; el mismo, «Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 255 ss.; el mismo, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho penal español», en *La Ley*, 6 febr. 91, pp. 1 ss. KANT ya exigió el conocimiento de la ley para la imputación de la acción: *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 329 (= trad. cit., p. 30).

(12) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 57 ss.; el mismo, *Derecho penal*, 3.^a ed., 1990, pp. 142 ss.

(13) Aparte de lo que a continuación diré respecto al Derecho penal, no puede tampoco desconocerse que en otras ramas del Derecho se maneja un concepto de antijuridicidad, ilicitud o contrariedad a Derecho de carácter objetivo (aunque no necesariamente coincidente con el que propondré para el Derecho penal): así, p. ej., no sólo en Derecho civil, en orden a la responsabilidad por daño y a otros efectos, sino también en el Derecho procesal, que se refiere en este sentido a los recursos de casación por «infracción de ley» (así art. 849 LECr) y obliga a estimar el recurso contencioso-administrativo cuando exista «infracción del ordenamiento jurídico» (art. 83 LJCA). En todos estos casos puede bastar un concepto objetivo de antijuridicidad porque en ninguno de ellos se trata de *imputar a un sujeto* una infracción (ni siquiera en la responsabilidad civil por daño, que se basa en la imputación de un daño y no de una infracción en cuanto tal (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 15 s.), aunque la antijuridicidad del daño sea un criterio importante de imputación del mismo.

como juicio de desvalor expresivo de la nocividad de un determinado hecho para un bien jurídico no justificada por otro interés superior.

Lo objetivamente antijurídico es, en este sentido, ante todo un *resultado*, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Si, entendida como antinormatividad, la antijuridicidad sólo puede predicarse de una conducta (*ex ante*), entendida como lesión de los intereses del Derecho arranca del desvalor del resultado (*ex post*).

Ello no significa que ambos conceptos —el de antijuridicidad objetiva como lesividad y el de antijuridicidad como antinormatividad— no se hallen íntimamente *relacionados*. En primer lugar, las conductas antinormativas se hallan prohibidas en la medida en que pueden producir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico indeseable. Ello no presupone la efectiva producción de dicho resultado, pero sí una previa valoración jurídica negativa de la *posible* lesión o puesta en peligro, esto es: un juicio de antijuridicidad objetiva referido al resultado que la norma pretende evitar. La antijuridicidad objetiva del resultado a evitar es *presupuesto de la prohibición* por parte de la norma de la conducta que *ex ante* lo puede producir y, por tanto, de su antinormatividad.

En segundo lugar, como más abajo fundamentaré, en Derecho penal la lesión o puesta en peligro sólo puede desvalorarse en cuanto constituya el *resultado* objetivamente imputable de una conducta peligrosa *ex ante*. Pues bien, la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta es el presupuesto objetivo de la antinormatividad de dicha conducta. Para que ésta concorra completa sólo le falta la imputación personal de la «infracción objetiva» (14) representada por la conducta objetivamente peligrosa.

Por último, los tipos penales parten de la exigencia de producción de una lesión o puesta en peligro. Este resultado no es necesario para la infracción de la norma, pero sí condiciona su tipicidad penal y, por tanto, el carácter *penal* de la antinormatividad.

Todo ello —la prioridad lógica de la antijuridicidad objetiva del posible resultado respecto de la antinormatividad de la conducta, el hecho de que la antijuridicidad objetiva ya aporta el presupuesto objetivo de la antinormatividad, y la necesidad de que se produzca un resultado objetivamente antijurídico para que la infracción de la norma sea penalmente típica— hace conveniente partir de la antijuridicidad penal objetiva (no entendida como antinormatividad) como base de la antijuridicidad penal completa (entendida como antinormatividad). Existen también importantes razones político-criminales que

(14) Esta expresión (sólo) puede usarse a condición de que se advierta que la conducta de un sujeto sólo puede verse como infracción *suya si* le es imputable no sólo objetiva, sino también subjetivamente, personalmente, y que, por consiguiente, una «infracción objetiva» no es todavía una infracción completa *de nadie*.

abonan este planteamiento. En la tercera edición de mi *Derecho Penal* he reconocido: «El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un *hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el principio de dañosidad o lesividad (nullum crimen sine iniuria)*, vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos (...), ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal» (15). Es evidente la vinculación político-criminal de este punto de partida con la función de protección de bienes jurídicos que ha de caracterizar al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Dogmáticamente también es conveniente poder distinguir entre el hecho objetivamente indeseable para el Derecho penal (esto es, indeseable para el Derecho penal con independencia de si puede prohibirse en concreto a su autor) y el hecho que además infringe subjetivamente la norma. En este trabajo trataré de delimitar el concepto de antijuridicidad penal objetiva del de antijuridicidad penal completa, y esbozaré una estructuración de la teoría del delito que arranque de esta distinción.

II

1. El juicio de antijuridicidad objetiva procede de la valoración positiva (16) de ciertos bienes por parte del Derecho y se refiere a hechos negativos para dichos bienes jurídicos. Una primera posibilidad de entendimiento de este concepto sería, pues, la de identificarlo con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ahora bien, aunque este aspecto ha de constituir el punto de partida de la teoría del delito en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, nunca ha sido considerado suficiente para afirmar el desvalor jurídico del hecho. Por lo menos se exige siempre que el ataque al bien jurídico no se halle amparado por una *causa de justificación*. Aquí entiendo por tal no toda causa de exclusión de la antinormatividad, sino sólo aquella situación en que deja de ser objetivamente indeseable para el Derecho la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. No incluyo en el concepto de causa de justificación, en este sentido estricto, los casos en que sólo se excluye el desvalor *personal* de la conducta del autor (cfr. *infra*, III 2).

Por otra parte, la lesión de un bien jurídico sólo se desvalora por el Derecho cuando es imputable a una conducta objetivamente desvalorada por su peligrosidad para aquel bien jurídico. La lesión del bien jurídico sólo aparece como desvalor de *resultado* cuando puede considerarse *resultado de una conducta así* desvalorada. A este aspecto me referiré más abajo.

(15) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 122 s.

(16) Adviértase, sin embargo, que no hablo aquí de «norma de valoración», por las razones indicadas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el Derecho vigente castiga tanto delitos de acción como delitos de omisión, que cuando son de comisión por omisión no suponen la realización activa de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino su no evitación en ciertas condiciones.

Para que el injusto objetivo tenga carácter jurídico-penal es necesario, por último, que el ataque al bien jurídico se halle previsto en un *tipo penal* y que no concurra alguna causa de exclusión de la relevancia penal del injusto (17). El tipo penal cumple la función de selección de los ataques a bienes jurídicos que en general importan al Derecho penal. Los hechos penalmente típicos pueden estar plenamente justificados, pero también pueden producirse en situaciones particulares que, aun sin justificar completamente la conducta, la hagan insuficientemente grave para mantener su relevancia jurídico-penal (18). No podrá decirse que el hecho típico está objetivamente desvalorado por el Derecho penal ni cuando esté justificado plenamente, ni cuando su gravedad sea penalmente insuficiente. Por otra parte, la ausencia de justificación de la conducta es compatible con la disminución de la relevancia jurídico-penal de la misma, lo que sucede cuando falta el conocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de la justificación: éstos no bastan para justificar el hecho, pero sí disminuyen su relevancia jurídico-penal (19).

Todo ello conduce a las siguientes *conclusiones provisionales*: La antijuridicidad penal objetiva es un juicio de desvalor (no de antinormatividad) que expresa el carácter jurídico-penalmente indeseable de un hecho y que, por de pronto, requerirá: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) penalmente típica (3) imputable a una conducta peligrosa o a su no evitación (4) y objetivamente desvalorada por el Derecho penal.

2. La antijuridicidad objetiva empieza por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo penal (o tipicidad penal *ex post*) (20). Los tipos penales, tanto si son de resultado como de mera actividad, describen siempre hechos efectivamente acaecidos (sea la producción de un resultado separado, sea la propia conducta prevista en los tipos de mera actividad, sean los actos de ejecución necesarios para la tentativa, la frustración y la tentativa inidónea). En la medida

(17) Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, *passim*; el mismo, «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Festschrift für Spindel*, 1992, 189 ss.

(18) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 132, 133, 158, 455 s.

(19) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 450 ss.

(20) Cfr. esta terminología en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 406 s., en que acertadamente señala que es ésta «la tipicidad en sentido estricto, pues no hay que olvidar que los tipos legales están configurados sobre la base de verbos resultativos, de modo que contemplan el proceso *ex post*».

en que también la conducta ha de «resultar» efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta). La antijuridicidad objetiva parte del desvalor de tales resultados: parte del *desvalor de resultado*.

El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una *lesión* de un bien jurídico, que en aquellos cuyo resultado (separado, como en los delitos de peligro concreto, o no, como en los delitos de peligro abstracto) es una *puesta en peligro*. En los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos. A su vez, y por esta misma razón, los delitos de peligro concreto contienen un desvalor de resultado mayor que los delitos de peligro abstracto.

3. a) Ahora bien, en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone que aquél pueda imputarse a una conducta peligrosa como *resultado de la misma*. Esto hace necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante* para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión. Desde un punto de vista exclusivamente *ex post*, habría que desvalorar toda acción efectivamente causal de la lesión, aunque *ex ante* apareciese como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello llevaría a los conocidos inconvenientes que trató de superar la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después.

El desvalor de resultado (a valorar *ex post*) presupone, pues, también el *desvalor objetivo de la conducta* (a valorar *ex ante*). Ambos aspectos proceden de una relación negativa del hecho con el bien jurídico. Ello es evidente en el desvalor del resultado. Pero también el desvalor objetivo de la conducta que aquí importa se funda en su peligrosidad para el bien jurídico. Ahora bien, mientras que el desvalor del resultado ha de enjuiciarse *ex post*, el desvalor objetivo de la conducta ha de enjuiciarse *ex ante*. El desvalor del resultado es desvalor de la lesión producida. El desvalor objetivo de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo (el hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*. El desvalor objetivo de la conducta es, en realidad, desvalor *intersubjetivo ex ante*. Mientras que el desvalor del resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico), el desvalor objetivo de la conducta exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa (riesgo no permitido) para un espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor. Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado objetivamente imputable.

b) Mientras que en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone una conducta peligrosa anterior (aunque pue-

da ser inmediatamente anterior), en los delitos de mera actividad el desvalor de resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa. Así sucede en la tentativa y frustración (idóneas e inidóneas) y en los delitos de peligro abstracto. Pero ello no significa que en estos casos la antijuridicidad objetiva pueda decidirse desde una perspectiva exclusivamente (21) *ex post* (esto es, en función de la comprobación *ex post* de la efectiva capacidad lesiva del hecho). Si sólo valorásemos el hecho *ex post*, con todos los datos que tenemos en el momento del enjuiciamiento posterior, no sólo no podríamos desvalorar la tentativa inidónea, sino tampoco la tentativa ni la frustración idóneas, pues desde un punto de vista absolutamente *ex post* es evidente que siempre se han demostrado incapaces de producir la lesión. Tampoco podríamos desvalorar los delitos de peligro, por la misma razón. Sólo podemos desvalorar todos estos hechos desde una perspectiva *ex ante*, aunque objetiva, o mejor, intersubjetiva. La antijuridicidad objetiva no es, pues, necesariamente un juicio sólo *ex post*.

c) Finalmente, desde un punto de vista *ex post* tampoco sería posible una *justificación* objetiva de la conducta distinta a la justificación del resultado. Detengámonos brevemente en este último punto. Según la opinión dominante, la legítima defensa no requiere que la lesión ocasionada al agresor ilegítimo resulte absolutamente necesaria *ex post*. También se considera justificada la defensa que *ex ante* cualquiera hubiera considerado necesaria, aunque por la urgencia y demás características de la situación acabe produciendo un resultado en sí mismo no necesario *ex post*. Es el caso del disparo defensivo no dirigido a una parte vital del cuerpo del agresor, que el hombre medio hubiera considerado necesario *ex ante* para impedir la agresión, pero que acaba por ocasionar la muerte del agresor. No era necesario matar al agresor, pero el disparo era, en la situación concreta, medio necesario para la defensa. A esto parece referirse el Código penal español cuando considera bastante la «necesidad *racional* del medio empleado» (22).

4. a) El juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal objetiva, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta

(21) Digo «exclusivamente», porque incluso cuando no es precisa la lesión del bien jurídico, como ocurre en la tentativa, en la frustración y en los delitos de peligro, la antijuridicidad objetiva exige la comprobación *ex post* de que se ha realizado efectivamente la conducta típica: los actos de ejecución o la conducta peligrosa. Por otra parte, la diferencia de significado de la tentativa inidónea y de la idónea sólo puede proceder de la comprobación *ex post* de la idoneidad que en un primer momento (aunque sólo en éste) manifiesta la tentativa idónea y no la inidónea; cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 69 s.

(22) Cfr., p. ej., MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 469.

el *aspecto subjetivo* del hecho (23). No es posible si se admite el punto de partida de la teoría de la adecuación, que hoy maneja la moderna teoría de la imputación objetiva: que no puede decirse, p. ej., que «mata» el que interpone cualquier condición causal de una muerte, aunque fuera imprevisible para el hombre medio, o *prudente*, situado *ex ante* con los *conocimientos* que dicho hombre ideal tendría en la situación ante la que se encuentra el autor, *además* de los *conocimientos especiales* de que pudiera disponer el autor (24). Este planteamiento sólo puede rechazarse a cambio de tener que afirmar que el que hace subir a otro en un avión le «mata» si éste encuentra la muerte en un accidente, tanto si el que aconseja el vuelo conocía o no de antemano la circunstancia, no cognoscible para un usuario prudente, que determinó el accidente. Si se afirmase la imputación objetiva del resultado siempre que éste fuera cognoscible para *cualquier* hombre, habría que admitir la imputación en este caso, aunque el autor no estuviera dotado del conocimiento excepcional de que en el avión había instalada una bomba o, incluso, de que en el avión había un fallo técnico no apreciable para el usuario. Y si se tuviese en cuenta únicamente lo cognoscible para un usuario medio y no el conocimiento especial de la existencia de la bomba que tuviera el autor, habría que negar la imputación de la muerte aunque concurriera este conocimiento. Ninguna de ambas soluciones es admitida por la opinión dominante, y desde luego encontraría rechazo en el uso del verbo «matar» en el lenguaje ordinario. Esto último pone de manifiesto que la valoración social (objetiva) de una conducta como, p. ej., de «matar», tiene en cuenta los conocimientos del hombre medio y del autor en los términos de la opinión dominante.

b) Se sigue de lo anterior que el desvalor intersubjetivo de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado y, por tanto, de la

(23) Que la antijuridicidad puede ser calificada de «objetiva» pese a condicionarse a elementos subjetivos es algo que se admite desde la introducción de los elementos subjetivos del injusto en el neokantismo y que se mantiene incluso desde la sistemática finalista: cfr., p. ej., WELZEL, Lb, p. 51: «La antijuridicidad sólo es objetiva en el sentido de juicio de valor *general*: su objeto, la acción, es, por el contrario, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos». Cfr. también JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, p. 327: «El carácter objetivo de la antijuridicidad no implica, sin embargo, que el injusto abarque sólo a elementos del mundo exterior. Por el contrario, el concepto de «objetivo» debe entenderse en el sentido de «válido en general».

(24) Cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 2.^a ed., 1994, § 11/32 y 46. El término generalmente usado en alemán para caracterizar a lo que en España se suele denominar hombre «medio» es el de «*einsichtig*», que puede traducirse por «prudente» o «inteligente». Pero no debe pensarse, entonces, en un hombre dotado sólo de *mediana* prudencia o inteligencia, sino de *toda* la prudencia o inteligencia que cabe imaginar en el buen ciudadano.

antijuridicidad objetiva, no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho. Ello, que manifiesta la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho (25), plantea la cuestión de qué elementos subjetivos han de ser tenidos en cuenta para el juicio de antijuridicidad objetiva. En particular, debe examinarse si dicho juicio ha de tomar en consideración la concurrencia de *dolo natural o error* en el sujeto.

El criterio utilizado por la teoría de la adecuación y por la moderna teoría de la imputación objetiva trata de separar los conocimientos que se imaginan en el hombre medio prudente y los que realmente posea el sujeto. No puede hacerlo respecto a los conocimientos especiales superiores que pueda poseer el sujeto, que se tienen en cuenta, pero sí respecto al conocimiento inferior del autor. Esto es: en caso de error en el sujeto, el mismo no se traslada al hombre prudente imaginado que no hubiera caído en dicho error. En otras palabras, el error vencible (objetivamente) no se considera obstáculo a la imputación objetiva del resultado. Por tanto, la presencia o ausencia de dolo natural en el sujeto no se toma en consideración, por sí misma, para decidir la imputación objetiva. Sólo la *invencibilidad objetiva* del error —y no el error mismo—, habría de conducir a la negación de la previsibilidad para el hombre prudente y para la imputación objetiva.

Este planteamiento me parece razonable si se trata de decidir la *concurrencia o ausencia* de la antijuridicidad objetiva, pero no permite advertir la necesidad de *diferenciar y graduar* el desvalor propio de la antijuridicidad objetiva del hecho doloso y el que corresponde al hecho imprudente. Me parece correcto afirmar que el error *no excluye* la antijuridicidad objetiva del hecho, pero creo necesario añadir que el mismo *disminuye* la gravedad del contenido material de dicho juicio (26).

La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa (27). Su valoración social objetiva depende de ambos aspectos. La sociedad valora de forma completamente distinta, como dos clases muy diferentes de hechos, los homicidios dolosos y las muertes ocasionadas por imprudencia. También la valoración jurídico-penal objetiva de un hecho, como más o menos indeseable, depende de si se realiza voluntariamente y a conciencia de los elemen-

(25) Cfr. MIR PUIG, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, pp. 265 ss.

(26) Soy consciente de que este punto y el relativo a las facultades sobresalientes del autor en la imprudencia son los que pueden despertar mayores dudas. La delimitación de lo objetivo y lo subjetivo del hecho continúa siendo una de las cuestiones más oscuras de la teoría del delito. En cualquier caso, este aspecto no compromete el sentido general ni la validez de la distinción de los conceptos de antijuridicidad objetiva, como juicio de indeseabilidad objetiva-intersubjetiva del hecho, y antinormatividad, como infracción personal de la norma, sobre la que gira este trabajo.

(27) Cfr. MIR PUIG, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, p. 257.

tos del mismo que lo hacen típico o, por el contrario, se efectúa sin voluntad o sin dicho conocimiento. El Derecho penal distingue los tipos dolosos de los culposos y señala mayor pena a los primeros.

A mi juicio, ello se debe no sólo a la imposibilidad de imputar un hecho a quien no es consciente de que lo realiza, sino también a la mayor peligrosidad que en principio supone el hecho de que la conducta se dirija intencionalmente a lesionar un bien jurídico-penal (dolo directo de primer grado), de que se realice pese a saber seguro que producirá el resultado (dolo directo de segundo grado) o de que se acepte como capaz de producir la lesión sin intentar ni esperar poder hacer nada por evitarlo (dolo eventual). En cambio, ha de considerarse como factor que disminuye la peligrosidad de la conducta el hecho de que el sujeto no quiera la lesión y trate de evitarla o pueda confiar en hacer algo para evitarla, como sucede en las conductas imprudentes. Por otra parte, la lesión dolosa manifiesta una *actuación opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, bien distinto al del hecho imprudente (28). Todo ello explica que la sociedad y el Derecho valoren objetivamente de forma completamente distinta una lesión voluntaria y consciente que una lesión no querida, aunque sea imprudente (29).

Una prueba de que el juicio de antijuridicidad objetiva no puede efectuarse sin tomar en consideración la voluntad consciente manifestada en el hecho, es que de otro modo no sería posible decidir correctamente la concurrencia de las *causas de justificación*. Para decidir, por ejemplo, si la muerte del agresor producida por el agredido era necesaria para impedir la agresión, puede ser necesario saber si el agredido disparó directamente a matar o si se limitó a disparar como pudo sin querer matar. Es más fácil admitir la legítima defensa en el segundo caso que en el primero, y no sólo por razones morales o subjetivas, sino porque puede que fuera objetivamente necesario disparar con rapidez, con la consiguiente posibilidad de producir la muerte, pero que no fuera necesario tirar a matar. No hay legítima defensa si el agredido, tirador de mediana puntería, mató intencionalmente al agredido cuando era más probable que no hubiera producido la muerte si hubiera apuntado, como podía haber hecho, a una parte no vital de su cuerpo. En cambio, ante la misma agresión, la muerte puede estar justificada si de todos modos se produjo pese

(28) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pp. 66 ss.; el mismo, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, cit., p. 259.

(29) Con frecuencia esta diferencia de valoración objetiva se refleja en la distinta denominación, en el lenguaje social y en el jurídico, de los hechos dolosos y culposos que producen un mismo resultado. Por poner sólo un ejemplo, La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas inhumanos o degradantes de 10 diciembre 1984 (BOE núm. 268, de 9 nov. 1987), define la «tortura» como «todo acto por el cual se inflija *intencionadamente* a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales».

a apuntar el agredido a una parte no vital. Es evidente que hay más peligro estadístico de muerte para el agresor si el agredido apunta a una parte vital del cuerpo de aquél, que si apunta a una parte no vital, aunque acabe ocasionando la muerte. Y adviértase que la diferencia no puede apreciarse teniendo en cuenta sólo la objetiva dirección del disparo defensivo, pues el disparo no doloso puede, por la urgencia de la situación, acabar siguiendo el mismo curso que el doloso —lo que no obsta a que tenía menos posibilidades de acabar siguiendo este curso que el disparo intencional.

No sería correcto, por tanto, decidir la concurrencia de las causas de justificación y, en consecuencia, la antijuridicidad objetiva, sobre la única base de la parte externa del hecho (30).

5. Las consideraciones efectuadas conducen a afirmar que el desvalor objetivo (intersubjetivo) de la conducta dirigida voluntariamente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o consciente de su significado de lesión o puesta en peligro, es distinto y mayor que el desvalor objetivo (intersubjetivo) que corresponde a la conducta imprudente. En el primer caso se desvalora la conducta en cuanto unidad interno-externa tendente a la realización del tipo. En el segundo caso se desvalora una conducta que en cuanto unidad interno-externa sólo tiene el significado de creación imprudente del riesgo de producción de la lesión o puesta en peligro típica. Pero, ¿qué elementos objetivos y subjetivos condicionan este desvalor objetivo de la conducta imprudente?

Desde el punto de vista que ahora adoptamos, el de la relación negativa de la conducta con el bien jurídico, importa la *peligrosidad objetiva* de la conducta para dicho bien, en la medida en que desborde el marco del *riesgo objetivamente permitido*. Ello exige utilizar el criterio intersubjetivo del hombre prudente (no sólo *medianamente* prudente, sino *todo* lo prudente que debe ser el buen ciudadano) situado *ex ante* en la posición del autor con los conocimientos que en dicha situación poseería el primero, además de los conocimientos especiales superiores de que pudiera disponer el autor. El *desconocimiento evitable* (error evitable, culpa inconsciente) por parte del autor impide afirmar el desvalor objetivo del hecho doloso, pero no impide la presencia de imprudencia objetiva. La *incapacidad personal* del sujeto para observar el cuidado objetivamente necesario tampoco excluye la imprudencia objetiva. La antijuridicidad objetiva del hecho imprudente no puede decidirse desde el punto de vista del

(30) No puede admitirse, por ello, la interesante propuesta de Kindhäuser de examinar las causas de justificación tras la sola comprobación del desvalor del resultado. Comparto, en cambio, su propuesta de empezar el análisis del delito por este desvalor del resultado. Cfr. KINDHÄUSER, *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*, conferencia pronunciada en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), 1993, en prensa; las bases de su concepción del delito se encuentran en el mismo, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29-131, y por lo que respecta a la justificación, pp. 106 ss.

sujeto, sino desde un prisma intersubjetivo —aunque se refiera a los elementos internos y externos de la conducta—. Importa aquí el llamado *deber objetivo de cuidado*. No impide su infracción la incapacidad personal del autor de observar dicho deber objetivo (31).

Ello no ha de ser óbice, sin embargo, para determinar el nivel de riesgo permitido teniendo en cuenta las *facultades especiales* (sobresalientes) que pueda tener el autor. Así lo exige la coherencia con el planteamiento generalmente aceptado en cuanto a los conocimientos especiales del autor. Si no se excluye la imputación objetiva del resultado por el error (conocimiento *inferior*) que no se daría en el hombre prudente (32), tampoco ha de excluir la imprudencia objetiva una capacidad del sujeto inferior a la de dicho hombre medio. Pero si, en cambio, los conocimientos especiales *superiores* del sujeto han de ser tenidos en cuenta para afirmar la imputación objetiva del resultado, también deberán ser tomados en consideración para afirmar la imprudencia objetiva las facultades especiales superiores del sujeto.

Pero no estará de más indagar acerca del fundamento de este trato diferenciador de los conocimientos o facultades inferiores y de los superiores. Hay por de pronto una razón derivada del orden cronológico en que hay que analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito: la negación de la antijuridicidad objetiva implica necesariamente la imposibilidad de imputarla al sujeto, por lo que, si se negase aquélla desconociendo los conocimientos o facultades superiores del sujeto, ya no podría afirmarse la presencia de delito. Y, sin embargo, esta conclusión no parece razonable cuando el sujeto dispone de conocimientos especiales que le permiten saber que producirá la lesión típica —como en el ejemplo del que conoce la presencia de la bomba en el avión—, o posee facultades sobresalientes mediante las cuales puede hacer menos peligrosa su actuación —como en el caso del cirujano excepcional capaz de utilizar una técnica que la mayoría de médicos no puede usar—. El problema no se plantea cuando los conocimientos o facultades del sujeto son inferiores. Aunque se empiece por afirmar la imputación objetiva o la imprudencia objetiva, la inferioridad de conocimientos o facultades se podrá tener en cuenta más adelante, al examinar la imputación subjetiva. Pero aparte de esta razón sistemática, ¿hay alguna otra de fondo relacionada con la naturaleza de la antijuridicidad objetiva que justifique que la misma se condicione a conocimientos o facultades superiores y no a conocimientos o facultades inferiores?

(31) Manejamos aquí los términos «deber» e «infracción» por ser usuales, pero, según la concepción aquí defendida de la antijuridicidad objetiva, como distinta de la antinormatividad, la misma no supone en sí misma ningún deber ni infracción en sentido estricto.

(32) Aunque, como se ha visto, a mi juicio dicho error sí impide apreciar la antijuridicidad objetiva propia del hecho doloso.

La antijuridicidad objetiva (intersubjetiva) requiere una conducta desvalorable desde el punto de vista de un hombre dotado de toda la inteligencia, prudencia y capacidad que el derecho espera de un buen ciudadano, situado en la posición del autor. Pues bien, si el autor posee conocimientos especiales, ese hombre ideal puede y debe imaginarse en posesión de tales conocimientos, pues sin duda los tendría presentes para valorar la peligrosidad de su acción. En cambio, no cabe suponer que un hombre inteligente y prudente carezca del mínimo de conocimientos que precisamente se suponen en un hombre inteligente como él. El mismo planteamiento diferenciador debe hacerse respecto a las facultades individuales: el ciudadano ideal referido utilizaría una capacidad superior de la que pudiera disponer voluntariamente, mientras que no puede imaginarse sin la necesaria capacidad de observancia del cuidado exigible al mismo.

6. Las observaciones anteriores permiten completar la caracterización de la antijuridicidad objetiva, como intersubjetiva, exigiendo los siguientes elementos: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) penalmente típica (3) imputable a una conducta peligrosa para un hombre prudente situado *ex ante* en la posición del autor, o a su no evitación (4) realizada con dolo natural o imprudencia objetiva y (5) objetivamente desvalorada por el Derecho penal.

Por otra parte, cabe afirmar que la antijuridicidad objetiva, en cuanto intersubjetiva, parte del *desvalor del resultado*, a valorar *ex post*, pero exige, además, el *desvalor intersubjetivo de la conducta*, a decidir *ex ante*. Este se halla condicionado, en su sentido y gravedad, por la presencia de dolo natural o imprudencia objetiva en la conducta, y ésta a su vez por los conocimientos especiales y facultades sobresalientes del autor. El desvalor del resultado indica la realización del estado de cosas típico (resultado) que el Derecho penal *desea, en principio*, evitar. El desvalor intersubjetivo de la conducta expresa que dicho resultado indeseable es imputable a una conducta objetivo-subjetiva que *puede* desvalorarse, si se imagina realizada por un ciudadano ideal, situado *ex ante* en la posición del autor, como más o menos peligrosa para un bien jurídico y opuesta al mismo (33). La concurrencia o ausencia de dolo importa aquí en cuanto afecta a este desvalor intersubjetivo de la conducta, no en cuanto condición de imputación personal del hecho.

(33) Parte de la distinción de *querer y poder*, pero como ámbitos respectivos del injusto y de la culpabilidad y en un sentido distinto, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, 224 s.

III

1. El concepto de antijuridicidad objetivo-intersubjetivo que he delimitado comprende básicamente los mismos elementos que el concepto de antijuridicidad, sin más, que suele utilizarse desde que se impuso la sistemática finalista. Sin embargo, ello se acostumbra a fundamentar por una vía diversa. Al no ser posible desde esta sistemática distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad como referidas, respectivamente, a la parte objetiva y a la parte subjetiva del hecho, se ha optado, por muchos autores, a distinguir ambas notas del delito como expresivas de la prohibición *general* y la imputación *individual*, respectivamente (34). Lo que aquí he caracterizado como antijuridicidad objetiva o intersubjetiva parecería como la antijuridicidad completa, entendida como antinormatividad general. Sin embargo, desde mi punto de vista, la antijuridicidad completa ha de ser verdadera antinormatividad del *hecho del autor*, y ésta exige que la antijuridicidad objetiva pueda imputarse individualmente al mismo, como antijuridicidad objetiva y subjetiva. Sólo entonces podrá considerarse completamente antinormativo el *hecho concreto del autor*. Permítaseme reproducir la argumentación que en su momento esgrimí en defensa de esta posición:

«Si la antijuridicidad se concibe, como hacemos aquí, como infracción de una norma motivadora, supondrá (...) que esta norma puede ser recibida de algún modo por su destinatario. La capacidad del sujeto de ser motivado por la norma constituye, pues, una condición del injusto y, por tanto, debe incluirse entre los elementos del *hecho* antijurídico. Ahora bien, si por destinatario de la norma se entendiera la colectividad *en general*, cabría considerar suficiente para su infracción (para el injusto) que el hombre medio pudiera ser motivado por dicha norma, dejándose para la culpabilidad la cuestión de si además era o no motivable el concreto autor. Este planteamiento contemplaría en el injusto el hecho en abstracto, prescindiendo de las concretas condiciones en que tiene lugar por parte de su autor. Mas una tal construcción no resulta coherente con el punto de partida ni con el desarrollo de la teoría del delito. Esta parte de la comprobación de si el autor *concreto* actuó o no en una situación de ausencia de comportamiento humano. No cabe responder a esto diciendo que en ese primer momento se trata de examinar situaciones en las que *cualquiera* se encontraría en las mismas condiciones, porque lo mismo podría decirse de las causas que excluyen la culpabilidad: también

(34) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pp. 104 ss., donde me refiero, en este sentido, a las posiciones de Welzel, Roxin y Gimbernat. Recientemente en la misma línea LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 1993, p. 32.

cualquiera que actuase bajo alguna de estas causas se hallaría en la misma situación» (35).

Ahora añadiré: aunque se considerase destinatario de la norma primaria a la colectividad en general, o al ciudadano prudente ideal, es evidente que éste no es el autor del hecho ni por tanto puede haber infringido la norma; *el único que puede infringir la norma es el autor del hecho*; pero para ello hay que entender que la norma se dirige a él, que él es su destinatario. Aunque intersubjetiva, la antijuridicidad objetiva no ha de verse, pues, como infracción de una prohibición sin destinatario concreto, ni, por tanto, como antinormatividad, sino *sólo como juicio de desvalor* (referido a la relación negativa de un hecho, *ex ante* y *ex post*, con un bien jurídico-penal) insuficiente para afirmar la infracción de una norma por su destinatario. Para que el injusto objetivo-intersubjetivo se convierta en verdadera (concreta) antinormatividad es preciso que pueda *imputarse personalmente a su autor*. Ello no es posible: (1) si concurre una incapacidad personal de observar el cuidado objetivamente exigible, que determina un error individualmente invencible u otra clase de imprudencia objetiva; (2) si concurre un error de prohibición invencible.

Por otra parte, la antijuridicidad objetiva se compone de dos momentos, el desvalor del resultado y el desvalor intersubjetivo de la conducta, de los cuales sólo el segundo puede considerarse presupuesto necesario de la antinormatividad del hecho —puesto que una norma motivadora no puede prohibir resultados, sino sólo conductas—. El desvalor intersubjetivo de la conducta no integra la antijuridicidad objetiva en cuanto desvalor de infracción —que sólo puede predicarse de una conducta prohibida *al autor* concreto—, sino como presupuesto del desvalor de resultado y como desvalor de peligro para el bien jurídico. Sin embargo, es cierto que *el desvalor intersubjetivo de la conducta ofrece la base objetiva necesaria para la antinormatividad personal*. En un Derecho protector de bienes jurídicos la norma sólo puede prohibir al sujeto las conductas que, pudiendo imputársele al mismo, antes son objetivamente peligrosas para tales bienes jurídicos. El desvalor intersubjetivo de la conducta tiene, pues, un doble sentido: como presupuesto del desvalor objetivo del hecho y, por tanto, de la antijuridicidad objetiva, y como base objetiva de la antijuridicidad completa entendida como antinormatividad.

De lo anterior cabe extraer las conclusiones siguientes en cuanto a la relación existente entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad: (1) Los dos momentos de la antijuridicidad objetiva —desvalor de resultado y desvalor intersubjetivo de la conducta— se encuentran en una distinta relación con la antinormatividad; (2) el desvalor de resultado no es presupuesto de la antinormatividad, pero

(35) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pp. 105 s.

si de su tipicidad penal y, por consiguiente, de su relevancia penal; (3) el desvalor intersubjetivo de la conducta es el puente o elemento de enlace entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad como antijuridicidad completa.

2. El juicio de desvalor objetivo de la conducta necesario para la antijuridicidad objetiva se efectúa desde el prisma de un hombre ideal situado en la posición del autor. Se trata de un juicio intersubjetivo que se efectúa desde la posición del autor, pero sin tener en cuenta posibles anomalías personales del mismo que no cabe imaginar en el hombre ideal utilizado como baremo de la intersubjetividad. En consecuencia, si el autor actúa en un error, éste se considerará *vencible* siempre que el hombre prudente imaginado en su lugar no habría caído en él o lo habría superado. ¿Qué ocurre, entonces, si el autor, por sus características personales, tal vez patológicas, no puede considerarse capaz de evitar un error que el hombre prudente hubiera podido vencer? La vencibilidad objetiva del error permite afirmar la antijuridicidad objetiva de la conducta, pero su invencibilidad personal impide imputar a su autor dicha antijuridicidad: impide que la antijuridicidad objetiva dé paso a la antijuridicidad completa como infracción objetiva y subjetiva (personal) de una norma (antinormatividad).

El ejemplo siguiente (36) me sugirió la conveniencia de distinguir ambos aspectos: un soldado cae en enajenación mientras se encuentra haciendo guardia y, a consecuencia de ello, cree erróneamente que unos pacíficos transeúntes asaltan el cuartel, por lo que dispara sobre ellos para defenderlo. Se trata de un caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que a mi juicio constituye un error de tipo negativo, que si es invencible excluye el injusto doloso e imprudente. Quien no comparta esta concepción, sino la de la teoría estricta de la culpabilidad u otra que le lleve a rechazar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación afecte al injusto, puede variar el ejemplo y suponer otro en que la enajenación provoque un error de tipo positivo. En todo caso —y esto es lo único que aquí importa— es evidente la invencibilidad personal del error (sobre los presupuestos de una causa de justificación), pero parece difícil afirmar que el hecho sea objetivamente correcto. La distinción que propongo de antijuridicidad objetiva y antinormatividad permite atender a ambos aspectos. Permite sostener la objetiva incorrección del hecho junto a la imposibilidad de imputarla a su autor como infracción objetiva y subjetiva (personal) de la norma. La conducta es objetivamente antijurídica porque el hombre prudente que utilizamos como baremo ha de imaginarse siempre en pleno uso de sus facultades mentales y, por tanto, no hubiera caído en el error.

(36) Se basa en un caso referido por el psiquiatra Leopoldo Ortega-Monasterio en un curso de doctorado en cuya organización e impartición participé.

Pero ello no basta para afirmar una infracción personal de la norma por parte del sujeto.

Es importante señalar que la concurrencia de enajenación no siempre incide sólo en la *culpabilidad* del autor. Es evidente que la enfermedad mental no sólo puede excluir la imputabilidad, sino también el propio comportamiento humano (p. ej., en un acceso epiléptico con movimientos no controlados por la voluntad), sin el cual no puede existir injusto, o el dolo natural, sin el que no puede afirmarse el injusto propio del tipo doloso. Desde una concepción de la antinormatividad como infracción objetiva y subjetiva de la norma también los casos en que la enfermedad mental da lugar a un error personalmente invencible han de considerarse de falta de una completa antijuridicidad. Una norma motivadora dirigida al sujeto no puede tratar de prohibirle que actúe cuando se encuentra en un error personalmente invencible. El hecho sólo podrá considerarse prohibido al enfermo mental cuando éste realice un comportamiento humano sin error personalmente invencible, esto es: cuando su enfermedad mental no le prive de toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo de la posibilidad de ser motivado *normalmente* (37).

Este planteamiento ha de llevar a resolver del mismo modo otros casos de error personalmente invencible no basados en enajenación, sino en otras insuficiencias individuales inimaginables en el hombre ideal, así como los casos de imprudencia objetiva inevitable a consecuencia de una incapacidad personal de observar el objetivo deber de cuidado. Este puede seguir utilizándose como base de la antijuridicidad objetiva, pero es insuficiente para afirmar la infracción personal de la norma por parte del sujeto.

3. La distinción de antijuridicidad objetiva y antijuridicidad personalmente imputable como antinormatividad permite situar satisfactoriamente el *error de prohibición*. Por una parte, es evidente que el error de prohibición, aunque sea invencible, no puede excluir el carácter objetivamente indeseable del hecho; pero, por otra parte, también me parece innegable que una norma destinada a motivar a su destinatario, no puede tratar de hacerlo frente a alguien que en modo alguno puede llegar a entrar en contacto con ella, aparte de que también en materia de error de prohibición el Derecho admite un cierto grado de *riesgo permitido* (38). El error de prohibición invencible, sea por imposibilidad absoluta de conocimiento del Derecho en la situación concreta, sea como consecuencia de la actuación dentro del riesgo permitido, no puede excluir la antijuridicidad objetiva del hecho, pero impide la imputación personal de la antijuridicidad y, por

(37) Cfr. ya MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., p. 97, nota 133.

(38) Cfr. MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», en *La Ley*, 6 febr. 1991, p. 4; el mismo, *Derecho penal*, p. 669.

tanto, considerar concretamente antinormativa la conducta del autor. Dicho error no impide la antijuridicidad objetiva, porque no excluye el significado negativo del hecho para el bien jurídico: ni excluye el desvalor del resultado, ni hace necesariamente menos peligrosa *ex ante* la conducta para el bien jurídico. Esto es así aunque el error de prohibición sea invencible *para cualquiera*, puesto que la invencibilidad se refiere aquí al error *sobre la norma* y no presupone desconocimiento de la peligrosidad *para el bien jurídico* (39). Pero, si el error de prohibición invencible no excluye por sí mismo la antijuridicidad objetiva, sí impide, en cambio, imputar dicha antijuridicidad al sujeto como infracción consciente o imprudente de la norma. La distinción de estos dos niveles permite, por lo demás, el uso de las expresiones «conocimiento de la antijuridicidad» y «error de prohibición» como referidas al conocimiento o error acerca de la antijuridicidad objetiva, uso perfectamente compatible con la afirmación de que no implican la concurrencia de plena antinormatividad.

Este planteamiento hace posible, por otra parte, reflejar correctamente el distinto significado específico del hecho realizado con conocimiento de la antijuridicidad objetiva y del efectuado en error vencible de prohibición. Entre ambos hechos no existe únicamente una diferencia de culpabilidad, sino una distinta relación con la norma. El que conoce la antijuridicidad objetiva de su conducta y pese a ello la realiza, añade al significado de oposición del hecho al bien jurídico-penal, el significado de oposición a la norma: el injusto objetivo se convierte, además, en infracción consciente del Derecho. Concorre entonces una antinormatividad consciente. La realización del injusto objetivo en error vencible también es imputable a su autor como antinormatividad, pero no por una oposición consciente a la norma, sino por una falta de cuidado, de atención por el Derecho.

Así, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad objetiva permite la imputación de la infracción de la norma a título de *dolus malus*, el error vencible de prohibición conduce a la imputación de la infracción de la norma a título de *imprudentia iuris*. Tanto el dolo como la imprudencia alcanzan entonces su tercer y último nivel, que permite afirmar no sólo el *tipo del delito* doloso o imprudente y el *tipo negativo* doloso o imprudente, sino también el *injusto* doloso o imprudente. Como se había venido entendiendo tradicionalmente, el dolo completo, como representación del total significado del hecho antinormativo, puede verse, entonces, como *dolus malus*, que requie-

(39) Cuando hablo aquí —y a lo largo de todo este trabajo— de desconocimiento del peligro para el bien jurídico no lo hago en el sentido de desconocimiento de que el bien jurídico es un bien protegido por el Derecho, pues esto último implicaría un desconocimiento de la valoración jurídica del hecho, que sí podría faltar en caso de error de prohibición. Me refiero al desconocimiento de que está en peligro *la realidad* a la que el Derecho tutela como bien jurídico: no es un error de Derecho, sino de hecho.

re no sólo el conocimiento de los elementos del tipo y de la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino también la conciencia de la antijuridicidad objetiva del hecho. Sólo entonces puede imputarse como dolosa la *infracción* de la norma, el *injusto*, y no sólo el *tipo* o el *hecho sin causas de justificación*.

No obstante, la distinción de los dos niveles del hecho doloso o imprudente, por una parte, y la infracción dolosa o imprudente, por otra parte, aclara las distintas posibilidades de relación entre los mismos. Así, el hecho doloso puede convertirse en una infracción imprudente (imprudencia de Derecho) si concurre error vencible de prohibición, pero también el hecho imprudente (imprudencia de hecho) puede cometerse con conocimiento de su antijuridicidad objetiva, esto es, como infracción consciente de la norma.

Finalmente, ni que decir tiene que la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición ha de decidirse teniendo en cuenta las posibilidades individuales del sujeto, pues de ello depende la imputación personal de la antijuridicidad, nivel en que hemos situado el problema.

IV

Estamos ya en condiciones de *recapitular* sobre el significado de la antijuridicidad objetiva y su relación con la antijuridicidad entendida como antinormatividad. También debemos referirnos a la distinción de antijuridicidad y culpabilidad.

1. a) La antijuridicidad objetiva no es antinormatividad plena. La norma primaria tiene un sentido prescriptivo, directivo, imperativo, y se dirige a motivar al ciudadano en contra de la realización de determinadas conductas capaces de producir hechos negativos para los bienes jurídico-penales. Al menos así es en un Derecho penal llamado a proteger a la Sociedad como es el propio de un Estado social y democrático de Derecho. La norma primaria se dirige, pues, a la mente del ciudadano y presupone la posibilidad de ser recibida y cumplida por su destinatario. Sólo tiene sentido prohibir *al sujeto* algo que *él* pueda evitar y advertir que se le prohíbe. La antijuridicidad como infracción de la norma primaria supone la capacidad personal de evitación y de conocimiento de la norma.

b) Pero si la norma trata de evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales objetivamente indeseables, antes de decidir si el sujeto puede evitar dichos hechos y advertir su carácter prohibido conviene partir de la determinación de cuáles son tales hechos objetivamente desvalorados por el Derecho penal. Éste es el nivel de la antijuridicidad penal objetiva. En él hay que distinguir dos momentos: el desvalor del resultado y el desvalor intersubjetivo de la conducta. Estos dos momentos de la antijuridicidad objetiva se

encuentran en una distinta relación con la antijuridicidad completa o antinormatividad. Mientras que el desvalor de resultado condiciona la tipicidad penal de la antinormatividad, pero no la propia antinormatividad (porque lo que prohíbe la norma no es el resultado, sino una conducta *ex ante*, con independencia de que *ex post* produzca o no el resultado), el desvalor intersubjetivo de la conducta es la base necesaria de la antijuridicidad completa o antinormatividad en un Derecho penal protector de bienes jurídicos.

Pues bien, si el desvalor de resultado es presupuesto de la tipicidad penal del injusto completo y el desvalor intersubjetivo de la conducta es la base objetiva de este injusto completo, podrá concluirse que *la antijuridicidad penal objetiva en su conjunto condiciona la antinormatividad penalmente relevante*. La antijuridicidad penal objetiva es, pues, la base objetiva de la antijuridicidad penal completa. Esta ha de ser antijuridicidad penal objetiva y subjetiva: requiere la imputación personal de la antijuridicidad penal objetiva; es antijuridicidad penal personalmente imputable al sujeto.

Del mismo modo que la antijuridicidad objetiva de una lesión o puesta en peligro indeseable (desvalor del resultado) requiere que éste pueda *imputarse* a una conducta dolosa o imprudente desvalorable *a un hombre ideal* (desvalor intersubjetivo de la conducta), la antijuridicidad completa exige que la antijuridicidad objetiva pueda *imputarse personalmente* al sujeto *como infracción* dolosa o imprudente de la norma.

c) Este planteamiento sitúa el *desvalor de resultado* en la base de la antijuridicidad penal objetiva y, por tanto, en la base de la antinormatividad penal, pero permite, adecuadamente, considerarlo previo y distinto tanto a lo que es desvalorable a un hombre ideal (una conducta peligrosa *ex ante*) como a lo que se prohíbe al sujeto (una conducta calificable de infracción objetivo-subjetiva).

¿Qué ocurre si falta el desvalor de resultado típico? (esto es: en los delitos dolosos consumados, si falta la lesión o puesta en peligro típica, en los delitos dolosos no consumados, si faltan los actos ejecutivos necesarios para la tentativa y la frustración, y, en los delitos imprudentes, si falta el resultado). Sin dicho desvalor de resultado el hecho nunca podrá realizar el *tipo penal* ni, por tanto, dar lugar a la antinormatividad *penalmente típica*. Pero la ausencia de desvalor de resultado, que se comprueba *ex post*, no impide necesariamente la presencia de antinormatividad, pues ésta debe decidirse *ex ante*, esto es, antes de que pueda saberse si la conducta producirá o no el resultado. Si la norma se dirige al sujeto en el momento de actuar, ya en ese momento debe saberse si la conducta infringe o no la norma, sin que quepa esperar, para saber si la conducta está prohibida, a la comprobación posterior de si se produce o no el resultado. Ello resulta especialmente evidente en la imprudencia: la conducta descuidada no dejará de serlo y de infringir, por tanto, la norma de

cuidado, por el hecho de que por suerte no produzca un resultado típico. Ahora bien, sin este resultado la infracción de la norma no realizará un tipo penal, no será penalmente relevante. La falta del desvalor de resultado típico no excluye la posibilidad de una conducta infractora de la norma, pero sí impide que dicha infracción sea penalmente típica. Resulta oportuno, pues, *empezar* preguntando si concurre o no el desvalor de resultado típico, porque si la respuesta es negativa no será ya necesario, desde el punto de vista del Derecho penal, continuar indagando sobre la presencia (aún posible) de una conducta que infrinja la norma primaria. Este orden de análisis resulta conveniente en un Derecho penal protector de bienes jurídicos y respetuoso del principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*) (40).

2. Pero si la antinormatividad penal requiere no sólo la antijuridicidad penal objetiva, sino también la capacidad personal de advertir y cumplir la norma primaria, ¿qué queda entonces para la *culpabilidad*? A mi juicio, lo mismo que en trabajos anteriores he venido situando en este apartado de la teoría del delito: no la *posibilidad* personal de ser motivado por la norma, que entiendo presupuesto de la antinormatividad, sino la *motivabilidad normal* (41). La *inimputabilidad* y la *inexigibilidad* deben acoger los casos en que, sin faltar en el sujeto alguna posibilidad de entrar en contacto con la norma y de ser influido por ella, dicha posibilidad no alcanza el *grado de normalidad* necesario para que sea lícito reaccionar con una pena frente a la infracción de la norma. Respecto a los casos en que la enfermedad mental excluye el propio comportamiento humano, el dolo o la imprudencia personal, me remito a lo dicho más arriba. Aquí querría señalar que esta concepción logra explicar de forma unitaria las causas de exclusión de la imputabilidad y las causas de exculpación. Ello no es posible cuando, por una parte, se requiere para la inimputabilidad una falta total de libertad de voluntad o la imposibilidad absoluta de ser motivado por la norma y, por otra parte, se incluyen también en la culpabilidad las causas de exculpación, pues nadie pretende que éstas produzcan aquellos efectos (42).

Lo que acaso convenga cuestionar es la procedencia de reservar el término «culpabilidad» para este ámbito. Es innegable que este término puede usarse en un sentido más amplio que alcanza desde lo opuesto a la inocencia, requiriendo la propia realización del hecho, hasta la exigencia de dolo o culpa, pasando por la exclusión de la

(40) Mantengo, pues, mis tesis de que el resultado no es lo prohibido por la norma primaria, y su ausencia no impide la infracción de esta norma, pero integra el tipo *penal*: cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 142 ss., 145. Aquí intento, sin embargo, subrayar la importancia del desvalor de resultado proponiendo que su examen constituya el *primer* momento del análisis de los elementos del delito.

(41) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 96 ss.; el mismo, *Derecho penal*, pp. 586 ss., 644 ss.

(42) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 647 s.

responsabilidad colectiva o por el carácter (43). Todo depende del aspecto del hecho respecto al cual se afirme la culpabilidad. El sujeto sólo es *culpable* (y no inocente) *de la comisión* del hecho, si lo ha realizado él y no otra persona; sólo es *culpable del resultado* si lo ha producido mediante una conducta dolosa o culposa; sólo es *culpable del injusto objetivo* si le es personalmente imputable; y sólo es *culpable de la infracción de la norma* si la ha cometido en condiciones de motivabilidad normal. El término «culpabilidad» puede usarse siempre que se quiere expresar la posibilidad de imputar algún aspecto del hecho a su autor. Probablemente convenga, pues, no reservar dicho término para designar el último apartado de la teoría del delito, aunque en él se contengan los últimos requisitos que permiten considerar al sujeto culpable del hecho globalmente considerado. Tal vez sería preferible una palabra que expresase de forma más precisa el específico sentido de esa última categoría. Podría ser la de «*responsabilidad penal*». En efecto, tras la comprobación de un injusto verdaderamente personal, esto es, imputable personalmente como infracción del autor, sólo queda por comprobar si éste ha actuado en condiciones que hacen plausible que *responda* de su infracción *con una pena* (44).

(43) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 107.

(44) Creo, pues, acertada la terminología («responsabilidad») propuesta por ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, 1976, pp. 210 ss.; el mismo, *Strafrecht, AT*, § 19/1 ss. Pero este autor no consigue una explicación unitaria de la «responsabilidad» en la medida en que sigue incluyendo en ella, la «culpabilidad» entendida al estilo de Welzel, como poder actuar de otro modo. Ello no sucede si, como se propone en el texto, la capacidad de ser motivado por la norma y la posibilidad de conocimiento del injusto objetivo se consideran presupuestos de la antijuridicidad completa (antinormatividad). Por otra parte, la expresión «responsabilidad penal» tiene la ventaja de evitar las resonancias metafísicas del término «culpabilidad», razón por la que sugerí sustituir éste por aquélla en el Proyecto CP 1980 [MIR PUIG, *RFDUC*, monográfico 3 (1980), p. 41]; esta sugerencia se acogió por la Propuesta Alternativa de Parte General del Grupo Parlamentario PC-PSUC [MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, *CPC*, núm. 18 (1982), p. 616].

Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos (1)

JOSÉ CID MOLINÉ

Profesor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Definiciones dogmáticas de concurso de delitos. 2.1. Origen de las definiciones. 2.2. Plano en el que se sitúa esta actividad dogmática definitoria. 2.3. Definición de concursos de delitos. 2.4. Definición de las especies de concurso de delitos: clasificación. 2.5. Clasificación de las especies de concurso de delitos y normas de segundo nivel.—3. Análisis de la clasificación dogmática de concurso de delitos. 3.1. Requisitos de adecuación formal y material de una clasificación. 3.2. Adecuación formal de la clasificación (distinción entre concurso aparente y concurso ideal). 3.3. Adecuación material de la clasificación. 3.3.1. Distinción entre el concurso ideal y el resto de especies concursales que suponen aplicación de varias normas. 3.3.2. Distinción entre el concurso aparente y las otras especies concursales.—4. Justificación de la norma de segundo nivel propuesta por la dogmática para aplicar a los casos de concurso aparente.—5. Conclusiones.—6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los artículos 68 a 71 del código penal español se contienen unas normas (que llamaré normas de segundo nivel) que regulan supuestos en que, en la calificación de la conducta de una persona,

(1) Este trabajo es deudor de las discusiones tenidas en un seminario realizado, en los cursos 91-92 y 92-93, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, dirigido a analizar algunas cuestiones propias de la teoría del delito en base a las aportaciones de la filosofía analítica. Mi agradecimiento tanto a los estudiantes que han participado como, en particular, a José Juan Moreso, con quien he trabajado conjuntamente la mayor parte de las cuestiones tratadas en este artículo.

se produce concurrencia de normas (que llamaré normas de primer nivel) que asocian penas a determinados presupuestos de hecho.

En la medida en que las normas de segundo nivel establecen consecuencias jurídicas distintas, en orden a la penalidad a aplicar, puede deducirse que el legislador ha pretendido con ellas clasificar los distintos supuestos de concurrencia. Pero si tal fuera el objetivo, podría considerarse fallido, pues algunas de tales normas se caracterizan por determinar con escasa precisión, o incluso dejar indeterminado, su presupuesto de hecho.

Ante tal dejación legislativa, la dogmática española ha acometido, en base a la definición de los presupuestos de hecho de tales normas de segundo nivel, la tarea de presentar una clasificación de los casos de concurrencia, que pueda facilitar la labor judicial de aplicación del derecho.

Dado que la clasificación dogmática, realizada en base a la definición de las especies de concurrencia, resulta muy influyente en la labor judicial y que de ella depende la cantidad de pena que se le imponga a un individuo, resulta de interés plantearse si satisface determinados requisitos de adecuación formal y material, pudiéndose por ello considerar una clasificación correcta.

2. DEFINICIONES DOGMÁTICAS DE CONCURSO DE DELITOS

2.1. Origen de las definiciones

Como explica Nino (1972: 19), en los códigos penales existen normas —que denomina de segundo nivel— caracterizadas por regular los casos en que concurren varias normas de primer nivel (de las que asocian pena a determinado presupuesto de hecho) en la calificación de la conducta de un individuo.

Acogiendo la terminología de Nino, resulta que en el código penal español las normas de segundo nivel (al menos, las de carácter general) se encuentran contenidas en los artículos 68 a 71. En efecto, en tales normas se establece, como presupuesto de hecho, que la conducta de un individuo sea subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una única de tales normas) y, como consecuencia jurídica, cuántas normas de primer nivel deben aplicarse, cuál, en caso de ser una, debe serlo y, siendo varias, qué cantidad de pena se le debe imponer al individuo.

Estas normas de segundo nivel plantean un doble problema, el referido a sus presupuestos de hecho y el referido a sus consecuencias jurídicas.

En lo que concierne a los presupuestos de hecho, que es de lo que me ocupo en este trabajo (2), el problema estriba en que el legislador lo ha establecido con expresiones de mucha imprecisión, en forma tal que no resulta posible decidir, en muchos de los casos de concurrencia de normas de primer nivel, cuál de las normas de segundo nivel debe ser aplicada. Uno de los ejemplos más claros de tal imprecisión se encuentra en el presupuesto de hecho del art. 68 del código penal (cuya consecuencia jurídica es la aplicación exclusiva de una de las normas de primer nivel concurrentes) en relación al del art. 71, primera parte (cuya consecuencia jurídica es la aplicación de las diversas normas concurrentes). En el art. 68 se establece como presupuesto de hecho que existan «hechos susceptibles de ser calificados de acuerdo a dos o más preceptos» y en el art. 71 en su primera parte se alude a la situación en que «un solo hecho constituya dos o más delitos». Pero en el código penal no se establecen criterios para saber cuándo un solo hecho susceptible de ser calificado de acuerdo a dos o más preceptos constituye uno o varios delitos (cfr. Cuerda 1992: 213).

El ejemplo que acabo de poner, que muestra la imposibilidad de saber, en base al examen de los presupuestos de hecho, en qué casos debe aplicarse una u otra de las dos normas de segundo nivel aludidas, explica que la dogmática penal española, con el fin de facilitar la tarea judicial de aplicación del código penal, se plantee definir con más rigor el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel (3).

2.2. Plano en el que se sitúa esta actividad dogmática definitoria

La tarea que realiza la dogmática consiste, como veremos, en aportar definiciones de los presupuestos de hecho de las normas de segundo nivel, con el objetivo de que para todos los casos en que se dé concurrencia de normas de primer nivel exista una, y sólo una, norma de segundo nivel aplicable.

Esta tarea definitoria, que lleva a una clasificación del conjunto de casos en que se da concurrencia de normas de primer nivel, no está situada en el terreno de la interpretación, pues las definiciones dogmáticas incluyen elementos a los que, en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel, no se alude en absoluto. Por ello puede decirse que nos encontramos ante una tarea que se sitúa en el

(2) Sobre el problema de las consecuencias jurídicas, cfr. la reciente contribución de CUERDA, 1992.

(3) Alude al papel creativo de la dogmática en este campo (en relación a las normas de segundo nivel del código penal alemán), MAURACH, 1958: 417.

nivel de las propuestas de aplicación del código penal (o de **sententia ferenda**).

Mientras que la actividad interpretativa de la dogmática, dado su carácter descriptivo, puede ser verificada atendiendo al sentido de las normas, la actividad propositiva, dado su carácter prescriptivo, no puede ser verificada y su análisis requiere disponer de una doctrina de justificación de tal actividad dogmática. Más adelante, justificaré un criterio general, aunque concretado al objeto de análisis, que permitirá analizar las definiciones dogmáticas. Pero antes de llegar a ello se requiere exponer tales definiciones.

2.3. Definición de concurso de delitos

No hay unanimidad en la dogmática penal española respecto de cuándo se produce una situación de concurso de delitos. Las posiciones son básicamente dos y se distinguen por dar una *definición amplia*, que acoge todos los supuestos de concurrencia, o más *restringida*, que considera que algunos supuestos de concurrencia no son calificables de concurso de delitos.

La *definición amplia* (cfr. Peñaranda 1991: 181-186) requiere, para que se dé una situación de concurso de delitos, los siguientes elementos:

1. a) Un individuo realiza una acción (4) que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en el presupuesto de hecho de una única norma) (5) o b) un individuo realiza varias acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en el presupuesto de hecho de una única norma).
2. Se cumplen todos los requisitos de punibilidad establecidos por la dogmática para que las anteriores normas sean aplicables (6).

(4) Utilizo el término «acción» en su sentido amplio, que incluye tanto las acciones en sentido estricto como las omisiones.

(5) Puede utilizarse, como es usual, la expresión tipo en vez de la de presupuesto de hecho de una norma de primer nivel si, como es mi caso, se consideran sinónimas tales expresiones. Pero he preferido utilizar una expresión menos controvertida en la dogmática.

(6) Así para una teoría del delito que defina comportamiento punible (o delito) como comportamiento típico, antijurídico, culpable y (se satisfagan los otros requisitos que lo hacen) punible, una norma de primer nivel será aplicable cuando exista un comportamiento, subsumible en su presupuesto de hecho, que resulte típico, antijurídico, culpable y se cumplan las otras condiciones de punibilidad (ausencia de excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad y condiciones de procedibilidad).

Esta opinión de requerir como requisito del concurso de delitos que se satisfagan todas las condiciones de punibilidad para aplicar las normas de primer nivel concurrentes parece dominante entre la doctrina española (cfr. CÓRDOBA, 1972: 331, y SANZ, 1986: 127), pero no así entre la doctrina alemana, que admite relaciones con-

3. Si es un supuesto de varias acciones, existe entre ellas una relación jurídica de conexión (7).

A mi juicio, esta definición amplia de concurso de delitos resulta acertada porque incluye todos los supuestos en que el juez debe recurrir a las normas de segundo nivel contenidas en los arts. 68 a 71 del código penal. En cambio, un sector doctrinal, quizá mayoritario, no está de acuerdo con tal definición, pues considera que el llamado concurso aparente no es una especie de concurso de delitos. Este sector (8), que propugna una *definición restringida* de concurso de delitos, incluye un ulterior elemento en la definición, que puede formularse de la siguiente manera:

4. La norma de segundo nivel que regule el caso debe comportar que se apliquen varias de las normas de primer nivel aplicables (9).

Aunque la discrepancia entre las dos definiciones, amplia y restringida, de concurso de delitos carece de consecuencias prácticas, resulta a mi juicio más acertada la definición amplia. Ello se debe a dos razones, en primer lugar, esta definición amplia incluye todas las situaciones reguladas en los arts. 68 a 71 del código penal, mientras que la restringida excluye la situación de concurrencia regulada en el art. 68. Esta exclusión podría ser conceptualmente admisible si el conjunto de casos regulado por el art. 68 fuera claramente dis-

curiales entre dos normas pese a que no se cumplan todas los requisitos de punibilidad para aplicar alguna de ellas (inf. al respecto en PEÑARANDA, 1991: 59-77).

(7) Con tal requisito se satisface lo establecido en el art. 70, último párrafo del código penal. Sobre la conexión entre acciones, cfr. arts. 17, 300 y 988 de la LECr. Sobre ello, cfr. VIVES, 1981: 33-35, y SANZ, 1986: 255.

(8) Entre los autores que acogen la *posición restringida*, cfr. PUIG PEÑA, 1955: 39-40; VIVES, 1981: 8-9; SANZ, 1986: 119 y 142-143. El mantener esta posición restringida lleva en algún caso (cfr. COBO/VIVES, 1991: 133-141 y 591-602; BUSTOS, 1989: 80-81 y 299-306), en el marco de un manual de la parte general de derecho penal, a no tratar en el mismo capítulo todas las especies de concurrencia.

(9) En relación a las normas de primer nivel, como se habrá advertido, el término «aplicación» se utiliza en dos sentidos distintos: a) norma aplicable en atención, exclusivamente, a las normas de primer nivel: existe un comportamiento subsumible en el presupuesto de hecho de una norma de primer nivel y se cumplen todos los requisitos de punibilidad para aplicar tal norma y b) norma aplicable en atención a las normas de primer y de segundo nivel: las normas que regulan la concurrencia establecen que tal norma de primer nivel aplicable sea aplicada.

Así, por ejemplo, en los casos en que sea de aplicación el art. 68 del código penal, nos encontramos con varias normas aplicables (en atención a las normas de primer nivel) de las cuales (en atención a la norma de segundo nivel contenida en tal artículo) sólo una debe ser aplicada.

En cambio, la norma de segundo nivel contenida en el art. 71 establece la aplicación de las diversas normas de primer nivel aplicables. Ello se debe a que tal norma de segundo nivel obliga a imponer una pena mayor a la que debería imponerse en el caso que sólo concurriera alguna (cualquiera) de las diversas normas de primer nivel.

tinguible de los regulados en las otras normas de segundo nivel. Pero, como veremos más adelante, en el estado actual de la elaboración dogmática existen grandes dificultades para distinguir entre el presupuesto de hecho del art. 68 y el de las otras normas de segundo nivel. Ambas razones contribuyen a que parezca más acertado acoger una definición amplia de concurso de delitos, capaz de incluir todos los supuestos de concurrencia entre normas de primer nivel.

2.4. Definición de las especies de concurso de delitos: clasificación

La dogmática penal española presenta definiciones de las especies de concurso de delitos semejantes a las que a continuación se exponen.

a) Concurso aparente

1. a) Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma) o b) un individuo realiza varias acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. a) (Una acción). Entre las normas de primer nivel existe alguna de las siguientes relaciones: especialidad, alternatividad, subsidiariedad (expresa o tácita) o consunción o b) (varias acciones) por la relación existente entre las acciones, entre las normas de primer nivel se da alguna de las siguientes relaciones: subsidiariedad (expresa o tácita) o consunción.

b) Concurso ideal

1. Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. No es el caso de que exista concurso aparente.

c) Concurso medial

1. Un individuo realiza dos acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Entre las acciones realizadas existe relación de medio necesario a fin.
4. No es el caso de que exista concurso aparente.

d) *Delito continuado*

1. Un individuo realiza dos o más acciones que resultan subsu- mibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Entre las acciones existe relación jurídica de continuación delictiva.
4. No es el caso de que exista concurso aparente o medial.

e) *Concurso real*

1. Un individuo realiza dos o más acciones que resultan subsu- mibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Entre las acciones realizadas existe relación jurídica de co- nexión.
4. No es el caso que exista concurso aparente, concurso medial o delito continuado.

2.5. Clasificación de las especies de concurso de delitos y normas de segundo nivel

La dogmática penal española establece una relación funcional entre las anteriores especies de concurso de delitos y las normas de segundo nivel existentes en el código penal. Con la particularidad, analizada más adelante, de proponer que los jueces tomen en consideración una norma de segundo nivel no existente en el código penal (a la que denominaré *norma implícita de segundo nivel*). La relación funcional (de correspondencia) que se establece puede representarse de la siguiente manera:

Especies de concurso	Normas de segundo nivel
Concurso aparente	Norma implícita (que establece que debe aplicarse la norma especial, principal, consumidora o alguna de las alternativas). Ello supone sólo en algunos casos aplicar el art. 68
Concurso ideal	Art. 71
Concurso medial	Art. 71
Delito continuado	Art. 69 bis
Concurso real	Art. 69 o art. 70

3. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA DE CONCURSO DE DELITOS

3.1. Requisitos de adecuación formal y material de una clasificación

Expuestas las definiciones dogmáticas de las especies de concurso de delitos, es la hora de analizar si mediante ellas se realiza una clasificación formal y materialmente correcta de los supuestos de concurrencia de normas de primer nivel.

Siguiendo a Mosterín (1984: 13-15) cabe decir que una *clasificación formalmente correcta* debe cumplir las siguientes condiciones: a) que esté determinado el conjunto de casos a clasificar; b) que a cada especie clasificatoria corresponda al menos uno de los casos a clasificar; c) que las diversas especies sean mutuamente exclusivas (no existiendo casos clasificables en más de una especie) y d) que en su conjunto las especies sean exhaustivas de los casos a clasificar (todos los casos encuentran clasificación).

Añade Mosterín (1984: 17-19) que una *clasificación es materialmente correcta* cuando, además de serlo formalmente, es relevante para la materia objeto de análisis. Conviene detenerse en examinar cuáles deben ser los requisitos de relevancia en relación a la cuestión del concurso de delitos. Dado que la clasificación dogmática cumple funciones prácticas en el plano de la aplicación de la ley, la relevancia de la clasificación dependerá de su adecuación a determinados fines relativos a la forma en que los jueces deben aplicar la ley.

Un *primer requisito de adecuación material* de la clasificación dogmática, que parece pacífico, es que mediante ella se facilite la aplicación de la ley penal por parte de los jueces. Como se ha señalado, algunas de las normas de segundo nivel del código penal no determinan con precisión su presupuesto de hecho. Las definiciones

dogmáticas de las especies de concurso de delitos son presentadas, justamente, como definición de los presupuestos de hecho de las normas de segundo nivel. En base a ello, para que tales definiciones satisfagan este primer requisito de adecuación material se requieren dos elementos: que la clasificación sea formalmente correcta y que exista una relación funcional entre las definiciones dogmáticas y las normas de segundo nivel del código penal. Mientras que el primer elemento queda pendiente de analizar, ya se ha visto anteriormente que se cumple el segundo de los elementos.

No obstante este primer requisito de adecuación, pese a ser importante, es insuficiente para decidir acerca de la corrección material de la clasificación dogmática.

Se requiere, a mi juicio, establecer, junto al anterior, un *segundo requisito de adecuación material* que parta de la determinación del fin que debe perseguir la dogmática al presentar las definiciones de las especies de concurso de delitos. Este fin tiene que ver con conseguir una aplicación de la ley respetuosa de la legalidad, la racionalidad y la justicia.

A renglón seguido expondré en forma introductoria lo que entiendo por adecuación de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos a la legalidad, la racionalidad y la justicia; a continuación, presentaré el segundo requisito de adecuación material, basado en una jerarquización de tales fines y, por último, justificaré el requisito expuesto de adecuación material.

Por *adecuación de las definiciones a la legalidad* entiendo que ellas incluyan aquellos elementos del presupuesto de hecho que son establecidos por las normas de segundo nivel y que definan tales elementos de acuerdo a su sentido en el lenguaje ordinario, si para la descripción de tales elementos el legislador ha usado términos comunes, o en el lenguaje de los juristas, si el legislador los ha descrito con términos técnicos.

Así, por ejemplo, dado que el legislador ha incluido como elemento del presupuesto de hecho de la norma de segundo nivel contenida en la primera parte del art. 71 que exista una única acción, la definición dogmática de tal presupuesto de hecho, que se conoce con el nombre de concurso ideal, debe no sólo incluir este elemento, sino, además, definirlo, al ser un término común, de acuerdo a su uso en el lenguaje ordinario.

La *adecuación de las definiciones a la racionalidad* requiere tomar en consideración los fines perseguidos por el legislador al dictar un conjunto de normas.

En el ámbito que nos interesa resulta que el problema principal es el relativo a la delimitación de los casos en que deben aplicarse aquellas normas de segundo nivel cuya consecuencia es la exclusiva aplicación de una de las normas de primer nivel concurrentes, res-

pecto de aquellos en que deben aplicarse las diversas normas de primer nivel concurrentes.

Para configurar los criterios de racionalidad hay que partir de la premisa de que el legislador ha dictado las normas de primer nivel con el objetivo de canalizar el comportamiento de los individuos. Para ello ha aludido en tales normas a diversas propiedades de las acciones que considera relevantes (algunas con efecto agravatorio y otras con efecto atenuatorio). En base a ello, puede establecerse el siguiente criterio de racionalidad: debe optarse por el concurso aparente cuando aplicando una única de las normas de primer nivel concurrentes se tomen en consideración todas las propiedades (de la acción o acciones realizadas) que el legislador ha considerado relevantes (10).

Por último, por adecuación de las *definiciones doctrinales de concurso de delitos a la justicia* entiendo que lleven a solucionar los casos en forma tal que se consigan, en la mejor medida posible, estados de cosas considerados valiosos. Dado que la importancia práctica del concurso de delitos se encuentra en la cantidad de pena que va a imponerse a un individuo, distinta según la especie concursal que se aplique, hay que preguntarse si las definiciones doctrinales llevan, por poner un principio que es aceptado por todas las concepciones liberales acerca de la justificación del derecho penal, a distinguir los casos en función de su gravedad.

Introducidas estas nociones de adecuación a la legalidad, a la racionalidad y a la justicia, podemos pasar a exponer este segundo requisito de adecuación material de las definiciones dogmáticas de las especies de concurso de delitos. Para ello parto de la premisa de que los criterios de adecuación a la legalidad, a la racionalidad, o a la justicia no llevan, necesariamente, a los mismos resultados. Ello obliga a establecer una jerarquía entre tales criterios.

El segundo requisito de adecuación material que propongo puede sintetizarse en lo siguiente: 1) al determinar las definiciones de concurso de delitos, la dogmática debe incorporar los elementos establecidos por el legislador en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel; 2) para completar las definiciones, distinguiendo las diversas especies de concurso de delitos, debe guiarse en criterios de racionalidad; 3) cuando los anteriores criterios sean insuficientes para precisar las definiciones debe recurrir a criterios de justicia.

La justificación de este segundo requisito de adecuación material de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos se fundamenta en una doctrina de la justicia que entiende que la actividad propositiva de la dogmática, en clave de *sententia ferenda*, debe estar su-

(10) Estos criterios de racionalidad que propugno han sido planteados y desarrollados por GIMBERNAT (1974: 284-285 y 1990: 430-441).

bordinada al objetivo, propio de la actividad judicial, de conseguir seguridad individual mediante la aplicación de la ley penal.

En efecto, en un estado democrático, considero que las cuestiones de justicia deben solucionarse, preferentemente, en el plano de la creación de la ley penal. En el plano de su aplicación se debe pretender, principalmente, que los ciudadanos puedan prever las sentencias judiciales, para lo cual ellas deben basarse en los criterios más seguros, que son los de adecuación a la legalidad y a la racionalidad. Dado que la dogmática cumple, mediante sus definiciones, una función auxiliar a la aplicación judicial de la ley, también debe proponer sus definiciones en atención a tales criterios.

Con esto no quiere decirse que el criterio de justicia deba ser, en la materia que nos ocupa, ajeno a la actividad dogmática. El recurso a los criterios de justicia resulta inevitable en muchos casos. Lo único que se establece, de acuerdo al requisito de adecuación material propuesto, es que antes de recurrir a criterios de justicia se haya descartado la posibilidad de concretar la definición de acuerdo a los criterios de legalidad y racionalidad (11).

A continuación procederé a examinar si la clasificación presentada por la dogmática penal española del concurso de delitos, en base a las definiciones de sus diversas especies, satisface los requisitos de adecuación formal y material expuestos.

3.2. Adecuación formal de la clasificación (distinción entre concurso aparente y concurso ideal)

La clasificación dogmática del concurso de delitos se realiza en base a las definiciones de las distintas especies. De tal manera para que la clasificación sea formalmente adecuada (reduciéndose al mínimo los casos de concurrencia que o bien encuentran acomodo en más de una especie o bien no encuentran acomodo en ninguna de ellas) se requiere que las definiciones de las distintas especies concursales sean precisas.

En lo que prosigue me voy a limitar a tratar la cuestión de si las definiciones dogmáticas proporcionan una clara distinción entre el concurso aparente y el concurso ideal. Como se dijo al exponer las definiciones de las especies de concurso de delitos, en el supuesto

(11) Sobre la función de la dogmática penal de contribuir a la seguridad en la aplicación de la ley penal, cfr. GIMBERNAT, 1971: 158-161. La opinión que expreso acerca de la doctrina de la justicia en que debe inspirarse las definiciones dogmáticas de concurso de delitos es generalizable a toda la actividad dogmática inspirada en criterios de *sententia ferenda*. Cfr. en un sentido en parte distinto la reciente contribución de SILVA (1992: 105-178), que no parece establecer relación de jerarquía entre las propuestas dogmáticas inspiradas en criterios de racionalidad respecto de aquellas inspiradas en criterios de justicia.

de una única acción (más adelante me interesaré por la definición dogmática de unidad de acción) que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma) son posibles únicamente dos especies concursales: concurso aparente y concurso ideal. Existirá concurso aparente cuando entre las normas de primer nivel concurrentes exista alguna de las siguientes relaciones: especialidad, alternatividad, subsidiariedad (expresa o tácita) o consunción. Existirá concurso ideal cuando entre las normas no exista ninguna de tales relaciones. De ello puede concluirse que la posibilidad de distinguir entre el concurso aparente y el ideal depende de la precisión con que estén formuladas las definiciones de especialidad, alternatividad, subsidiariedad y consunción.

Siguiendo a Klug (1956: 73-74), puede afirmarse que las especies de concurso aparente —y reduciendo el ámbito a los casos de unidad de acción— sólo son precisas cuando se formulan en atención a alguna de las siguientes directrices: la relación lógica existente entre los presupuestos de hecho de las normas concurrentes o la existencia de una norma específica de segundo nivel que determine cuál de las normas de primer nivel concurrentes debe ser aplicada. De acuerdo a la primera directriz se definen las especies de especialidad y de alternatividad. De acuerdo a la segunda se define la especie de la subsidiariedad expresa.

Para formular otras especies de concurso aparente la dogmática recurre a directrices un tanto imprecisas. Así, para definir la subsidiariedad tácita, se alude a que las normas describan diversas fases de ofensa a un mismo bien jurídico. No obstante, es en la definición de la consunción donde se alcanzan cotas mayores de imprecisión debido a la utilización de directrices como la frecuencia empírica de concurrencia simultánea de los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel y, sobre todo, la capacidad de una de las normas concurrentes de abarcar el desvalor de la acción realizada.

Comenzaré analizando las especies de concurso aparente definidas con claridad, para analizar posteriormente las definidas en forma imprecisa.

A) *Especies de concurso aparente en que la definición es precisa (especialidad, alternatividad y subsidiariedad expresa)*

De acuerdo a las definiciones dogmáticas, existe concurso aparente por *especialidad* cuando se dan los siguientes requisitos (cfr. Klug 1956: 60-61):

1. Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Entre las normas de primer nivel concurrentes existe relación lógica de subordinación.

Entre dos normas A y B existe relación de *subordinación* cuando todas las acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma A son también subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma B, pero no es verdad lo inverso, existe alguna acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B que no es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A. A, que es la norma subordinada, es especial respecto de B.

Y existe, de acuerdo a tales definiciones, concurso aparente por *alternatividad*, cuando se satisfacen los siguientes requisitos (cfr. Klug 1956: 60) (12):

1. Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Entre las normas de primer nivel concurrentes existe relación lógica de identidad

Entre dos normas A y B existe relación de *identidad* cuando todas las acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma A lo son en el presupuesto de hecho de la norma B y también resulta cierto lo inverso.

Estas definiciones de concurso aparente por especialidad y *alternatividad* resultan precisas, ya que su elemento diferencial se encuentra en la existencia de una determinada relación entre los presupuestos de hecho de las normas concurrentes (*subordinación* o *identidad*) (13) que, como se advierte, es clara. El único problema para determinar los casos que satisfacen tales definiciones se encuentra en que los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel concurrentes estén definidos con precisión.

No obstante, la dogmática española considera como casos de *especialidad* y *alternatividad* algunos más de los que derivan de aplicar las anteriores definiciones. Ello es debido a dos motivos.

(12) La definición de la especie de la *alternatividad* no es, entre la dogmática penal, pacífica. Si la defino, como hace un sector doctrinal, requiriendo que exista entre los presupuestos de hecho de las normas concurrentes una relación de *identidad* es debido a que sólo entonces esta especie de concurso aparente es distinguible de las demás. Sobre este problema, cfr. KLUG, 1956: 66-68; SANZ, 1986: 126-127. Define la *alternatividad* en base a la *identidad*: GIMBERNAT, 1990: 437-438.

(13) En puridad, las relaciones lógicas (de *subordinación*, de *identidad*, u otras a las que se aludirá) no se dan entre normas, sino entre los presupuestos de hecho de las normas. No obstante, como lo que interesa, en el concurso de delitos, es la relación entre normas de primer nivel, consideramos que entre dos normas se da la relación lógica que existe entre sus presupuestos de hecho.

El primer motivo consiste en que la dogmática distingue diversas modalidades típicas dentro del presupuesto de hecho de las normas de primer nivel (14), planteando relaciones de especialidad o alternatividad no sólo entre presupuestos de hecho de las normas concurrentes, sino también entre el presupuesto de hecho de una norma y una modalidad típica de otra norma o entre modalidades típicas de dos normas.

Así, por ejemplo, se considera que hay relación de especialidad entre la modalidad de la violación usando fuerza o intimidación y las coacciones o amenazas, pese a que entre el presupuesto de hecho de la norma que castiga la violación y el presupuesto de hecho de la norma que castiga las coacciones o la que castiga las amenazas no hay relación de subordinación (pues una de las modalidades de la violación incluye supuestos en que hay consentimiento del sujeto pasivo).

El segundo motivo consiste en que toma en consideración el presupuesto de hecho de las normas (o alguna de sus modalidades típicas) conjuntamente con las circunstancias genéricas previstas en el código penal, en forma tal que la dogmática, o al menos un sector de ella, plantea relaciones de especialidad entre el presupuesto de hecho de una norma (o alguna de sus modalidades) al que se añade —formando un presupuesto de hecho menos extenso— la propiedad descrita en alguna de las circunstancias genéricas del código penal y el presupuesto de hecho de otra norma (o alguna de sus modalidades), al que eventualmente también pueden añadirse circunstancias (cfr. Gimbernat 1972: 285).

Así, por ejemplo, se afirma que el auxilio ejecutivo al suicidio con la circunstancia agravante de precio es especial respecto del asesinato realizado mediante precio, pese a que entre el presupuesto de hecho del auxilio ejecutivo al suicidio y el presupuesto de hecho de la modalidad del asesinato mediante precio no existe relación de subordinación (cfr. Gimbernat 1972: 285). O se señala que entre la modalidad del asesinato por precio y el homicidio con la circunstancia agravante de precio existe relación de alternatividad, pese a que entre el presupuesto de la norma que castiga el homicidio y el presupuesto de hecho de la norma que castiga el asesinato en su modalidad de precio no existe relación de identidad (cfr. Gimbernat 1990: 438, nota 32) (15).

(14) Por modalidades típicas entiendo subclases del presupuesto de hecho de una norma de primer nivel. Así, por ejemplo, en el art. 409 del c. p. se contienen dos normas de primer nivel: a) la que castiga el auxilio y la inducción al suicidio y b) la que castiga el auxilio ejecutivo al suicidio.

En el marco de la primera de tales normas puede, a su vez, distinguirse dos modalidades típicas, la relativa al auxilio (simple) al suicidio y la relativa a la inducción al suicidio.

(15) En un reciente artículo, GIMBERNAT (1992: 837-839 y *passim*) propone

Hay que preguntarse si mediante estas nuevas directrices para establecer relaciones de especialidad y alternatividad se mantiene la precisión en la definición de estas dos especies de concurso aparente.

A mi juicio, la precisión en las definiciones no resulta afectada si se delimitan claramente las directrices para distinguir entre modalidades típicas y si se indican cuáles son las circunstancias que han de considerarse conjuntamente a los presupuestos de hecho (o modalidades típicas) de las normas de primer nivel.

La única directriz clara para establecer las modalidades típicas consiste en atender a las distinciones a las que expresamente ha aludido el legislador al delimitar el presupuesto de hecho de una norma de primer nivel. Por lo que concierne a las circunstancias, parece que hay que considerar todas aquellas circunstancias genéricas que, respetando el art. 59 del c. p., son compatibles con los presupuestos de hecho de una norma de primer nivel.

Dado que en el seno de la dogmática española, los autores que han planteado esta ampliación de las relaciones de especialidad y alternatividad han asumido tales directrices, puede concluirse que tanto la definición estricta de especialidad y alternatividad como la de carácter amplio satisfacen la exigencia de precisión necesaria para la adecuación formal (16).

Por lo que se refiere a la *subsidiariedad expresa*, la definición dogmática incluye los siguientes requisitos:

una interpretación del tipo del homicidio que lleva a eliminar la posibilidad de concurrencia con otros delitos contra la vida. Argumenta GIMBERNAT que en el presupuesto de hecho del homicidio no puede estar incluido la muerte, por ejemplo, del ascendiente, descendiente o cónyuge porque la pena del homicidio es menor que la del parricidio.

Sin entrar en la polémica que mantiene GIMBERNAT con PEÑARANDA a propósito, entre otras cosas, del carácter objetivo o personal del concurso de delitos, de cara a determinar la responsabilidad del partícipe, sí quiero señalar que no me parece posible interpretar el tipo del homicidio en la forma en que lo hace GIMBERNAT y que me manifiesto de acuerdo con la opinión manifestada por el propio GIMBERNAT en anteriores artículos (1972: 284; 1990: 437, nota 31 y 438, nota 32) en el sentido de que el homicidio está en relación de especialidad con el resto de delitos contra la vida y que tal relación concursal deriva de las relaciones entre sus presupuestos de hecho, siendo independiente de la consecuencia jurídica.

(16) La definición de carácter amplio, por ejemplo, de especialidad tendría los siguientes requisitos:

1. Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. (Suponiendo dos normas A y B). Entre los presupuestos de hecho de A o alguna de sus modalidades típicas en que la acción resulta subsumible conjuntamente o no a alguna circunstancia genérica (en que la acción resulta subsumible) y los presupuestos de hecho de B o alguna de sus modalidades típicas en que la acción resulta subsumible conjuntamente o no a alguna circunstancia genérica (en que la acción resulta subsumible) existe relación de subordinación.

1. Existe una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar las normas.
3. Existe una norma —una norma específica de segundo nivel— que determina que sólo una —y cuál de ellas— de las normas de primer nivel sea aplicada.

La claridad de esta definición dogmática resulta indudable, ya que requiere que sea el propio legislador quien se haya planteado la concurrencia de normas de primer nivel y resuelto en un sentido determinado esta concurrencia (17).

B) *Especies de concurso aparente en que la definición no es precisa (subsidiariedad tácita y consunción)*

Las definiciones dogmáticas de subsidiariedad tácita y de consunción, en el caso de unidad de acción, se refieren a casos en que la relación lógica entre las normas concurrentes es de *interferencia* (cfr. Klug 1956: 61):

- Entre dos normas, A y B, se da relación de interferencia cuando:
- a) existe por lo menos una acción subsumible en el presupuesto de hecho de ambas normas, b) existe por lo menos una acción que es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A pero no en el de la norma B y c) existe por lo menos una acción que es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B y no en el de A (18).

Estas definiciones suelen ser análogas a las que prosiguen:

Subsidiariedad tácita (cfr. Jescheck 1978: 1036):

1. Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos normas de primer nivel interferentes.

(17) Algunos autores plantean como supuestos de concurso aparente por subsidiariedad expresa otros casos en que, en realidad, no hay concurrencia de normas de primer nivel (cfr. SANZ, 1986: 123).

Así, por ejemplo, se afirma, en relación al art. 131 del c. p., que esta norma es subsidiaria del resto de las normas de primer nivel contenidas en el capítulo en el que se encuentra incluida. En verdad, en cambio, el legislador ha redactado el 131 incluyendo, como elemento negativo, que el hecho no sea subsumible en el presupuesto de hecho de alguna de las otras normas referidas, por lo cual no es posible que la norma del art. 131 del c. p. sea aplicable conjuntamente a otra de las normas de ese capítulo.

(18) En los supuestos de consunción (quizá posibles) basados en la existencia de una acción que resulta subsumible más de una vez en el presupuesto de hecho de una única norma, esta relación de interferencia deberá existir entre las subclases de acciones que configuren el presupuesto de hecho de la referida norma.

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Suponiendo dos normas, A y B, resulta ser cierto que ambas normas describen en sus presupuestos de hecho distintas secuencias naturales de ofensa a un determinado bien (la norma que describe la fase menos intensa es subsidiaria y la norma que describe la fase más avanzada es principal).

Consumción:

1. Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel interferentes (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Suponiendo dos normas, A y B, resulta ser cierto que frecuentemente cuando existe una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A también esta acción es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B.

4. Resulta ser cierto que aplicando exclusivamente la norma A se colma el desvalor de una determinada acción subsumible en ambas normas (la norma A es la norma que consume y la norma B la consumida).

Pasemos a examinar las razones por las cuales estas definiciones, en particular la correspondiente a la consumción (19), adolecen de falta de precisión y, por ello, comportan problemas para poder distinguir entre el concurso aparente y el ideal.

La definición de *subsidiariedad tácita*, en los casos de unidad de acción, tiene como elemento diferencial que las normas de primer nivel concurrentes describen distintas fases de ofensa a un determinado bien.

No nos encontramos ante casos en que necesariamente para realizar la fase más avanzada debe pasarse por la anterior, pues de ser así la relación entre las normas sería de especialidad. Un ejemplo de ello puede ser la relación entre la norma que castiga el homicidio y la que castiga en general las lesiones (420 c. p.); como que para matar parece necesario lesionar resulta que la norma que castiga el homicidio puede considerarse especial respecto de aquélla que castiga las lesiones.

(19) Algunos autores (cfr. KLUG, 1956: 65) prescinden de una de las especies de concurso aparente, consumción o subsidiariedad, por considerar que no existen diferencias significativas entre ellas. Quizá la subsidiariedad no sea más que una especie de consumción más precisada y en la que, por ello, resulta más evidente (hasta el punto de que en casos de unidad de acción no se incluye tal requisito) que con la aplicación de una de las normas de primer nivel concurrentes se colma el desvalor de la acción o acciones realizadas.

La dogmática suele considerar como casos de subsidiariedad tácita aquellos en que nos encontramos ante dos normas, una de ellas describe la puesta en peligro y otra describe la lesión de un determinado bien, y una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de ambas normas. Piénsese en el caso de quien, en unidad de acción, realiza un acto preparatorio punible y lesiona el bien (20).

El problema de este criterio de concurso aparente se encuentra en que introduce en la definición la noción «bien jurídico», que carece de un uso uniforme por parte de la doctrina. Concretamente, resulta que en los casos en que más claramente parecería aplicable este especie de concurso aparente —aquellos en los que existe una acción subsumible en el presupuesto de hecho de una norma que describe uno de los llamados delitos de riesgo y que, a su vez, resulta subsumible en una norma que describe la lesión imprudente de los bienes—, su aplicación resulta dudosa por la discusión de la dogmática acerca de si lo protegido en los delitos de riesgo son bienes individuales o bienes colectivos.

La especie de *consunción* aún plantea mayores problemas de precisión. El segundo de sus elementos alude a una relación de frecuencia empírica —por la cual es probable que dándose la descripción A también se dé la descripción B— que adolece de vaguedad.

Pero muchos mayores problemas plantea el tercer elemento dogmático de la consunción, el cual requiere que aplicando exclusivamente una de las normas concurrentes se comprenda el desvalor de la acción realizada. Seguramente con ello la dogmática quiere aludir a una directriz de suficiencia punitiva, bastando una de las normas para castigar la acción realizada.

Pero esta directriz no aporta, por sí misma, precisión a la definición de consunción, pues para decidir si la acción realizada queda suficientemente castigada con la exclusiva aplicación de una de las normas o, por el contrario, requiere la consideración de las diversas normas concurrentes, el dogmático, o el juez, necesita realizar algún juicio de valor.

En conclusión, la adecuación formal de la clasificación dogmática de concurso de delitos, en lo que se refiere a la distinción entre el concurso aparente y el ideal, es deficiente.

Pese a que algunas especies de concurso aparente cumplen con esta exigencia de precisión (especialidad, alternatividad y subsidia-

(20) Suele señalarse también como supuesto de subsidiariedad el de la tentativa o frustración con la consumación, pero existe el problema de que las normas que castigan la tentativa y la frustración son heterogéneas con las que castigan la consumación (entre dos normas, A y B, existe relación de heterogeneidad cuando no existe ninguna acción que sea subsumible en el presupuesto de hecho de ambas normas), por lo cual, en unidad de acción, no es posible que las normas que castigan la tentativa y frustración sean aplicables conjuntamente con las que castigan el delito que se quiere consumir (cfr. en tal sentido MIR, 1990: 739, nota 50).

riedad expresa) existen otras que, por el recurso en las definiciones a conceptos que son utilizados ambiguamente por la dogmática (subsidiariedad tácita) o a conceptos vagos o incluso valorativos (conunción) dejan en una zona de penumbra la calificación de bastantes casos como de concurso aparente o ideal.

Posiblemente la voluntad de adecuación formal ha originado opiniones doctrinales partidarias de prescindir de las especies de concurso aparente más imprecisas (21) pero antes de pronunciarse sobre ello se requiere analizar las definiciones dogmáticas desde el punto de vista de su adecuación material.

3.3. Adecuación material de la clasificación

Los requisitos que he planteado de adecuación material de la clasificación dogmática de concurso de delitos son dos: a) que sirva para aplicar las normas de segundo nivel del código penal y b) que la aplicación que origine de las normas de segundo nivel respete determinados criterios de legalidad, racionalidad y justicia. La satisfacción del primer requisito de adecuación material está condicionada exclusivamente a la adecuación formal de la clasificación, aspecto que acabamos de tratar. Interesa, por tanto, referirse a este segundo requisito de adecuación material de la clasificación.

Anteriormente, he justificado una concreción de este segundo requisito de adecuación material en los siguientes elementos: (1) al determinar las definiciones de concurso de delitos, la dogmática debe incorporar los elementos establecidos por el legislador en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel; (2) para completar las definiciones, distinguiendo las diversas especies de concurso de delitos, debe guiarse en criterios de racionalidad; (3) cuando los anteriores criterios sean insuficientes para precisar las definiciones debe recurrir a criterios de justicia.

En lo que prosigue voy a intentar verificar si la dogmática española, al definir las especies de concurso de delitos, se adapta o no a tal requisito. En relación a ello, me limitaré a analizar dos cuestiones.

En primer lugar examinaré si la dogmática al distinguir, del conjunto de especies concursales que obligan a aplicar las diversas normas de primer nivel concurrentes, entre el concurso ideal y el resto de especies concursales (concurso medial, delito continuado y concurso real) realiza definiciones adecuadas al criterio de legalidad, dado que el legislador ha establecido como criterio distintivo que exista unidad o pluralidad de acciones.

(21) En el seno de la doctrina italiana sustenta esta opinión ANTOLISEI 1955: 246-261.

En segundo lugar, constataré si la distinción que realiza la dogmática entre especies concursales que llevan a la aplicación de una única norma de primer nivel (concurso aparente) de aquellas cuya consecuencia es la aplicación de varias normas (el resto de especies concursales) reposa, como debería, dado que el legislador se ha abstenido de determinar los elementos distintivos, en criterios de racionalidad.

3.3.1. Distinción entre el concurso ideal y el resto de especies concursales que suponen aplicación de varias normas

Las definiciones de las especies de concurso de delitos que se dan en el seno de la dogmática española establecen que la unidad de acción es el elemento relevante para distinguir entre el concurso ideal de delitos (que requiere unidad de acción) y el concurso medial, delito continuado y concurso real (que requieren pluralidad de acciones).

Con ello la dogmática española asume una distinción establecida por el propio legislador en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel. Resulta, en efecto, que el legislador ha aludido expresamente a la unidad de acción al establecer el presupuesto de hecho de lo que dogmáticamente se conoce como concurso ideal (art. 71, primer párrafo, primera parte de la disyunción) y ha aludido a la pluralidad de acciones al establecer el presupuesto de hecho del concurso medial (art. 71, primer párrafo, segunda parte de la disyunción) y del delito continuado (art. 69 bis). En cuanto al concurso real, parece que la única manera de compatibilizar el ámbito de aplicación del artículo 71 con el del artículo 70 es exigir pluralidad de acciones como requisito de esta especie concursal (22).

De tal manera, la dogmática respeta el requisito de adecuación material expuesto, cuya primera exigencia requiere que cuando el legislador haya establecido algún elemento en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel, éste forme parte de la definición dogmática del presupuesto de hecho de tales normas.

No obstante, y aquí está la cuestión que se pretende analizar, para que las definiciones de las especies concursales que incorporan este elemento de la unidad o pluralidad de acción satisfagan esta exigencia de adaptación a criterios de legalidad, se requiere, a su vez, que las definiciones de las expresiones que manifiestan unidad de acción (una acción) o pluralidad de acción (varias acciones) se correspondan

(22) La única duda que quizá deje el código es si también se aplica la disposición del art. 71 a los casos regulados por el art. 69, en el que las penas que prescriben las diversas normas de primer nivel aplicables son posibles de cumplimiento simultáneo.

con el uso que en el lenguaje natural tienen tales expresiones, o expresiones sinónimas, aunque teniendo en cuenta el contexto en que ellas aparecen, el código penal.

En la dogmática se enfrentan dos teorías para determinar el concepto de unidad de acción: la teoría de la unidad natural y la teoría de la unidad jurídica. Antes de pasar a exponer y analizar tales teorías resulta útil hacer mención a la discusión filosófica sobre esta cuestión, que es paralela a la que se da en el seno de la dogmática.

Como señala Nino (1987: 45-65), haciendo un balance de la discusión relativa a los instrumentos para individualizar acciones, para abordar tal problema debe partirse de la distinción entre acciones individuales y descripción de acciones. En el mundo existen únicamente acciones individuales, pero es sólo gracias a que en el lenguaje disponemos de descripciones (expresión sinónima a acciones genéricas o clases de acciones) como podemos identificar secuencias espacio-temporales de la actividad humana como determinada acción. Al tener la expresión «matar» podemos referirnos a una secuencia de la actividad de un individuo como una acción de matar. De ello puede concluirse que la identificación de acciones es relativa a ciertas descripciones.

A partir de ello, la polémica principal se da entre defensores y adversarios de la tesis de la identidad. Para los primeros existe una única acción cuando las diversas descripciones se realizan con los mismos movimientos corporales. Para los segundos, existen tantas acciones cuantas descripciones, que aludan a diversas propiedades de una secuencia de la actividad humana, puedan realizarse.

Las dos teorías que se enfrentan en la dogmática se distinguen, justamente, por aceptar o rechazar la tesis de la identidad. La teoría de la unidad natural parece aceptar tal tesis, ya que considera que pese a que una secuencia de la actividad humana realice diversos tipos penales, existirá unidad de acción si ello se consigue con una única manifestación de voluntad (Antón, 1949: 489). La teoría de la unidad jurídica defiende, en cambio, que, por lo menos en algunos casos, el número de acciones depende del número de tipos realizados, con independencia de que se realicen con los mismos movimientos corporales (Mir, 1990: 720-723).

Pasemos a analizar cuál de estas teorías, puede considerarse más respetuosa del criterio de adecuación a la legalidad por basar su distinción entre la unidad y la pluralidad de acciones en los usos del lenguaje natural.

Comenzando por la teoría de la unidad jurídica, cabe decir que una versión radical de ella, que no creo que nadie defienda, por la cual existan tantas acciones cuantos tipos realizados, es indiscutiblemente incompatible con las opciones de legislador; el cual ha regulado en el artículo 71, primera parte, la situación en la que una única acción realiza diversas descripciones típicas (cfr. Antón, 1949: 489).

Un sector de la dogmática española ha defendido una versión más débil de la teoría de la unidad jurídica (Mir 1990: 720-723). De acuerdo a ella, cuando existen tipos que hacen referencia a un único resultado (por ejemplo, el tipo del homicidio, que describe la situación de matar a otro), el número de acciones es equivalente al número de resultados típicos producidos. La tesis se apoya en que el código penal no alude, en las normas de segundo nivel, a la expresión «acción», sino a la expresión «hecho» y, para estos autores, un hecho no puede incluir varios resultados, mientras que, queda implícito, una acción sí puede incluirlos.

Esta versión de la teoría de la unidad jurídica es susceptible, a mi juicio, de la siguiente objeción. Es cierto que el código penal no alude en las normas de segundo nivel a la expresión «acción», sino a la expresión «hecho» pero, a mi entender, estas expresiones, en el contexto de un código penal, son sinónimas.

Cabe poner, como demostración, un ejemplo aludido por defensores de la teoría objetada, relativo a la descripción de matar. En primer lugar, tanto con la utilización de la expresión «acción de matar» como de la expresión «hecho de matar», se hace referencia a la existencia de una secuencia de la actividad humana que ha producido algún resultado de muerte, es decir, en ambos casos las descripciones incluyen el resultado de muerte. En segundo lugar, no parece refutable que los resultados a los que se puede hacer referencia con ambas expresiones pueden ser uno o varios, pues para aludir, por ejemplo, al caso de quien puso una bomba en un local y como consecuencia de la explosión produjo la muerte de varias personas, nos sirve igual la expresión, la «acción de X de matar a varias personas» como la expresión «el hecho realizado por X de matar a varias personas» (23).

En conclusión, siendo sinónimas, en el contexto de un código penal, las expresiones «hecho» y «acción», las conclusiones que se extraen a favor de la teoría de la unidad jurídica son infundadas.

La *teoría de la unidad natural* comparte la tesis de la identidad, pues considera que hay unidad de acción si determinada secuencia de la actividad humana admite diversas descripciones pero todas las descripciones se realizan con idénticos movimientos corporales. Así, si un individuo obliga con fuerza a otro a realizar el coito y, con la violencia, le produce lesiones, estamos ante una parcela de la actividad humana que realiza dos descripciones (violación y lesiones), pero que supone sólo una acción, ya que ambas se han realizado con los mismos movimientos corporales (24).

(23) Es obvio que, fuera del contexto de un código penal, la noción de hecho es más extensa que la de acción, ya que la primera incluye eventos producidos por causas naturales.

(24) Entre los autores que defienden la teoría de la unidad natural, se produce la polémica acerca de si debe existir identidad total entre los movimientos corporales

A mi juicio, la teoría de la unidad natural resulta más correspondiente al uso del de los términos «hecho» o «acción» (o voces sinónimas) en el lenguaje natural. No obstante, quizá pueda estarse de acuerdo en que el lenguaje natural permite una noción de unidad de acción un tanto más amplia que la que postula la teoría de la unidad natural.

De acuerdo a esta noción, para que exista unidad de acción se requerirían dos elementos:

1. Una secuencia de movimientos corporales (incluyendo la ausencia de ellos) dentro de un mismo marco espacio-temporal.
2. Esta secuencia admite una descripción mediante una única clase natural de acciones (basada en las expresiones verbales de una determinada lengua) que recoge las propiedades que toman en consideración otras posibles descripciones de la acción.

Quizá así pueda solucionarse el caso planteado por Gimbernat de quien, con voluntad de matar, realiza dos disparos alevosos fallidos y, sin solución de continuidad, realiza, en forma no alevosa, un tercer disparo que produce la muerte (Gimbernat 1967: 266 y ss.) Si se advierte bien, de acuerdo a la concepción antes expuesta de la unidad natural, parecería que debería llegarse a la tesis de que existe pluralidad de acciones, pues las dos descripciones que se barajan (asesinato frustrado y homicidio consumado) se han realizado con movimientos corporales distintos (los dos primeros disparos y el tercer disparo, respectivamente). En cambio, para llegar a la tesis de la unidad de acción, que defiende Gimbernat, se requiere acoger una teoría, como la ahora presentada, que amplía esta noción de unidad de acción. Pues, en efecto, en tal caso nos encontraríamos ante una secuencia de movimientos corporales sin solución de continuidad (los diversos disparos) que pueden ser descritos con la clase natural de acciones referida mediante el verbo «matar».

Con esto quizá pueda concluirse que en aquellos supuestos en que los términos usados por el legislador admitan, por su uso en el lenguaje natural, definiciones distintas, que dejan algunos casos dudosos, no habrá más remedio, para solucionarlos, que recurrir a los criterios siguientes de adecuación material y, principalmente, a criterios de justicia.

que satisfacen las diversas descripciones o si es suficiente con la identidad parcial. Cfr. sobre esta cuestión VIVES, 1981: 17, y SANZ, 1986: 212-214.

3.3.2. Distinción entre el concurso aparente y las otras especies concursales

La distinción entre el concurso aparente y las otras especies concursales es una de las cuestiones de más importancia práctica del concurso de delitos, pues de ella depende que al individuo se le aplique exclusivamente una norma o se le apliquen, aunque con distintos efectos, las varias normas de primer nivel concurrentes.

En las normas de segundo nivel, el legislador no ha procedido a establecer elementos de distinción entre el presupuesto de hecho de aquella norma cuya consecuencia es la aplicación de una única de las normas de primer nivel concurrentes (el art. 68) respecto del resto de normas de segundo nivel, cuya consecuencia es la aplicación de las diversas normas de primer nivel concurrentes.

La dogmática ha procedido a plantear tal distinción a través de la definición de las diversas especies de concurso aparente.

A continuación debe examinarse si las definiciones dogmáticas de las especies de concurso aparente se adecuan al segundo requisito de adecuación material asumido, que requiere que tales definiciones se basen en criterios de racionalidad, propugnando concurso aparente en los casos en que lo racional es aplicar exclusivamente una de las varias normas de primer nivel concurrentes.

Dejo para más adelante el análisis de la propuesta de la dogmática de que la norma de primer nivel aplicada en tales casos no sea necesariamente la que castigue más gravemente la acción o acciones, como establece la norma de segundo nivel contenida en el art. 68, sino que los jueces se guíen por una norma (implícita) de segundo nivel, que exige la aplicación de la norma especial o la principal o la consumidora o alguna de las alternativas.

A) *Criterios de racionalidad en que deben basarse las definiciones dogmáticas de concurso aparente*

En el seno de la dogmática española se han desarrollado criterios de racionalidad, que resultan convincentes, para solucionar los casos en que lo que está en juego es la aplicación de una o de varias normas de primer nivel (cfr. principalmente Gimbernat, 1974: 284-285 y 1990: 436; Peñaranda, 1991: 53, nota 33).

Tales criterios de racionalidad parten de la premisa de que el legislador, con las normas de primer nivel, pretende motivar comportamientos de las personas.

El legislador lleva a cabo su objetivo de canalizar el comportamiento humano mediante unas descripciones, a las que asocia consecuencias jurídicas, relativas a la imposición o no imposición de pena, o al aumento o disminución de ella, en las que alude a diversas propiedades de las acciones. Para saber las propiedades de las ac-

ciones que el legislador considera relevantes hay que tomar en consideración el conjunto de normas de un sistema.

Una vez obtenido el catálogo de las propiedades relevantes puede procederse a aplicar el siguiente criterio de racionalidad: si aplicando exclusivamente una norma de primer nivel se toman en consideración todas las propiedades de la acción (o acciones) a las que el legislador ha dado relevancia, parece que, entonces para motivar, en la forma en que el legislador quiere, tal comportamiento, se requiere la aplicación exclusiva de una norma. En cambio, cuando con la consideración exclusiva de una de las normas de primer nivel aplicables, se dejan de considerar propiedades de la acción a las que el legislador ha dado relevancia en alguna otra norma de primer nivel aplicable, entonces son varias las normas a aplicar, pues si sólo una fuera aplicada, no se motivaría, en un sentido en que el legislador quiere, el comportamiento humano.

De acuerdo a tal premisa pueden establecerse los siguientes dos principios, de carácter complementario, para determinar el número de normas de primer nivel que deben aplicarse:

a) El *principio de vigencia*, que requiere que la norma o normas que se apliquen tomen en consideración todas las propiedades, de la acción o acciones, que el legislador ha considerado relevantes.

b) El *principio de ne bis in idem*, que prohíbe que se apliquen dos o más normas de primer nivel si ellas describen la misma propiedad de la acción considerada.

B) *Análisis de si las definiciones dogmáticas de concurso aparente se basan en tales criterios de racionalidad*

A mi juicio, las definiciones de concurso aparente inspiradas en tales criterios de racionalidad son las relativas a las especies de especialidad y alternatividad. La definición de subsidiariedad tácita, en referencia a casos de unidad de acción, tiene cierta relación con tales criterios (25). Más alejados de tales criterios aparecen el resto de supuestos de subsidiariedad tácita y los de consunción, que son semejantes. A continuación expondré, distinguiendo entre las diversas especies de concurso aparente, las razones que sustentan tal afirmación.

(25) En los casos de subsidiariedad expresa, la propuesta de la dogmática de que se aplique una de las normas no está inspirada en criterios de racionalidad, sino de legalidad, ya que el legislador ha establecido una norma específica de segundo nivel, con clara determinación de su presupuesto de hecho.

a) Especialidad

En los casos de especialidad la aplicación exclusiva de una de las normas reposa sobre los principios de racionalidad expuestos.

De acuerdo al principio de vigencia, tanto la norma general como la especial deben ser, salvo que sea de aplicación el otro principio, aplicadas, pues ambas describen propiedades de la acción considerada. Pero de acuerdo al principio de *ne bis in idem*, debe excluirse una de las normas, pues existe una propiedad de la acción que ambas consideran. Adviértase —y esta es una cuestión a la que aludiré en el epígrafe posterior— que si la norma excluida fuera la especial, el principio de vigencia no sería respetado, pues existe una propiedad relevante de la acción (aquella que sólo la norma especial considera) que ha dejado de considerarse.

Como se dijo al tratar de la adecuación formal de la clasificación, la dogmática extiende las relaciones de especialidad como consecuencia de dos motivos. En primer lugar, por establecer relaciones de especialidad no sólo en atención a los presupuestos de hecho de las normas en su conjunto, sino también en base a las distintas modalidades típicas que puedan distinguirse, en su caso, en tales presupuestos de hecho. En segundo lugar, por agregar a los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel, o a sus modalidades típicas, las circunstancias genéricas previstas en el código penal.

Ya vimos que tal extensión no alteraba la precisión de la definición (que era requisito de la adecuación formal). Interesa ahora examinar si tal extensión responde o no a los criterios de racionalidad expuestos.

En relación a la primera cuestión, la consideración de las relaciones de especialidad en atención no sólo a los presupuestos de hecho de las normas sino también en base a las modalidades típicas que puedan distinguirse en tales presupuestos de hecho, resulta, a mi juicio, acorde con los anteriores principios de racionalidad, ya que es mediante la descripción de propiedades como el legislador muestra los comportamientos sobre los que quiere influir y ello no viene alterado por el hecho de que, atendiendo a razones de economía legislativa o de otro orden, haya asociado como presupuesto de hecho de una norma dos o más propiedades de las acciones.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a la consideración de las circunstancias genéricas previstas en el código penal junto a los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel para formar nuevas relaciones de especialidad, hay que partir de la premisa del sentido que tienen en el código penal tales circunstancias. El legislador no ha optado, salvo en determinados casos, por distinguir cada uno de los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel *penales* con el conjunto de propiedades añadidas que considera relevantes, sino que ha establecido un catálogo general de circunstancias que son de aplicación, salvo por razones legales, a todos los

casos en que una acción punible realiza la propiedad descrita en la circunstancia. Esta opción, seguramente inspirada en una razón de economía legislativa, autoriza, a mi juicio, a que la dogmática considere, para plantear relaciones de especialidad, los presupuestos de hecho, o, en su caso, modalidades típicas de tales presupuestos, conjuntamente a las propiedades de las circunstancias presentes en el caso y previstas, con carácter general, por el legislador.

Como ha sido puesto en evidencia (cfr. Gimbernat 1974: 284-285), si no se toman en consideración las circunstancias para construir relaciones de especialidad, no hay forma de llegar a soluciones acordes con los principios de racionalidad anteriormente expuestos. Si para el supuesto, aludido por Gimbernat, de quien produce la muerte de otro con consentimiento del sujeto pasivo y mediando precio, no se admite una situación de especialidad entre las calificaciones de Auxilio ejecutivo al suicidio + precio (norma especial) y asesinato mediante precio (norma general) no podrá llegarse a la única solución racional, aplicar exclusivamente la norma que castiga el auxilio ejecutivo con la circunstancia agravante de precio. Esta es la única solución racional, porque sólo ella respeta el principio de vigencia, al tomar en consideración todas las propiedades del caso que el legislador ha considerado relevantes y el de *ne bis in idem*, al no considerar dos veces ninguna de las propiedades de la acción relevantes.

b) Alternatividad

Raramente existirá en el código penal un supuesto de dos normas idénticas, pero la dogmática ha planteado relaciones de alternatividad considerando las circunstancias genéricas del código penal.

Sobre la racionalidad de considerar las circunstancias para construir relaciones de alternatividad valen los mismos argumentos expuestos en relación a la especialidad. Admitido lo anterior, resulta obvio que si una acción tiene dos calificaciones posibles y ambas recogen todas las propiedades consideradas relevantes por el legislador, el principio de vigencia se satisface aplicando cualquiera de las dos normas de primer nivel (+ circunstancia) y el principio de *ne bis in idem* obliga a aplicar exclusivamente una de las normas.

En relación al caso, tan discutido en los últimos años, de la muerte de un pariente producida con alguna de las circunstancias del asesinato (cfr. Gimbernat 1990: 430-441), nos encontramos con dos calificaciones idénticas (asesinato con circunstancia de parentesco y parricidio con circunstancia genérica) (26). El principio de vigencia

(26) Podría argumentarse, como crítica a tal solución, que las calificaciones no son idénticas, ya que es más extensa la circunstancia genérica de parentesco que el concepto de pariente del 405 del c. p. No obstante, en favor de la tesis de la alterna-

viene satisfecho con cualquiera de las dos calificaciones y el principio de *ne bis in idem* obliga a descartar la aplicación de una de las dos posibilidades.

Optar en tales casos por el concurso ideal, como propone un sector de la doctrina (cfr. Bustos 1991: 31; Mir 1988: 987 y ss), es proponer una solución que no respeta el principio de racionalidad del *ne bis in idem*, ya que considera dos veces el elemento de matar a otro (cfr. Gimbernat, 1990: 433).

c) Subsidiariedad tácita

Anteriormente se presentó una definición de subsidiariedad tácita que se limitaba a los casos de unidad de acción. La definición general de subsidiariedad tácita presentada por la dogmática suele aludir a los siguientes requisitos (distingo entre casos de unidad o de pluralidad de acciones, 2 acciones para simplificar):

1. a) Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel interferentes o b) un individuo realiza dos acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Suponiendo dos normas, A y B, a) resulta ser cierto que ambas normas describen en sus presupuestos de hecho distintas secuencias naturales de ofensa a un determinado bien; b) resulta ser cierto que ambas normas describen en su presupuesto de hecho distintas formas de ofensa a un mismo bien y también resulta ser cierto que cuando se produce una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A es frecuente que se realice otra acción de ofensa al mismo bien subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B.
4. b) Aplicando exclusivamente la norma A se colma el desvalor de las acciones realizadas.

La definición dogmática de subsidiariedad tácita para los casos de pluralidad de acción es, como veremos más adelante, una mera especialidad respecto de la definición de consunción. Por tal razón, el análisis de si la dogmática se inspira en criterios de racionalidad para formularla, será realizado conjuntamente con la consunción.

tividad (que, por otra parte, resulta la única racional) está el que podría distinguirse en la circunstancia de parentesco dos situaciones, aquellas que coinciden con los parientes del 405 y aquellas que no y formar una relación de alternatividad tomando en consideración: asesinato + circunstancia de parentesco (incluyendo los casos de cónyuge, ascendiente y descendiente) y parricidio + circunstancia genérica calificatoria de asesinato.

Por lo que se refiere a los casos de unidad de acción, existe algún caso resuelto por la dogmática con los criterios de racionalidad expuestos. Me refiero a aquel en que existe una acción que resulta subsumible en un tipo que describe la puesta en peligro de determinado bien y, además, tal acción resulta subsumible en otro tipo que describe la lesión de algún bien producida en forma imprudente.

Un ejemplo podría ser el caso del empresario que hace que sus trabajadores realicen su actividad en condiciones en que es previsible que se produzcan resultados lesivos y, en efecto, tal resultado lesivo se produce en una ocasión. Nos podemos encontrar ante dos normas aplicables: 348 bis a y uno de los tipos generales de imprudencia (en relación a un tipo de lesión). Los tipos generales de imprudencia son de aplicación, principalmente, en casos en que se realiza un comportamiento que produce un riesgo para un bien, el cual se materializa en la lesión del bien. Los tipos de riesgo (como el 348 bis a) describen comportamientos que producen un riesgo, sin exigir que se produzca el resultado lesivo. Parece que si se aplican las dos normas que describen los tipos, se valora doblemente el riesgo producido para determinado bien jurídico, infringiéndose el principio de *ne bis in idem*. Quizá sea esta la razón por la cual la doctrina suele considerar que los delitos de peligro concreto son subsidiarios de los delitos de lesión.

No obstante, si en el supuesto de subsidiariedad la doctrina se inspira en este criterio de racionalidad de *ne bis in idem*, no se ve la razón por la cual se afirma que esta relación de subsidiariedad se da entre delitos de puesta en peligro concreto y delitos de lesión, pero no entre delitos de peligro abstracto y delitos de lesión. De acuerdo al principio del *ne bis in idem*, parece que el resultado debería ser el mismo.

Como se decía, en los casos de pluralidad de acción, los criterios en los que se inspira la doctrina para plantear un concurso aparente por subsidiariedad tácita son semejantes a los que acoge para plantear la consunción.

d) Consunción

La dogmática plantea su definición de consunción (y todo lo que diga a continuación vale también para la definición de subsidiariedad tácita en el caso de pluralidad de acciones) con un cierto alejamiento de los criterios de racionalidad expuestos.

Antes de pasar a exponer las razones de esta afirmación conviene presentar una definición de consunción, que recoja los elementos planteados por la dogmática (distingo en cada elemento si se trata de supuesto de unidad o de pluralidad de acciones (dos acciones, para simplificar):

1. a) Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel interferentes (o más de una vez en una misma norma) o b) un individuo realiza dos acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Suponiendo dos normas, A y B, a) Resulta ser cierto que frecuentemente cuando una acción es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A también es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B; b) Resulta ser cierto que frecuentemente cuando se realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A, también se realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma.
4. Aplicando exclusivamente la norma A, se colma el desvalor de la acción o acciones realizadas.

En base a tales definiciones, la dogmática suele considerar los siguientes como casos de consunción. Se dice, en relación a un caso de unidad de acción, que los delitos contra la vida consumen los daños materiales en el vestido de la víctima o, quizá, en su automóvil. Y, en supuestos de varias acciones, más discutidos, que la estafa consume la anterior falsificación de documento para conseguir el engaño o que el infanticidio consume la posterior inhumación ilegal del cadáver del recién nacido (cfr. Muñoz Conde, 1993: 284 y 485).

Comenzando por los casos de unidad de acción, ya hay una cuestión que, de entrada, advierte que la dogmática no se orienta aquí por los criterios de racionalidad expuestos. Al ser la relación entre las normas concurrentes de interferencia, está claro que aplicando exclusivamente una de las normas, no se tomarán en consideración las propiedades que el legislador ha considerado relevantes. Así, en el ejemplo expuesto, al aplicar exclusivamente el delito contra la vida seguro que no se toma en consideración los daños en las cosas. Y si no se toma en consideración tal propiedad, no se respeta el principio de vigencia. Esto es aún más evidente en el caso de varias acciones, pues aquí el principio de *ne bis in idem* pierde cualquier aplicabilidad.

¿De qué criterio se vale entonces la dogmática para plantear tales relaciones de consunción?

Como anticipé al tratar de los requisitos de adecuación formal, a mi juicio la dogmática toma en cuenta dos criterios para considerar los casos de consunción: un criterio empírico y un criterio de justicia.

El criterio empírico se advierte en el segundo elemento de la definición de consunción relativo a que, en caso de unidad de acción (y suponiendo dos normas, A y B), realizándose la propiedad descrita por la norma A, es probable, en determinada medida, que se dé la propiedad descrita por la norma concurrente B; o, en caso de plura-

lidad de acciones (dos, para simplificar), dándose una acción que realiza la propiedad descrita en A, es probable, en determinada medida, que se dé otra acción que realiza la propiedad descrita en B.

El criterio de justicia se advierte en el elemento de la definición de consunción relativo a que la aplicación de una de las normas colme el desvalor de la acción o acciones realizadas. Con ello, como se decía anteriormente, la dogmática parece aludir a que el individuo que ha realizado la acción o acciones quede suficientemente castigado aplicando exclusivamente una de las normas. Pero para llegar a esta conclusión parece que se requiere disponer de algún principio de justicia que determine cuándo el castigo es suficiente. La dogmática, por lo general, renuncia a plantear tal criterio de justicia. Por ello, la especie de la consunción hace imprecisa la definición de concurso aparente y, en consecuencia, deficitaria formalmente la clasificación dogmática de concurso de delitos.

Dicho lo anterior, hay que plantearse si no resulta más adecuado a los elementos de adecuación material expuestos que la dogmática renuncie, como especie de concurso aparente, a la consunción.

En contra de ello cabe argumentar que el criterio empírico planteado por la dogmática tiene cierta vinculación con los criterios de racionalidad expuestos. Es argumentable que el legislador al asociar pena a determinada descripción haya considerado aquellas otras propiedades que, con cierta probabilidad, la acompañan. Si así fuera, podría decirse que las otras propiedades están implícitamente consideradas en la primera y que, por ello, al aplicar exclusivamente la norma que establece la descripción básica se satisface el principio de vigencia y de *ne bis in idem*.

Este argumento es muy débil; pero la duda al respecto de que pueda ser así, en una cuestión prácticamente de tanta importancia (aplicar una o varias normas de primer nivel), hace, a mi juicio, justificable el que la dogmática recurra, como última especie de concurso aparente, a la consunción.

Dicho lo anterior resulta que al tener una base de racionalidad tan débil, se requiere plantear algunas limitaciones, exigidas por el elemento de adecuación material del que partimos, al uso del criterio de consunción (Klug, 1956: 71).

En primer lugar, es exigible que efectivamente se cumpla el criterio empírico, que es lo que vincula la consunción a los criterios de racionalidad expuestos.

En segundo lugar, se requiere que la dogmática, al hacer uso del criterio de consunción, plantee los criterios de justicia que avalan su posición. A mi juicio, y dentro del marco de las doctrinas liberales de justificación del derecho penal, quien sostenga una doctrina de carácter utilitarista, deberá resolver la cuestión de la suficiencia punitiva en base al principio de efectividad, mostrando la razón por la cual con la aplicación de las dos normas, en su caso, no se va a

conseguir incrementar la función de prevención general o que, el incremento que se podría conseguir no compensaría el plus de pena impuesto (27). Quien, en cambio, sostenga una doctrina de carácter retribucionista, deberá solucionar tal cuestión recurriendo a consideraciones de proporcionalidad.

Sólo planteando claramente tales argumentos de justicia, la dogmática posibilitará una decisión consciente por parte de los aplicadores del derecho.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA DE SEGUNDO NIVEL PROPUESTA POR LA DOGMÁTICA PARA APLICAR A LOS CASOS DE CONCURSO APARENTE

Para finalizar falta por tratar la cuestión relativa a la norma de segundo nivel propuesta, de *sententia ferenda*, para aplicar a los casos de concurso aparente. Esta norma —que viene a decir que en caso de concurso aparente debe aplicarse exclusivamente la norma especial, o una de las alternativas, o la principal o la que consume— no llevará siempre a resultados iguales que los que establece la norma de segundo nivel contenida en el art. 68 del código penal, en base a la cual debe aplicarse exclusivamente la norma que sancione más gravemente la acción o, en su caso, acciones.

La dogmática española ha puesto de manifiesto que esta norma implícita de segundo nivel es necesaria, por lo menos, para los casos de especialidad en que la norma de primer nivel especial atribuye a su presupuesto de hecho una pena menos grave que la norma general. Así sucede, por ejemplo, entre el parricidio y el infanticidio. De no considerarse tal norma implícita resultaría que al ser todas las acciones subsumibles en el tipo del infanticidio, subsumibles también en el del parricidio y al ser la pena del parricidio más grave que la del infanticidio, el cumplimiento del art. 68 del código penal llevaría a la inaplicación de la norma de primer nivel que describe el infanticidio.

(27) En base a tal criterio quizá puedan justificarse, desde esta perspectiva utilitarista, como casos de consunción, los expuestos anteriormente. Por ejemplo, resulta bastante evidente que si una persona no se intimida por la pena que prevé el código penal para el homicidio o el asesinato tampoco va a intimidarse porque, además, se le aplique la pena del delito de daños.

En el mismo sentido cuando se afirma que los delitos contra la vida consumen la posterior inhumación del cadáver para dificultar la persecución del crimen, quizá la doctrina piensa que cuando alguien está amenazado por una pena de tanta gravedad (como la prevista para los delitos dolosos contra la vida) no es pensable que, como consecuencia de la amenaza de una pena de escasa entidad, deje de realizar un comportamiento que quizá le asegure no ser descubierto. Desde tal punto de vista de utilidad parecería tener sentido afirmar la relación de consunción.

La solución a la que llevaría la consideración del art. 68 para aplicar a los supuestos de concurso aparente por especialidad, en los casos en que la norma especial establece un tipo privilegiado (una norma de primer nivel en que la pena prevista en la norma especial es menor que la prevista en la norma general) es contraria al principio de vigencia y de ello puede concluirse que la propuesta dogmática de una norma de segundo nivel está inspirada en criterios de racionalidad.

Con lo anterior sólo se ha constatado la racionalidad de la propuesta de una norma de segundo nivel específica para aplicar a los casos de especialidad (y sólo a aquellos en que el tipo especial es privilegiado). Debemos preguntarnos ahora si también resulta racional tal propuesta en relación al resto de especies de concurso aparente.

Para el supuesto de alternatividad, la norma propuesta de segundo nivel dice que debe aplicarse cualquiera de las normas alternativas. Hemos visto que, en efecto, aplicándose una u otra, pero sólo una, se cumple con los criterios de racionalidad planteados. Parece entonces que, respecto de tal supuesto de alternatividad, no habría, en principio, ningún obstáculo de racionalidad para aplicar en tal caso el art. 68 del código penal.

Algo semejante cabe decir respecto de los supuestos de subsidiariedad tácita y consunción. Ya vimos que en relación a tales especies de concurso aparente los fundamentos de racionalidad son débiles y, en todo caso, sólo afectan al hecho de que sólo una norma debe ser aplicada. Si resulta que la norma que consume o la principal establece penas inferiores a las previstas por la norma consumidora a la subsidiaria, resultará muy difícil afirmar, salvo que se argumente que existe una inversión valorativa, que el legislador ya ha previsto las otras propiedades de la acción o acciones y que imponiendo la pena menor se colma el desvalor de la acción o acciones realizadas.

Todo ello permite concluir que la norma específica de segundo nivel propuesta por la dogmática sólo es racional preferirla respecto de la norma del art. 68 en los casos de especialidad. En el resto de supuestos de concurso aparente es el art. 68 el que, ante un poco probable conflicto con la norma de segundo nivel propuesta por la dogmática, debe prevalecer (28).

(28) La norma de segundo nivel propuesta por la dogmática tendría un ámbito de aplicación mayor si se interpretara el art. 68 del código penal en el sentido de que exige la unidad de hecho. Cfr. en tal sentido CÓRDOBA, 1972: 331.

5. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido analizar las definiciones dogmáticas de las distintas especies de concurso de delitos. La dogmática propone tales definiciones como presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel que existen en el código penal (arts. 68-71). Dado que mediante tales definiciones se configura una clasificación, de enorme importancia práctica, de los distintos supuestos de concurrencia, se ha examinado si tal clasificación puede considerarse adecuada desde un punto de vista formal y material.

La adecuación formal exige que las distintas especies de concurso de delitos sean conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Se ha examinado únicamente si entre las especies del concurso aparente e ideal existe una relación de mutua exclusión, llegándose a la conclusión de que la imprecisión en la definición de la consunción hace que la clasificación no pueda considerarse formalmente adecuada.

Después de establecer que la adecuación material de la clasificación dogmática requiere que mediante ella se respeten, en sentido jerárquico, la legalidad, la racionalidad y la justicia, se ha considerado que la distinción entre el concurso ideal y las otras especies concursales que suponen aplicación de varias normas debe hacerse atendiendo a criterios de legalidad y que para determinar el concepto de unidad de acción es la teoría de la unidad natural la que responde en mayor medida a tales criterios.

La falta de decisión legislativa hace que, de acuerdo al criterio de adecuación material del que se ha partido, la distinción entre el concurso aparente y el resto de especies concursales deba hacerse de acuerdo a criterios de racionalidad (principios de vigencia y de *ne bis in idem*). La dogmática se inspira, en efecto, en tales criterios al plantear las definiciones de especialidad, alternatividad y quizá la definición de subsidiariedad tácita en el caso de unidad de acción. En el resto de supuestos los criterios de racionalidad son muy débiles. Esta base débil de racionalidad debería llevar a la dogmática a que especificara, en los casos en que considera que existe concurso aparente por subsidiariedad tácita con pluralidad de acciones o por consunción, cuáles son los principios de justicia que avalan su posición.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, Francesco (1948): «Sul concorso apparente di norme», en *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 245-261.
- ANTÓN ONECA, José (1949): *Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Akal, 1986, 488-508.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1989): *Manual de derecho penal español. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 80-81 y 299-306.

- (1991): *Manual de derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1991): *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanc, 133-141 y 591-602.
- CÓRDOBA RODA, Juan (1972): en AA.VV., *Comentarios al código penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 313-375.
- CUERDA RIEZU, Antonio (1992): *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1967): «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, 266-274.
- (1971): «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, 168-171.
- (1974): «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos, 275-286.
- (1990): «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *ADPCP*, 421-441.
- (1992): «Concurso de leyes, error y participación en el delito», en *ADPCP*, 833-854.
- JESCHECK, Hans Heinrich (1978): *Lerbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., trad. castellana de S. Mir y F. Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1983, 993-1042.
- KLUG, Ulrich (1956): «Sobre el concepto de concurso de leyes», en *Problemas fundamentales de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Barcelona-Caracas, Alfa, 1989, 55-73.
- MAURACH, Reinhart (1958): *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Trad. J. Córdoba, *Tratado de derecho penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1962, 415-485.
- MIR PUIG, Santiago (1988): «Sobre la relación entre parricidio y asesinato», en *ADPCP*, 986-1000.
- (1990): *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, PPU, 718-741.
- MOSTERIN, Jesús (1984): *Conceptos y teorías en la ciencia*, Madrid, Alianza, 12-21.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1993): *Derecho penal. Parte especial*, 9.ª ed., Valencia, Tirant lo blanc.
- NINO, Carlos Santiago (1972): *El concurso en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Astrea.
- (1987): *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, Civitas.
- PUIG PEÑA, Federico (1955): *Colisión de normas penales*, Barcelona, Bosch.
- SANZ MORÁN, Angel (1986): *El concurso de delitos*, Valladolid, Universidad de Valladolid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (1992): *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 43-178.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1981): *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, Universitat de Valencia.

El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*)

JUAN GONZALO ESCOBAR MARULANDA

Profesor de la Universidad de Girona

SUMARIO: I. Introducción.—II. Las propuestas de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el objeto de protección en el delito de intrusismo.—III. Consideraciones sobre el bien jurídico.—Anexo.

I. INTRODUCCIÓN

Inicialmente, la figura del intrusismo nos trae a la mente situaciones de lesión o riesgo para la vida o la salud del individuo, v. g. un sujeto que sin ser médico practica una intervención quirúrgica. Esta preocupación, que se aprecia ya en la época del Fuero Real (1), queda reflejada en una Circular del Consejo de 24 de enero de 1783, la cual destaca que «por descuido ó ignorancia de las parteras o comadronas nacen quebrados muchos niños... y que como remedio de este mal abusan varios curanderos..., castrando los niños...» (2).

No obstante, actualmente la situación ha cambiado notablemente. Como situaciones delictivas, dentro del intrusismo, se han considerado supuestos muy diversos como en los que v. g. una persona realiza actos de mediación en la compraventa de inmuebles sin el correspondiente título de API (3). Este proceso, de expansión, pasa

(*) Debemos advertir al lector que este trabajo se realizó con anterioridad a la STC de 25 de marzo de 1993.

Dado que esta sentencia no modifica sino que creemos reafirma lo aquí expuesto, hemos creído adecuado, además de las notas marginales que podamos introducir en la corrección de pruebas, incluir un anexo.

(1) *El Fuero Real del Rey Alfonso X*, título XVI.

(2) Cf. *Novísima Recopilación*, libro VIII, título X, ley X.

(3) Un resumen de la posición del Tribunal Supremo frente a esta problemática puede verse en SAP, Toledo: 17-12-91. R 12.264, *La Ley*, 92-2 y LUZÓN PEÑA, 1989.

de proteger la vida y la salud individual, restringiendo el ejercicio de profesiones relacionadas con la salud (4), a proteger otros aspectos como: los intereses de los profesionales (5), la salud pública (6), o la potestad exclusiva del Estado de expedir títulos (7); restringiendo diversas profesiones. Un cambio que tiene igualmente su correlato en la evolución legislativa (8).

Tal ampliación se produce cuando para la responsabilidad penal, de exigir pericia para ejercer determinadas profesiones y en algunos casos la producción de un resultado de muerte (9), se pasa a exigir el cumplimiento de determinados requisitos: examen y título. Lo que acompañado del paulatino desarrollo de la imprudencia y de los delitos de falsedades, en particular de las falsedades personales, permitirá la configuración de un tipo penal amplio, con pretensión de abarcar todas estas situaciones (10).

En la actualidad el tipo penal básico enfatiza la prohibición en el ejercicio de actos propios de una profesión sin el correspondiente título (11). En la práctica, los procesos se inician, fundamentalmente, bien por instancia de los Colegios o Asociaciones profesionales (un número muy significativo de casos); o bien a instancia de parte, generalmente cuando además se ha producido algún perjuicio. Las profesiones en las que más conflictos se plantean son las relacionadas con la odontología, v. g. el protésico dental que hace limpiezas de dientes o extracciones, etc., o el odontólogo extranjero que pretende

(4) Cf. entre otras *La Nueva Recopilación*, libro II, título VI, ley XI, capítulo 16 y *Novísima Recopilación*, libro VIII, título X, ley X. Para RODRÍGUEZ MOURULLO (1969: 238, nota 15), esta consideración está presente hasta el Código Penal de 1822.

(5) Cf. *Novísima Recopilación*, libro VIII, título XII, ley XII: «el perjuicio que irrogan a los legítimos profesores, usurpándoles su privativo derecho».

(6) Cf. *Novísima Recopilación*, libro VIII, títulos XII y XIII.

(7) En este sentido, la *Novísima Recopilación*, libro VIII, títulos XXII, leyes II y III.

(8) Así, la abogacía (*La Nueva Recopilación*, libro II, título XVI, ley I); las tres artes nobles (*Novísima Recopilación*, libro VIII, título XXII, ley II); los oficios (*Novísima Recopilación*, libro VIII, título XXXIII, ley V).

(9) Cf. La Partida VII, título VIII, ley VI.

(10) Lo que no se realiza en el Código de 1822, que se limita a actos relacionados con la medicina.

(11) Muy polémico ha sido el significado del término título; brevemente, las posiciones son: las que consideran por título tanto los académicos como los de habilitación y demás otorgados por el Estado (STS 13-5-89, AcP 560); un sector de la jurisprudencia diferenciaba entre títulos mayores y menores (para diferenciar el delito de la anterior falta); SAP Las Palmas: 18-4-90, @ 267; STS, 28-6-89, AcP 731; 30-3-90, A 3019; CÓRDOBA RODA (1978:1042ss), afirma que por título debe entenderse «título académico», argumento aceptado por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia, discutiéndose entre ellos si título académico corresponde sólo a los de una Facultad universitaria o si incluye los de las Escuelas Técnicas Superiores. Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 246ss. LUZÓN PEÑA, 1989; y 1985, 691, 700s. y nota 74. Posición reafirmada por la STC 23-3-1993.

ejercer sin tener convalidado su título (12); y las relacionadas con los actos de mediación en la compraventa o alquiler de inmuebles sin el título de API (13); apreciándose igualmente, en menor proporción, asuntos relacionados con la arquitectura, la medicina, la óptica, la abogacía, la ingeniería agrónoma, sin que falten algunos sectores como la cosmética (Cf. Salom Escrivá, 1983).

Las posiciones de los Colegios profesionales son ambivalentes; por un lado, se aprecia, en algunos casos, una persecución implacable, principalmente en aquellos supuestos en los que el intruso pretende instalarse libremente a ejercer la profesión, para lo cual, algunos Colegios no sólo cuentan con secciones especiales, dedicadas al intrusismo, sino que además acuden a los servicios de agencias de detectives a fin de recabar pruebas para presentar la denuncia. Pero por otro lado, cuando la conducta intrusa se desarrolla dentro de un Centro, no se suele apreciar esta persecución, *v. g.*, en los no pocos casos en que las matronas asisten los partos sin presencia médica. Una problemática que refleja una situación de insuficiencia de dotación o de pluriempleo del profesional. El reconocimiento de estas últimas prácticas como intrusistas y la exigencia de la presencia (supervisión) de un profesional llevaría a multiplicar el número de profesionales en dichas instituciones o a reducir sus servicios mejorando, claro está, la calidad del servicio.

Dentro de este contexto social, el tipo penal del intrusismo ha dado lugar a un arduo debate doctrinal y jurisprudencial, a fin de concretar los conceptos utilizados y consecuentemente a una discusión sobre el bien jurídico protegido por el artículo 321 del Código penal, extensible al artículo 380 del Proyecto de Código penal de 1994.

A pesar de las contribuciones de la doctrina en este sentido, y teniendo en cuenta que el Proyecto de Código penal no acaba de resolver la problemática, consideramos preciso efectuar algunas reflexiones sobre el delito de intrusismo, en torno al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Dentro de una concepción trascendente (14), que considera el bien jurídico como límite al legislador, un concepto material de bien jurídico cuenta al menos con dos aspectos: por un lado, lo que con

(12) Hasta hace poco tiempo, en España, dificultaba la convalidación de títulos extranjeros de odontólogo el hecho de no ser una profesión independiente, a diferencia de otros países, sino una especialidad médica. En esta materia, particularmente, se ha planteado, por los Colegios de odontólogos, como intrusismo, la conducta del médico que ejerce como odontólogo sin el título de la especialidad. Cf. SERRANO GÓMEZ, 1988; en contra, MIR PUIG, 1991, 740.

(13) Cuyo título no es considerado académico por un sector de la doctrina y recientemente por algunas sentencias. Cf. LUZÓN PEÑA, 1989 y SAP, Toledo, 17-12-91, R. 12.264, *La Ley* 92-2. En este sentido la STC 23-3-93

(14) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, 1989, 45 y ss; MUÑOZ CONDE, 1975, 50.

Bustos Ramírez (1987, 166s) podemos denominar los presupuestos (sociales) del bien jurídico, aspecto externo y por el otro, su reconocimiento y protección jurídica, aspecto interno. Pudiendo por ello, advertir con Muñoz Conde (1975, 49), que existe el riesgo de una posible perversión del concepto del bien jurídico que consagre como valores respetables «determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría...». Por ello, se afirma que «las garantías individuales no dependen sólo de que se reconozca que las normas jurídicas cumplen la función valorativa, sino que requieren, además, que las valoraciones contenidas en ellas sean coorrectas» (Cobo del Rosal y Vives Antón, 1987, 245).

En consecuencia, podemos diferenciar, al menos, dos niveles (15) de análisis, el primero, externo, busca determinar qué bienes fundamentales merecen, para la sociedad, protección jurídica; el segundo, interno, para determinar aquello que normativamente resulta protegido por el precepto penal.

De esta forma, cuando existe una correspondencia entre los dos aspectos afirmamos que estamos en presencia de «intereses» o «valores respetables», «dignos de tutela» o «importantes socialmente», es decir, ante un «bien jurídico» (16), Ahora bien, puede ocurrir que dicha correspondencia no se dé; afirmaremos entonces, críticamente, que existe la perversión antes señalada, donde el precepto penal protege algo diferente a lo deseado socialmente.

La doctrina penal en su trabajo de precisión del bien jurídico en el delito de intrusismo parece centrar sus consideraciones en el nivel interno a fin de determinar qué objeto resulta normativamente protegido por el precepto penal.

En este sentido, el análisis parece centrarse en la distinción entre *ratio legis* (17) y bien jurídico. Esta distinción, en términos generales, puede apreciarse en cuanto «La *ratio legis* puede verse o no cumplimentada o satisfecha desde la previsión legislativa, en tanto que el bien jurídico *siempre* ha de resultar lesionado, o en su caso, puesto en peligro, por la realización del delito» (Cobo del Rosal y Vives Antón, 1987, 242). Conforme a este criterio parece concluirse que sólo aquello que siempre resulta afectado se corresponde con el objeto de protección (o bien jurídico) del precepto penal.

(15) DE TOLEDO Y UBIETO, 1990, 7 y MIR PUIG, 1990, 100, hablan de dos aspectos del bien jurídico (dogmático y político-criminal); HASSEMER, 1984, 104s., se refiere a dos concepciones; para FERRAJOLI, 1990, 472ss., es preciso distinguir cuatro niveles.

(16) En general, HASSEMER, 1984, 106; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, 142ss; MIR PUIG, 1991, 209ss; MUÑOZ CONDE, 1975, 49; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, 1987, 245; BUSTOS RAMÍREZ, 1987, 167; en el intrusismo, MIR PUIG, 1991a, 139.

(17) Entendida como las razones motivadoras de la incriminación de una conducta. Cf. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, 1987, 242.

Así, en lo referente al delito de intrusismo, Rodríguez Mourullo (1969, 240s), expresando la postura mayoritaria de la doctrina, tras negar el carácter pluriofensivo del delito, considera que «el objeto de protección está representado únicamente por la potestad que corresponde al Estado de velar que los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensables». Afirmando que el interés general en proteger los riesgos a «la salud, la sanidad, seguridad, etcétera son en verdad el *motivo* de la incriminación, en tanto son asimismo motivo de que el Estado subordine el ejercicio de ciertas profesiones a la previa obtención de un título... Ahora bien: lo que se protege en el artículo 321... es, en realidad, *esa potestad estatal y no directamente los intereses generales a cuyo servicio se dispone dicha potestad*. De ahí que el delito exista siempre que no se respeta esa potestad del Estado, aun cuando los intereses generales mencionados no hayan corrido, en el caso concreto, peligro alguno» (1969, 241s. nota 24) (cursiva nuestra). Advirtiendo cautelosamente, más adelante (1969, 242), que el efecto protector indirecto que el precepto puede tener frente a los intereses individuales de los clientes atendidos o de los profesiones «no autoriza..., a conferir a tales intereses la categoría de bien jurídico específicamente tutelado» (18). Con un argumento semejante, Salom Escrivá (1983, 40s) considera que «no siempre ..., resultarán afectados estos intereses (refiriéndose a los de los clientes atendidos y de los profesionales). En cambio sí lo será la potestad estatal expedidora de títulos académicos. Por ello, lo mejor sería ... el considerar al intrusismo como un delito contra la Administración pública, y como bienes jurídicos indirectamente protegidos los intereses de los solicitantes de los servicios y el económico y moral de las profesiones invadidas» (19).

Como se puede apreciar, en estos estudios existe un uso indiferenciado de los términos, objeto de protección y bien jurídico, sin que ello devenga problemático. Ello parece posible en la medida en que el trabajo se desarrolle dentro del aspecto interno del bien jurídico, antes indicado, y se centre en la determinación del objeto de protección, utilizando como criterio diferenciador, aquello que siempre resulta afectado por la conducta delictiva.

Ahora bien, un estudio que pretenda revisar críticamente la correspondencia entre el objeto de protección del precepto penal y sus presupuestos sociales como bien fundamental digno de protección jurídica, no puede aceptar, a priori, dicha correspondencia de términos. Dado que nuestro trabajo se desarrolla dentro de este nivel y

(18) En este sentido, el Proyecto de Código penal de 1992, en la exposición de motivos, enfatizaba la pericia académica como garantía del ciudadano.

(19) Semejante, MUÑOZ CONDE, 1990, 566.

confiando proporcionar una mayor claridad, a efectos metodológicos del presente trabajo, hemos querido diferenciarlos.

Por ello, en nuestro trabajo reservaremos la expresión *objeto de protección* para denominar aquello que, conforme al precepto penal, siempre resulta afectado y por ende, puede afirmarse su protección (normativa) por el precepto. Pudiendo ser el caso que lo protegido no sea digno de protección. En ese caso estaremos frente a un precepto penal vacío de contenido material, a una mera expresión de la potestad punitiva estatal y por ello, no ante una punición de un injusto, sino ante la punición de una simple prohibición (Cf. Ferrajoli, 1990, 474).

Utilizaremos el término *bien jurídico* para indicar aquello que protegido jurídicamente (20), conforme a una determinada situación, resulta, además, socialmente merecedor o digno de protección jurídica.

Este concepto de bien jurídico nos permitirá verificar si el precepto penal del intrusismo se corresponde con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que en palabras de De Toledo y Ubieto (1990, 19), implica «... obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. Este es el auténtico significado del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite, en el momento legislativo, del ejercicio estatal de poder punitivo». Esto quiere decir que el legislador, para cumplir su deber en el ámbito penal, debe, al menos, identificar unas determinadas *situaciones sociales en las que se lesione o ponga en peligro determinadas relaciones consideradas socialmente fundamentales*, teniendo en cuenta su relación con la participación social y la satisfacción de necesidades (21). Sin esta condición necesaria, no puede el legislador hacer uso justificado de la herramienta punitiva.

El trabajo que hemos realizado analiza inicialmente los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia fundamentalmente sobre los diversos objetos de protección que se plantean en materia de intrusismo, intentando diferenciar los dos aspectos del bien jurídico, antes indicados: aquello que siempre resulta protegido (normativamente) por el precepto penal, objeto de protección y si, además, es socialmente merecedor o digno de tutela, bien jurídico. De este análisis, entre los diversos objetos de protección reseñados, resaltamos

(20) Una cuestión de interés, que no desarrollamos en nuestro trabajo es determinar si dicha protección debe reducirse al ámbito penal, bien jurídico como concepto propio del Derecho penal (Cf. BUSTOS RAMÍREZ, 1987a, 194); o si debe referirse a un ámbito jurídico más amplio, incluyendo la sanción administrativa (Cf. SUAY RINCÓN, 1989, 84s); o a otras normas jurídicas, diferenciando bien jurídico general y bien jurídico penal, siendo la necesidad de la pena una condición adicional para determinar el bien jurídico penal (Cf. MIR PUIG, 1991).

(21) Cf. TERRADILLOS BASOCO, 1981, 136ss; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, 161ss; BUSTOS RAMÍREZ, 1989, 55; MUÑOZ CONDE, 1987, 49.

dos: la potestad estatal de expedir títulos y el interés general en una garantía formal en que las profesiones se ejerzan adecuadamente. No obstante, parecen objetables dichas opciones, en la medida en que sólo logran una protección formal de los usuarios del servicio profesional. Por ello, hemos pretendido concretar un bien jurídico colectivo, de los usuarios, centrado en el proceso de satisfacción de necesidades, con lo que consideramos se obtiene una protección material de este colectivo.

II. LAS PROPUESTAS DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 321, PÁRRAFO 1.º

Tres aspectos fundamentales se consideran al momento de analizar el delito de intrusismo: el tipo básico del artículo 321, párrafo 1.º, el agravado del párrafo 2.º y la falta del artículo 572.

«Artículo 321.

El que ejerciere actos propios de una profesión *sin poseer el correspondiente título oficial*, o reconocido por disposición legal o convenio internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.

Si se *atribuyere públicamente* la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.»

«Artículo 572 (22)

Serán castigados con multa...

El titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito.»

El Proyecto de Código penal de 1994 en materia de intrusismo propone fundamentalmente dos cambios: por un lado, la abolición de la falta del artículo 572 y por el otro establecer como delito:

«Artículo 380.

El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. En la misma pena incurrirá el que ejerciera una profesión sin hallarse en posesión del título oficial que, acreditando la capacidad necesaria, habilite legalmente para ello.

(22) Antes de la reforma del 89 se establecía en el numeral 1.º: «El que no estando comprendido en el artículo 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida...». Adviértase su ubicación en el apartado de las faltas contra el Orden Público.

Si el culpable además se atribuye públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.»

Previamente queremos advertir que la similitud que se presenta entre el artículo 321 del Código y el 380 del Proyecto tanto en lo que hace referencia a la ubicación del tipo penal, que se mantiene entre las falsedades, como en el texto del precepto, nos permiten extender las consideraciones que se realizan sobre al Código al Proyecto. No obstante advertir que la ampliación del tipo generará nuevamente polémicas y parece dejar sin contenido la STC.

Las consideraciones de la doctrina y la jurisprudencia, sobre el objeto de protección en el precepto penal pueden clasificarse en dos grupos: aquellas que advierten la pluri-ofensividad del delito (23), estableciendo varios objetos protegidos, y aquellas que consideran el delito como mono-ofensivo (24), estableciendo un único objeto de protección.

Dos suelen ser los aspectos en los que se centra el análisis para establecer el objeto de protección: la ubicación sistemática del precepto y el precepto penal en sí mismo.

Con base en la ubicación sistemática del artículo 321 en el Código Penal, Capítulo VII «De la usurpación de funciones y calidad y del uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones», Título III, «De las falsedades» (25), un sector de la doctrina y la jurisprudencia consideran como objeto de protección *la fe pública* (26). Esta ubicación sistemática, dentro de las falsedades, se aprecia ya en el artículo 661 (27) del Proyecto de Código Penal de 1831 (28), proyecto que influye en el Código Penal de 1848 (29).

(23) Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 236, nota 11; LUZÓN PEÑA, 1985, 676, nota 18. Posición muy generalizada en la jurisprudencia.

(24) Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 235; CÓRDOBA RODA, 1978, 1072; ÁLVAREZ GARCÍA, 1983, 544; LUZÓN PEÑA, 1985, nota 20.

(25) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal lo ubica en el Título XV. De las falsedades. Capítulo V. De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo.

(26) Cf. LUZÓN PEÑA, 670, nota 4; STS: 13-5-89, AcP 560; crítico, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 234.

(27) Artículo 661: «Los que sin haber obtenido la autorización necesaria con arreglo a las leyes y reglamentos respectivos, ejercieren alguna profesión científica que exija examen, calificación y expedición de título o diploma, sufrirán seis meses de arresto y multa de quinientos a tres mil reales vellón.

Si del ejercicio de alguna ciencia curativa sin autorización resultare muerte o lesión a alguna persona, se observará lo prevenido en el artículo 839» (referido al homicidio involuntario, «por error o impericia»).

(28) En el Código de 1822 se regulaba dentro de los delitos contra la Salud Pública. Cf. TERUEL CARRALERO, 1968, 530.

(29) Afirma la influencia del Proyecto de Código de 1831 sobre el Código de 1848, CASABÓ, 1978: «El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino»,

Con base en el precepto penal, tanto quienes objetan la fe pública, como quienes consideran el delito pluri-ofensivo, plantean otros posibles objetos de protección. Así, Rodríguez Mourullo (1969, 232), plantea que «la investigación del bien jurídico debe centrarse en el tríptico de intereses que ..., pueden verse afectados por la conducta típica...: El privado de los particulares que reciben la prestación, el también privado de los respectivos grupos profesionales de titulados y el público de que se respete la exclusiva potestad estatal de expedir títulos...». Adicionando este grupo de intereses, Luzón Peña (1985, 677) hace referencia al interés moral y de prestigio de los profesionales; el interés de la sociedad tanto en la capacitación, para evitar el peligro en general; como en que se cumplan unas habilitaciones, como garantía formal. Este conjunto de intereses constituirán los otros posibles objetos de protección que consideraremos a continuación.

Independiente a si se considera mono o pluri-ofensivo, y cómo integrarían dicha pluralidad los segundos, nuestro análisis se desarrollará sobre los diferentes intereses (30) que se plantean como objetos de protección, clasificándolos entre los objetos de protección que hacen referencia a intereses individuales y los que se plantean como instrumentales (funcionales) a dichos intereses. Así, entre los individuales consideramos los intereses de los clientes realmente atendidos, los potenciales clientes y los de los profesionales; entre los instrumentales se consideran la potestad estatal, la fe pública y los intereses de la sociedad.

1. Los intereses de los clientes que reciben el servicio (31)

El primer problema que se nos presenta es delimitar a qué intereses de los clientes se hace referencia. Para una aproximación en este sentido, resultan esclarecedoras las referencias que algunos autores hacen sobre la regulación histórica de este delito.

Así, Quintano (1946, 168) advertía que el delito «de usurpación de título facultativo no se concebía siquiera en los tiempos de absoluto empirismo profesional, habiendo nacido sólo cuando la Medicina adquirió el rango intelectual y social que hoy ocupa». En el mismo sentido, Díaz Valcárcel (1964, 121s) señala que en las Partidas se

Estudio preliminar y edición. Universidad de Murcia (Cf. LASSO GAITE, 1979 (I), 203).

(30) Sobre la polémica si lo protegido son intereses. Cf. DE TOLEDO Y UBIETO, 1990, 5.

(31) Hacen referencia a este aspecto: DÍAZ VALCÁRCCEL, 1964, 119; aceptándolo parcialmente: SALOM ESCRIVÁ, 1983, 40s; secundariamente: DEL ROSAL, 1962, 331; en sentido crítico: LUZÓN PEÑA, 1985, 678ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 237s; CÓRDOBA RODA, 1978, 1042; ALVAREZ GARCÍA, 1983, 543; SERRANO GÓMEZ, 1988, 1067.

castigaba «a los físicos y cirujanos que se meten por sabidores e non lo son», regulándose la falta de conocimiento en el ejercicio de la medicina y cirugía, ampliándose posteriormente a otras actividades relacionadas. Así, se enfatiza el peligro para la vida y la salud que representa el ejercer estas profesiones, sin un adecuado conocimiento.

Adicionalmente, para una mayor concreción de estos intereses de los clientes como objeto de protección, Luzón Peña (1985, 678s), advierte que, desde esta perspectiva individual, se hace referencia al interés de los clientes que han recibido *efectivamente* el servicio y no al interés de los potenciales clientes que sería, en todo caso, objeto de análisis separado.

Con estas precisiones, centraremos los intereses de los clientes realmente atendidos, a aquellas situaciones en las que *por la impericia del intruso se lesiona o pone en peligro concreto (32) la vida o la salud individual* de los clientes atendidos.

Así especificado, un amplio sector de la doctrina, a partir del análisis del precepto penal, concluye que este interés no es el objeto de protección del delito de intrusismo. Las razones aportadas son de dos clases, unas referentes a los cambios históricos en la regulación del delito y otras sobre el actual precepto penal.

En primer lugar, referente al *desarrollo histórico*, Díaz Valcárcel (1964, 121s) (33) resalta el cambio de regulación de las Partidas a la Novísima Recopilación (34), que pasó de castigar la impericia a castigar a los que sin título o licencia ejercieran la medicina, cirugía o arte de curar, lo que permite a Rodríguez Mourullo (1969, 238) considerar que el interés sobre la salud y la vida de los clientes concretos no es ya el objeto de protección en el intrusismo; y a Luzón Peña (1985, 682s) afirmar que ahora la ley «exige más, y algo distinto, pues no se conforma con la ausencia de riesgo por la pericia y la capacidad del ejercitante ...» y más adelante «la evolución histórica pasa de castigar inicialmente el intrusismo en el ámbito de la sanidad, donde suponía un peligro para la vida y la salud, a sancionar después la invasión de otras profesiones superiores (y luego, incluso, de profesiones medias), donde está en juego una gama más amplia de otros intereses importantes».

En segundo lugar, del análisis del *precepto penal*, un sector de la doctrina (35) considera que el interés de los clientes no es el objeto de protección, argumentando que conforme a la conducta tipificada

(32) Las consideraciones sobre el peligro abstracto más propias de los intereses de los potenciales clientes se desarrollan posteriormente.

(33) En el mismo sentido, TERUEL CARRALERO, 1968, 530s; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 237s; LUZÓN PEÑA, 1985, 682.

(34) *Novísima Recopilación*, libro VIII, tomo XI, leyes, 4, a 6 y 8; tomo XII, leyes 4, 7 y 12.

(35) Véanse LUZÓN PEÑA, 1985, 679ss, y notas 32 a 40; SERRANO GÓMEZ, 1988. 1067.

el que se realicen actos con o sin pericia no influye en realización del tipo penal, v. g., los actos realizados por un profesor extranjero de una prestigiosa universidad que no tiene convalidado su título son constitutivos de delito; y no lo son los actos sin pericia del recién graduado, concluyéndose que no se castiga la impericia, no siendo por tanto, objeto de protección el interés de los clientes atendidos. Por otro lado, se afirma que el tipo penal no protege la lesión o puesta en peligro concreto (36) de la salud o la vida del cliente atendido, ya que el delito se produce sin necesidad de resultar perjudicado e incluso si éste resulta beneficiado. Añadiéndose, que en caso de resultar adicionalmente un daño estaríamos frente a dos delitos a regular conforme a las reglas del concurso. Y por último, se argumenta que si el objeto de protección fuesen los intereses particulares de los clientes, en el supuesto en que éstos sean renunciables, el consentimiento del cliente anularía la realización del hecho punible y ello no sucede en ningún caso.

Consideramos plausibles estos argumentos para afirmar que el objeto de protección del artículo 321 no está integrado por los intereses particulares referidos. Ello conduce a que no puede invocarse la protección de estos intereses, como bien jurídico, para justificar este precepto penal, no porque no sean bienes merecedores de protección jurídica, sino porque no resultan adecuadamente protegidos por el precepto en estudio.

Ahora bien, como ya hemos indicado, negarle el carácter de objeto de protección no implica necesariamente negarle su carácter de bien fundamental digno de protección jurídica. Ya que, podría pensarse que dicho interés es digno de protección en las situaciones de intrusismo, y si el actual precepto penal no lo protege, como sería deseable, sólo indica que el precepto debe modificarse en tal sentido. Por ello, debemos cuestionarnos: ¿son merecedoras de protección penal los intereses del sujeto que ha recibido un servicio, en las situaciones en las que por la impericia en el ejercicio de una profesión se lesiona o se pone en peligro su salud, su vida u otro bien?

No se trata de determinar, en abstracto, si los intereses individuales de los clientes son bienes fundamentales a proteger. Nuestro análisis viene delimitado a las situaciones concretas relacionadas con las conductas intrusas y sólo cuando estas conductas generen problemas con los clientes atendidos. Por ello, las situaciones en las que el cliente obtiene un beneficio, bien por el tratamiento recibido o por el precio pagado; o bien en los casos de indiferencia, al no representar una afección a los intereses de los clientes, quedan fuera del análisis de este apartado, en cuanto no precisan, desde este punto de vista, protección penal.

(36) En este sentido, STS 26-11-76, A 785; 22-4-80, A 1468; 10-1-91, AcP 152.

Es decir, considerado desde la perspectiva del cliente que recibe el servicio, sólo existe conflicto, y por ello serían objeto de éste análisis aquellas situaciones en las que por la conducta del intruso se haya producido una lesión o una puesta en peligro concreto.

Un primer grupo de situaciones a analizar serían aquellas en las que, además de existir la conducta intrusa, el cliente percibe un resultado lesivo. Como se ha observado, inicialmente la protección frente a estas conductas venía unida fundamentalmente a la producción de lesiones o muertes por imprudencia o impericia (37). Actualmente, pareciera que las situaciones en las que por impericia se produce un resultado lesivo (muerte, lesión o daño), bien se posea o no un título profesional, vienen específica y suficientemente reguladas bien por los tipos penales respectivos o por la incriminación genérica de la imprudencia. Pareciera, entonces, poderse concluir que no se requiere una nueva protección a la lesión de los bienes jurídicos individuales desde el ámbito del intrusismo.

Así, nos quedarían por considerar las situaciones en las que los actos intrusos, si bien no han configurado una lesión, han puesto en peligro concreto bienes jurídicos de los clientes atendidos. Es decir, anticipar la protección a la puesta en peligro.

Una protección de esta zona podría establecerse de dos formas: la primera, determinando, en relación a las situaciones de intrusismo, cada uno de los intereses individuales dignos de tutela penal como bienes jurídicos individuales, protegiéndolos mediante la creación de específicos tipos penales de peligro concreto, y la segunda, determinando un bien jurídico instrumental, que sea funcional a la protección de esos bienes jurídicos individuales. Bien jurídico instrumental del que podremos proteger su lesión (o peligro). En este apartado, relacionado con los bienes jurídicos individuales, nos corresponde analizar la primera de ellas.

Pareciera que ampliar la protección penal mediante la configuración de tipos penales de peligro concreto en materia de prestación de servicios daría lugar a una verdadera «atomización» del individuo (Cf. González Rus, 1986, 49). Un trabajo de concreción en ese sentido exigiría no sólo delimitar cuáles de esos bienes son dignos de tutela penal, sino además cuáles, dada su gran significación, deben protegerse incluso de su puesta en peligro.

Para quienes admitan que actualmente la atención sobre las conductas intrusas no se centra en los problemas para la salud individual y exigen tener en cuenta una serie variada de intereses individuales, la protección, en el plano individual, de cada uno de ellos implicaría la creación de tantos tipos penales de peligro concreto (38) como

(37) Cf. La partida VII, título VIII, ley VI, que exigía el resultado de muerte.

(38) O un listado de ellos en el tipo penal. Cf. LUZÓN PEÑA, 1989, 511.

bienes jurídicos individuales se identifiquen como afectados por la conducta intrusa.

Para quienes no admitan el desplazamiento antes referido, la protección de la puesta en peligro concreta, vendría limitada, en términos semejantes a la del Código penal de 1822, para bienes como la vida, la salud u otros de similar significación (39).

La configuración de tipos de peligro concreto para proteger bienes individuales de los clientes efectivamente atendidos no parece ser el camino deseable, ni el deseado. Por ello, junto a la doctrina mayoritaria, no consideramos recomendable ampliar la protección penal en el ámbito individual, mediante la técnica de creación de tipos de peligro concreto para las situaciones de intrusismo. Consideramos que existe ya una adecuada protección a nivel individual, encontrando razón a los planteamientos de un sector de la doctrina que proponen la protección de un bien jurídico instrumental (40).

2. El interés de los potenciales clientes en evitar el riesgo frente a la falta de capacitación o pericia (41)

Si bien es cierta la diferenciación anotada por Luzón Peña entre los intereses de los clientes atendidos y los potenciales clientes, hemos considerado pertinente analizar en este primer grupo de bienes jurídicos individuales estos intereses, dada la similitud de argumentos utilizados. Igualmente, consideramos que el hecho de hacerse referencia a un interés general (potenciales clientes) y no estrictamente individual (clientes efectivamente atendidos), en realidad, no parece pretender constituir un objeto de protección diferente al del aspecto anterior. Parece, más bien, tratarse de una técnica diferente de protección de los intereses indicados, antes referida al peligro concreto y por ello limitada a los clientes atendidos y ahora referida al peligro abstracto y por ello referida a clientes indeterminados.

Para concretar estos intereses como objeto de protección resultan particularmente significativas las referencias de diversas sentencias que afirman, como finalidad del artículo 321: «evitar que personas imperitas, indoctas o ignaras en cualquiera de las ramas del saber

(39) En este sentido, asimilándose a las características del artículo 346 del Código Penal.

(40) Así, RODRÍGUEZ MOURULLO (1969, 241), que considera la potestad estatal «a cuyo servicio (de los intereses generales) se predispone dicha potestad»; LUZÓN PEÑA (1985) al plantear tanto la fe pública como los intereses de la sociedad en el título como garantía formal.

(41) Véase LUZÓN PEÑA, 1985, 677, nota 21; adicionalmente SAP, Tarragona: 15-12-87, RJC 2-1988, p. 181; STS 21-4-89, AcP 612; 30-1-90, A 535; 30-3-90, A 2655; 21-5-90, A 4203 (relacionándolo con el artículo 343 bis y considerando el 321 más amplio).

humano... ejerzan actividades que... suponen un peligro para el común de las gentes» (STS 5-5-77, A 2187); o «la protección de la sociedad y de sus miembros, evitando que personas imperitas asuman clandestinamente funciones que puedan trascender a su bienestar *físico, espiritual o patrimonial...*» (SAP Tarragona: 15-12-87) (42); todo ello, «en razón de un probable *riesgo, no siempre real...*» (SAP Barcelona: 11-4-87) (43) (cursivas nuestras).

Como advertíamos, se puede apreciar que estos intereses se corresponden, desde una perspectiva global (los potenciales clientes), con los intereses individuales de los clientes atendidos, y estarían igualmente referidos a la *exigencia de pericia y capacitación* en determinadas tareas a fin de evitar peligros, sin que sea necesaria la concreción de éstos, configurándose un tipo de peligro abstracto (Luzón Peña, 1985, 677).

En este sentido, son igualmente aplicables los argumentos que se dan para considerar que tanto la evolución histórica del precepto, como el análisis de éste muestran que no se exige la capacitación ni la pericia para evitar los supuestos (o los concretos) riesgos (44), no siendo, por ello, dichos intereses el objeto de protección.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la consideración de estos intereses como bien fundamental digno de tutela, apreciamos un problema en su indeterminación, «el bienestar físico, espiritual o patrimonial...», que así abstraídos no pueden concretar un bien jurídico colectivo. Por ello, pareciera que tal generalización responde más a un recurso para evitar tener que especificar los diversos bienes jurídicos individuales y su grado de importancia o significación social, que exigen la protección incluso frente al peligro abstracto.

Por ello, las consideraciones deben centrarse sobre la forma de protección de los intereses de los potenciales clientes mediante la configuración de un tipo de peligro abstracto. No pretendemos desarrollar la polémica sobre los tipos de peligro abstracto (45), sólo queremos anotar que, si no parece adecuada una extensión a las zonas de peligro concreto, como hemos indicado anteriormente, pareciera menos justificada una extensión a las zonas de peligro abstracto en las situaciones de intrusismo. Promover un tipo de peligro abstracto en materia de intrusismo pareciera más un recurso que permite una formulación aún más indeterminada (46) que la anterior: bienes ju-

(42) RJC 2-1988, p. 181.

(43) RJC 3-1987, p. 701.

(44) No son aplicables los referentes a la no exigencia de producción del daño o el de no exclusión por el consentimiento Cf. LUZÓN PEÑA, 1985, 682.

(45) Para esta problemática pueden verse: BARBERO SANTOS, 1973; BUSTOS RAMÍREZ, 1987b, 323ss; ESCRIVÁ GREGORI, 1976; TORIO LÓPEZ, 1981; STC 12-11-85; STS: 18-2-88.

(46) En este sentido, el Tribunal Supremo (S: 21-5-90, A 4203) relaciona el artículo 321 con el 343 bis, que TORIO LÓPEZ (1981, 387) señala como ejemplo de peligro abstracto, considerando el primero más amplio.

rídicos individuales indeterminados frente a peligros igualmente indeterminados. En este sentido, es difícil imaginar qué bienes jurídicos individuales y a qué peligro han estado sometidos, por el simple hecho que una gestora administrativa intermedie en la compraventa de inmuebles (47). Por ello, no aparecen consideraciones suficientes que justifiquen ampliar la protección al peligro hipotético o presunto de (in)determinados bienes jurídicos individuales frente a las conductas intrusas. Esta parece ser la conclusión tanto de la doctrina ampliamente mayoritaria que objeta estos intereses como objeto de protección, como del sector que objeta su protección mediante tipos de peligro abstracto en las situaciones de intrusismo (Cf. Luzón Peña, 1985, 682). No obstante, debe advertirse que dicha objeción recae fundamentalmente en la forma de configurar la protección.

En síntesis, en la actualidad existe ya una protección suficiente de los diversos bienes jurídicos individuales frente a su lesión por la conducta del intruso, sin que se aprecie, desde este punto de vista, una situación social que amerite la existencia de un nuevo precepto penal. Pareciera que la protección penal a las zonas de riesgo, en todo caso, podría venir dada en relación con la protección de un bien jurídico instrumental. Ello, en la medida en que éste se pueda configurar.

3. Los intereses privados de los profesionales

Dos son fundamentalmente los aspectos que se tienen en cuenta, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, al momento de concretar estos intereses y que sirven para dividir nuestras consideraciones en este apartado. En primer lugar, los intereses económicos (el interés en la competencia lícita) y, en segundo lugar, los intereses morales y de prestigio.

3.1. LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS PROFESIONALES (48)

Para concretar el contenido de estos intereses es significativa la jurisprudencia que considera como objeto de protección los intereses económicos que tienen los profesionales en el monopolio del ejerci-

(47) Cf. la sentencia del Tribunal Constitucional 25-3-93 que, como afirmaba un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, excluye esta actividad del tipo penal de intrusismo, una exclusión que tanto el Tribunal Supremo como un sector mayoritario de los Tribunales no admitían.

(48) Hacen referencia a este aspecto: LUZÓN PEÑA, 1985, 686 y nota 53; STS 20-11-90, A 9064; 10-1-91, AcP 152; admitiendo su afección indirecta, SALOM ESCRIVA, 1963:40; excepcional, MUÑOZ CONDE, 1990, 566.

cio de la profesión. Es decir, a *que nadie compita con ellos en el mercado de servicios sin antes haber realizado el mismo esfuerzo*.

Así, se hace referencia a la protección frente a la competencia ilícita (o desleal) de competidores ignorantes e inhábiles que concurren sin capacitación (STS 22-4-80, A 1468); proteger el «beneficio del esfuerzo» (STS 5-5-77, A 2187) (49); el «logro legítimo en contrapartida del provecho que premie el esfuerzo y la dedicación» (STS 20-12-1967, A 1968, 142); o la protección de «los que han obtenido el título... contra la actividad o labor de intrusos que menoscaben los *derechos adquiridos* a través de sus estudios...» (SAP: Barcelona 13-3-90) (50) (cursiva nuestra). Siendo este aspecto determinante en algún caso: «el inculpadno no recibía estipendio alguno..., dato muy importante para excluir cualquier propósito de competencia desleal» (STS 31-1-90, A 547).

Se refiere pues a los intereses económicos de los grupos profesionales que tienen la exclusividad del mercado, protegiéndoseles de la sustracción de clientela y de la afección del sistema de regulación de tarifas de los servicios, lo que implica una disminución de sus ingresos por el incremento de la competencia (51).

Un sector mayoritario de la doctrina (52) considera que estos intereses no son objeto de protección del intrusismo. Así, del análisis del precepto penal se considera, por un lado, que al no exigirse para la realización típica una afección a los intereses económicos de los profesionales, no puede afirmarse que se pretenda proteger dicho interés; por otro lado, que al ser estos intereses renunciables, si ellos fuesen el objeto de protección, el consentimiento de los grupos o asociaciones profesionales afectarían, eliminando, la realización del injusto, cuestión que no ocurre.

Consideramos igualmente estos argumentos plausibles para afirmar que los intereses económicos de los profesionales no constituyen el objeto de protección del intrusismo. En consecuencia, no podría justificarse el precepto penal en la protección de estos intereses como bien jurídico.

Ahora bien, debemos considerar si estos intereses son bienes fundamentales dignos de ser protegidos, en la situación de intrusismo (tal como lo plantea la jurisprudencia arriba referida). Es decir, cuestionarnos sobre su condición de presupuesto social para ser considerados bien jurídico.

(49) Semejante STS 26-5-1965, A 2543, entendiendo el esfuerzo vinculado a la garantía del nivel exigido. Cf. LUZÓN PEÑA, 1985, nota 65.

(50) RJC 3-1990, p. 193

(51) Cf. QUINTANO, 1946, 168, SALOM ESCRIVÁ, 1982, 4ss; DÍAZ VALCÁRCCEL, 1964, 120.

(52) Cf. CÓRDOBA RODA, 1978, 1042; ALVAREZ GARCÍA, 1983, 544; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 240; SALOM ESCRIVÁ, 1983, 40; LUZÓN PEÑA, 1985, 687s y notas 58 a 60. Lo consideran en la falta del artículo 572, ALVAREZ GARCÍA, 1983, 544 y SERRANO GÓMEZ, 1988, 1062.

A diferencia de los apartados anteriores, un sector de la doctrina aporta argumentos, externos, diversos a los del análisis del precepto penal, para objetar estos intereses como bien digno de tutela penal.

Por un lado, como indicábamos al comienzo, algunos autores reconocen que estos intereses pueden ser uno de los propósitos de protección del legislador y resultar de modo «reflejo» protegidos, pero ello «no autoriza..., a conferir a tales intereses la categoría de bien jurídico específicamente tutelado» (Rodríguez Mourullo, 1969, 242); o que si bien no pueden desconocerse las presiones de los grupos profesionales en la Reforma del 63, «debe suponerse» que no es esto «lo que ha querido proteger el legislador» (Díaz Valcárcel, 1964, 120) (53).

Por otro lado, resalta el comentario crítico de Díaz Valcárcel (1964, 120) sobre el papel que jugaron las asociaciones profesionales en la reforma del Código en 1963, como *grupos de presión* asimilándolos a los gremios medievales (54).

Por su parte, Luzón Peña (1985, 687) considera que no son los intereses económicos —en no perder clientes— y gremiales —en restringir al máximo la competencia— «esos intereses *materiales, particularistas o gremiales* los que pretende satisfacer la exigencia de titulación...» (cursiva nuestra).

Rodríguez Mourullo (1969, 239) afirma que los excesos en este monopolio pueden originar *conflictos con derechos fundamentales* de los individuos como la libertad profesional (artículo 35 CE).

Serrano Gómez (1988, 1067) añade que estos intereses *no pertenecen a la materia penal*, extralimitando el «mínimum de valores» que corresponde tutelar al Derecho Penal.

Estos argumentos, críticos a la consideración de los intereses económicos de los profesionales (55) como bien jurídico, recaen fundamentalmente en lo que un sector de la doctrina considera los aspectos negativos del concepto de bien jurídico: lo que *no debe proteger-*

(53) LUZÓN PEÑA (1985, 686 nota 54) advierte que el autor parece adoptar una posición en la que el objeto de protección aparece ligado a la voluntad del legislador.

(54) «La protección excluyente que consiguieron para sí los gremios medievales resurge solicitada por los llamados “grupos de presión”. Los profesionales de cada rama concreta de la actividad humana tienden por una parte a ensanchar su esfera de actividad a expensas de las profesiones limítrofes y por la otra a restringir el número de los que pueden ejercer su profesión, eliminando a los intrusos e incluso dificultando el acceso al ejercicio profesional. Con ello pretenden fijar precios monopolísticos para la remuneración de sus servicios, como de hecho ocurre con algunas profesiones de escalafón cerrado que perciben sus honorarios del cliente». Sobre presiones en el ámbito de la regulación Constitucional por parte de los Colegios Profesionales. Cf. ÁLVAREZ GARCÍA, 1983, 543.

(55) Ampliable a los intereses morales y de prestigio, en la medida en que no se hace referencia a la materialidad o espiritualidad de estos intereses como rango de distinción, sino a su importancia o reconocimiento social.

se (56). En este sentido, se hace referencia a: no proteger intereses puramente morales o particulares (Mir Puig, 1990, 102), en nuestro caso los «privados», «materiales», «gremiales» o «morales» de los profesionales; no proteger intereses incompatibles con otros reconocidos por la Constitución (De Toledo y Ubieto, 1990, 9ss), en nuestro caso su contradicción con la libertad de trabajo (artículo 35); la libre concurrencia del mercado (artículo 38.1) y podemos añadir su conflicto con los intereses de los consumidores (artículo 51).

En este sentido, destaca la muy reciente sentencia del Tribunal Constitucional (25-3-93) (57), en la que se considera que «ningún interés público especial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario, que no responda sino a *intereses privados o colegiales*, legítimos y respetables pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal», aclarando definitivamente que por título oficial debe entenderse «título académico oficial» (58). Ya anteriormente la Audiencia Provincial de Toledo de 17-12-91 (59) consideró inaplicable, por ser contrario a la Constitución (60), el Decreto de 1969, que exige el título para el ejercicio de la profesión de API, manifestando que: «responde más a intereses privados y corporativos absolutamente respetables y legítimos pero que son incompatibles con los derechos fundamentales de la libertad profesional y libre concurrencia en el mercado proclamados por la CE» (cursiva nuestra).

Adicionalmente, pueden objetarse estos intereses profesionales como bien digno de tutela penal, en razón de su relativa importancia social. Refiriéndonos a los intereses económicos de los grupos profesionales, pareciera indiscutible que histórica y actualmente existe un interés económico de esos grupos en mantener la exclusividad del ejercicio de su profesión (61). Reflejo de ello, además de las referencias hechas, puede verse la reacción suscitada en diversos Colegios profesionales ante las consideraciones hechas por el Tribunal de la Competencia y el anuncio del proyecto gubernamental de reformar el ejercicio de dichas actividades (62).

(56) Ver, HASSEMER, 1984, 106; MIR PUIG, 1991; DE TOLEDO Y UBIETO, 1990, 9ss.

(57) Esta sentencia ha sido promulgada estando este trabajo en prensa, por lo que no se hace un análisis exhaustivo de la misma.

(58) La reacción del Consejo de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Catalunya, persistiendo en su derecho al ejercicio exclusivo, puede verse en una nota aclaratoria de la sentencia. *La Vanguardia* 9-10-4-93, p. 39.

(59) R 12.264, *La Ley* 92-2.

(60) Conforme al artículo 6 de la LOPJ.

(61) Con ello no aceptamos su condición de partes o perjudicados en el proceso penal. Encontramos razón al argumento de CÓRDOBA RODA (1978, 1060s), los grupos profesionales difícilmente pueden concretar un perjuicio.

(62) Véanse entre otros los diarios: *La Vanguardia*, 21-9-91, p. 53; 2-7-92,

Anticipando nuestra posición consideramos que, conforme a criterios de importancia social, el énfasis actual en la protección frente a las conductas intrusas debe centrarse más en la protección del colectivo que recibe el servicio que en la protección del colectivo que lo presta.

En fin, en este punto consideramos que debemos ser más categórico y manifestar, junto a la doctrina crítica, una clara oposición a considerar estos intereses económicos como bien digno de protección en las situaciones de intrusismo. Lo contrario pareciera conducirnos a la perversión del concepto de bien jurídico de la que nos advertía Muñoz Conde (1975, 49). Pareciera entonces que no podemos justificar el artículo 321, ni el propuesto artículo 380 del Proyecto de Código penal, sobre la protección de dichos intereses económicos de los profesionales.

3.2. Los intereses morales y de prestigio de los profesionales (63)

Dos aspectos centran los planteamientos que hacen referencia a este interés como integrante del objeto de protección.

Por un lado, se argumenta que el prestigio profesional se ve en entredicho cada vez que hay un intruso (y no sólo cuando éste no está suficientemente capacitado), «pues de facto se pone en discusión la capacidad y competencia exclusiva de los profesionales titulados para realizar dicha actividad» (Luzón Peña, 1985, 688), lo que afecta al prestigio «pues da a entender —o puede crear esa impresión— que esos actos los puede realizar cualquiera con práctica sin necesidad de la preparación y garantía requerida por el título» (Salom Escrivá, 1983, 40).

Frente a este planteamiento, que considera el prestigio de la profesión como digno de protección penal, pueden aplicarse las consideraciones anteriores. Adicionalmente, recogemos las palabras de J. González Pérez (64), quien plantea, a nuestro parecer, una cuestión de fondo cuando afirma: «Las luchas entre ellos (refiriéndose a los grupos de presión) y frente al Poder estatal constituyen el espectáculo más lamentable. Pues cuando una profesión tiene que acudir a la promulgación de una disposición para lograr el reconocimiento de

p. 51; *El Punt* (Girona), 24-7-92, p. 17; *El País*, 15-7-92, p. 10; 11-8-92, p. 16 y *El Mundo*, 10-7-92, pp. 1, 3 y 21.

(63) Hacen referencia a este aspecto: DÍAZ VALCÁRCCEL, 1964:120; SALOM ESCRIVÁ, 1983:40; STS 26-5-1965, A2543; 20-12-1967, A 1968, 142; LUZÓN PEÑA, 1985, 688, nota 63; JUFRESA PATAU Y MARTELL, P., 1992, 2.

(64) Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO (1969, 239, nota 19), del artículo de GONZÁLEZ PÉREZ, «La representación de los interesados en la Ley de Procedimiento administrativo».

una competencia, es que no basta el prestigio de los miembros que la integran».

Pareciera entonces problemático considerar en la actualidad que el *ius puniendi* estatal debe ser puesto al servicio de la protección del prestigio profesional, sin desconocer que históricamente pudo haber jugado un papel importante en la consolidación de ciertas profesiones. La posesión del título, oficial o convalidado, no parece ser la garantía del prestigio profesional, sino los actos responsables o irresponsables de los profesionales. Igualmente problemática resultaría la cuestión de exigir la comprobación del desprestigio de la profesión, o si por el contrario afirmamos que ella viene presuntamente ligada a la conducta, configurando un tipo de peligro abstracto.

Por otro lado, en lo referente al interés moral, Luzón Peña (1985, 688) considera que, independiente de lo que piensen los colegios profesionales, «hay un interés moral de la profesión que coincide plenamente con el interés de la sociedad, a saber: el de que puesto que se trata de una profesión de superior trascendencia (por los bienes y prestaciones en juego), nivel y responsabilidad, se exija que sólo la ejerzan exclusivamente quienes estén en posesión del título, que garantiza de modo general la completa formación y preparación que se considera indispensable». Agregando, que el «que ello coincida con el lógico y humano deseo de los profesionales que quienes accedan a las profesiones tengan efectivamente que efectuar el mismo esfuerzo» no debe dejarnos perder de vista que el interés primordial es la exigencia de garantía «en beneficio tanto del adecuado funcionamiento, nivel y prestigio de la propia profesión como..., de la sociedad» (65).

Si bien hemos considerado plausibles las objeciones antes formuladas, de no proteger penalmente intereses puramente morales, quisiéramos añadir que el Estado ha delegado a los Colegios profesionales la potestad de velar por un adecuado ejercicio de éstas, lo que genera una *obligación jurídica* que debe estar *orientada hacia una función social*. En ese sentido, esta obligación, como correlato del interés social, debe centrarse en atención de los usuarios de los servicios y no solamente de sus afiliados.

En síntesis, consideramos, junto con la doctrina crítica, que los intereses de las profesiones, en general, no merecen ser protegidos penalmente en las situaciones relacionadas con el intrusismo.

No obstante, es preciso dejar constancia que la actual disposición penal ha cumplido y viene cumpliendo una función de protección real de estos intereses profesionales por encima de los intereses del colectivo de usuarios de los servicios.

(65) El que exista dicho bien jurídico implica, según el mismo autor, que «la corporación profesional respectiva resultará siempre perjudicada a efectos de responsabilidad civil del intruso y que *procesalmente estará siempre legitimada para actuar como parte afectada* [689, n. 661 (cursiva nuestra)].

Corresponde ahora analizar los planteamientos que centran el objeto de protección en un bien jurídico instrumental.

4. El interés público del Estado (66)

Cerrando el tríptico de intereses y luego de objetar la fe pública y los intereses particulares, Rodríguez Mourullo (1969, 235) afirma que el objeto de protección está representado por «la potestad que corresponde al Estado de velar que los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensable», siendo, por ello, un delito contra la Administración pública. Una posición recogida por un sector importante de la doctrina (Cf. Luzón Peña, 1985, 677, nota 21).

En ese mismo sentido, la Audiencia Provincial de Tarragona (S. 15-12-87) (67) afirma como «bien jurídico protegido... la potestad de la Administración para expedir títulos para el ejercicio de ciertas profesiones que no ha de verse neutralizada por la interferencia incontrolada de sujetos desprovistos de dicho instrumento acreditativo de su capacitación» (68).

Avalando esta afirmación se recogen la palabras de Manzini (69), que afirma como objeto de protección «el interés concerniente al normal funcionamiento de la Administración pública en sentido lato, en cuanto conviene garantizar la potestad exclusiva del Estado para habilitar a los particulares para el ejercicio de determinadas profesiones».

La protección de esta potestad estatal está al servicio (en relación funcional) de la protección de intereses generales tales como la salud, sanidad, seguridad, etc. (Cf. Rodríguez Mourullo, 1969, 241).

Una cuestión inicial sobre este planteamiento consiste en determinar el sentido en que se debe entender la referida potestad. Analizaremos tres de ellos: en primer lugar, como afección a la exclusiva potestad de *conferir* títulos; en segundo lugar, como afección al normal funcionamiento de la Administración, referido a la autoridad estatal; y en tercer lugar, como afección al funcionamiento de la Administración, en términos amplios.

No puede hacerse referencia a la potestad de expedir títulos. Tal como advierte Luzón Peña (1985, 684s) al criticar la consideración

(66) Hacen referencia a este aspecto: RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 235s; CÓRDOBA RODA, 1978, 1041s; ÁLVAREZ GARCÍA, 1983, 542ss; SALOM ESCRIVÁ, 1983, 40ss; MUÑOZ CONDE, 1990, 566; SAP, Tarragona, 15-12-87, *RJC*, 2-88, p. 181.

(67) *RJC* 2-1988, p. 181.

(68) En sentido semejante, DEL ROSAL (1982, 331) se refería al quebrantamiento de la facultad del Estado de conferir títulos.

(69) Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO (1969, 241 nota 24), advirtiendo las similitudes con la legislación italiana al respecto.

de la Administración pública como objeto de protección, ya que en ningún momento el intruso *expide* título alguno. Por ello, el intruso no usurpa esta potestad estatal.

Tampoco parece hacerse referencia a la protección de la Administración, en sentido estricto, tal como estos mismos autores lo advierten. Así, conforme a un sector de la doctrina, la Administración pública como objeto de protección se refiere al correcto funcionamiento como organización político-administrativa, y por ello dirigido fundamentalmente a los comportamientos de *la autoridad estatal* (Cf. Bustos, 1991, 366). En este sentido, resulta de gran importancia el concepto de «autoridad», indicador de los sujetos vinculados a dicha organización. Así determinado, parece que, conforme a lo manifestado, recientemente, por el Tribunal Supremo (STS 25-10-91, A 7382), si los Guardias Jurados están excluidos del concepto de autoridad de la Administración pública, con mayor razón otros particulares como los intrusos. Por ello, si los intrusos no son «autoridad» y sólo ésta puede afectar el correcto funcionamiento de la organización político-administrativa, los intrusos no pueden afectar la Administración pública, en sentido estricto.

Si pareciera referirse a la Administración pública en términos amplios. Existen otras potestades del Estado dirigidas, en forma amplia, al funcionamiento de determinados aspectos de la sociedad que no están restringidas al funcionamiento de su organización. Así, la organización de la circulación en vehículos, la de entrada de extranjeros al país, etc.

Desde este punto de vista, pareciera que, en la exigencia de título «oficial o convalidado» para la realización de unas determinadas conductas profesionales, se reúnen dos consideraciones. Por un lado, el énfasis del precepto en el título convalidado hace referencia a que determinadas profesiones no se ejerzan libremente, sino, en principio, sólo por aquellos a quienes el Estado ha certificado como habilitados y en lo que se refiere a los extranjeros sólo a quienes han realizado un trámite específico. El médico u odontólogo extranjero que quiere ejercer su profesión en España tiene que cumplir con determinados trámites administrativos, lo que pone de manifiesto una preocupación por ordenar dicho mercado de servicios. Por otro lado, a nivel interno, el énfasis del precepto en la posesión del título oficial, como garantía formal de capacitación de los profesionales, pareciera mostrar una preocupación por el ejercicio correcto y ordenado de las profesiones. Todo ello da lugar a un particular desarrollo normativo de las actividades profesionales.

Así, podemos afirmar que el Estado tiene una potestad exclusiva en determinar las condiciones en las que se debe acceder, tanto nacionales como extranjeros, al mercado de servicios profesionales. También se puede afirmar que el Estado en ejercicio de dicha potestad debe velar por que los títulos de determinadas profesiones en

cuanto requisito para el acceso al mercado de servicios profesionales, «... sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensable». Este interés, a su vez, está relacionado con el interés de las asociaciones profesionales en la exclusividad del mercado; de manera que este *interés estatal y el interés profesional se refuerzan* (70).

En este sentido, consideramos que tiene razón aquel sector de la doctrina que sostiene como objeto de protección del actual tipo penal la potestad del Estado entendida en esta forma amplia.

No obstante, es preciso cuestionarnos si dicho interés estatal es un bien fundamental digno de protección jurídica, para poder legitimar la intervención del Estado.

Debemos advertir que las consideraciones que a continuación realizamos no deben confundirse con planteamientos liberalizadores de las actividades profesionales dentro de un marco de libre competencia (71), aspecto que viene regulado fundamentalmente por normas no penales. Nuestras consideraciones se centran en el análisis sobre la posible consideración de esta situación como merecedora de protección penal.

Podríamos admitir, junto con el sector de la doctrina que considera esta potestad como bien jurídico protegido, que la potestad del Estado para regular el funcionamiento correcto y ordenado del ejercicio de las profesiones, sancionando al que ejerza sin título oficial o convalidado, pueden ser objeto de tutela jurídica, al igual que otras potestades referidas. No obstante, al ser éste *un bien jurídico instrumental, su protección está condicionada a que con ella se logre el fin último buscado: la protección material de bienes jurídicos individuales relacionados* (72).

En nuestro caso, ello no parece lograrse. Tanto los defensores de esta postura como sus críticos admiten que esta protección no va más lejos de constituir una garantía formal (73), que no material, de éstos. Sin esta conexión teleológica, la protección de la potestad es-

(70) En este sentido, son indicativas las palabras de PENETRO MUR y PÉREZ DE LA OSSA (1991, 5), pertenecientes al Colegio de Abogados de Barcelona, en su ponencia en las II Jornadas sobre intrusismo, «... no se trata de que un profesional o un zupeto tenga conocimientos sobre determinada materia para que pueda ejercer... porque sobrarían títulos, habilitaciones legales, pago de impuestos, reglamentación de responsabilidades..., leyes sobre competencia, publicidad y el ordenamiento en materia de servicios quedaría reducido a una ley salvaje de oferta y demanda sin control».

(71) En general consideramos que el Estado social tiene asignada, jurídicamente, una función social que cumplir frente a la regulación de la economía y no puede limitarse a ser un simple guardián dentro de la política del «laissez faire, laissez passer» del liberalismo clásico.

(72) Lo contrario nos llevaría a una concepción universal y no personal de los bienes jurídicos. Cf. BUSTOS RAMÍREZ, 1991, 5; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1990, 111s; MIR PUIG, 1991, 209ss.

(73) Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 241; LUZÓN PEÑA, 1985, 684.

tatal aparece vacía de contenido, quedando como una mera prohibición que garantiza formalmente la protección frente a un peligro que presume.

Por ello, no extraña que las conductas intrusas aparezcan asimiladas con conductas como la de conducir un vehículo sin el correspondiente permiso (Quintano Ripollés, 1963, 451), conducta a su vez considerada dentro de los llamados injustos administrativos criminalizados (Torio López, 1981, 837).

Pareciera, desde esta perspectiva, que considerar el acto intruso como injusto depende, fundamentalmente, del ámbito de soberanía y potestad del Estado, de organizar y regular, más o menos, el funcionamiento del mercado de determinados servicios. En este nivel tampoco extraña que queden asimilados: la intrusión en medicina con la intrusión en el tráfico inmobiliario, al igual que otros actos en los que el énfasis de la prohibición se pone en la desobediencia (74). Pareciera, pues, hacerse referencia a lo que un sector de la doctrina ha considerado infracciones de desobediencia (75) o de simple indisciplina social, que consideran deben ser reguladas por el Derecho administrativo (76).

Igualmente pareciera problemático mantener la protección de esta «potestad estatal», en las situaciones concretas de intrusismo, por la vía administrativa, ya que plantea una cuestión, que sólo vamos a reseñar, ya que nos aparta del objeto de este trabajo, a saber: quienes niegan que tal potestad es un bien jurídico y mantienen la protección por vía administrativa, parecieran estar admitiendo la existencia de una diferencia cualitativa entre la sanción penal y la administrativa, determinada por la existencia o no de bien jurídico. Una posición mayoritariamente objetada (77), en la medida en que admite el ejercicio punitivo del Estado (sanción administrativa) para proteger cosas diferentes de los bienes jurídicos. Quienes admiten que es un bien jurídico (no penal) requerirían de ulteriores precisiones tanto para precisar otra forma de relacionar (funcionalmente) dicha potestad es-

(74) Que nos permite, incluso, abarcar los polémicos delitos de atentado y desacato. En este sentido, no resulta extraño, que en la discusión de los bienes jurídicos protegidos en estas figuras delictivas (atentado y desacato) aparezcan considerados, semejante al delito y la falta de intrusismo, conceptos como el de fe pública y orden público.

(75) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, 1987b, 325; FERRAJOLI, 1990, 478; TORÍO LÓPEZ, 1981, 837.

(76) Ya Binding consideraba determinados delitos de peligro abstracto como delitos de mera desobediencia, injustos administrativos criminalizados que deberían ser ubicados en el Derecho administrativo (Cf. TORÍO LÓPEZ, 1981, 837); en igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, 1987b, 324s.

(77) Cf. MUÑOZ CONDE, 1975, 65; BUSTOS RAMÍREZ, 1989, 65; SUAY RINCÓN, 1989, 97. Las críticas a las posturas que admiten una diferencia entre sanción penal y administrativa con base en el bien jurídico pueden verse en CEREZO MIR, 1990, 43ss; SUAY RINCÓN, 1989, 85ss.

tatal con bienes individuales que permita afirmarlo como bien jurídico instrumental, como para determinar la clase de sanción (penal o administrativa) que debe corresponderle, ya que las consideraciones, político-criminales, sobre el bien jurídico no son suficientes para esto y se requiere, fundamentalmente, un análisis sobre la necesidad de la pena (Cf. Mir Puig, 1991).

Sin entrar a profundizar en esta línea, ajena al objeto de nuestro trabajo, lo que sí pareciera claro es que la intervención administrativa es más expedita y efectiva para controlar que las profesiones se ejerzan por quienes poseen título. Un adecuado funcionamiento administrativo en los diferentes trámites que se deben realizar para ingresar al mercado de dichos servicios (licencias, permisos, etc.), y una sanción administrativa (multas, suspensión de licencias, cierres temporales o definitivos, etc.), parecen ser más efectivos que la sanción penal. Lo contrario, produce las paradojas que se aprecia al examinar la jurisprudencia, en las que aparecen situaciones donde los intrusos poseen diversos permisos administrativos, licencias fiscales, etc., y sin embargo, es el mecanismo penal el que opera de control. O como manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo (30-9-1988, AcP 909), que encuentra explicable el no cierre «por ahora» del local por el juzgado instructor, por lo radical de la medida, procediendo a continuación a confirmar la condena penal.

En síntesis, en la medida en que el bien jurídico instrumental, potestad del Estado (Administración pública en sentido amplio), no otorga más que una protección formal a los bienes jurídicos individuales de los clientes del servicio profesional para los cuales se anuncia dicha protección, pareciera que ésta queda vacía de contenido configurándose una protección de la desobediencia por la desobediencia, dando lugar a lo que un sector de la doctrina denomina un injusto administrativo criminalizado.

5. La fe pública (78)

Otro objeto de protección que se ha considerado prácticamente desde la configuración del delito de intrusismo como falsedad personal es la fe pública. Es igualmente instrumental, ya que como afirma Rodríguez Devesa (1991, 945), la tutela de la fe pública «descansa en que, al defraudar la confianza que merecen los signos ex-

(78) Hacen referencia a este aspecto en sentido crítico: RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 232ss; SALOM ESCRIVÁ, 1983, 39s; ÁLVAREZ GARCÍA, 1983, 542; DÍAZ VALCÁRCEL, 1964, 127; MIR PUIG, 1991a, 739; afirmándolo, LUZÓN PEÑA, 1985, 670ss; DEL ROSAL, 1962, 330s; sin tomar posición ÁLVAREZ GARCÍA, 1983, 1067. Recientemente en la jurisprudencia puede verse: STS 22-8-80, A 1468; STS 13-5-89, AcP 560; 30-3-90, A 2655; 15-4-91, AcP 493; 28-6-91, AcP 671; SAP: Coruña 23-4-88 @ 138; Toledo 2-4-91 @ 104.

ternos en que se apoya, nace la posibilidad de la lesión de otros bienes jurídicos».

La consideración de la fe pública como objeto de protección en el delito de intrusismo por parte de la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida.

Un sector, mayoritario, sostiene que la fe pública no es objeto de protección del tipo básico del intrusismo. El argumento se centra en que el elemento que permitía fundamentar la figura básica del intrusismo como falsedad, y con ello la fe pública como objeto de protección: la exigencia de *atribución pública* de la cualidad de profesional del oficio usurpado (79), ha sido eliminada del tipo base, por la reforma de 1963, quedando como requisito, el ejercer sin título actos propios de una profesión, y pasando a ser dicha atribución pública el elemento fundamental de la agravante del párrafo segundo. Al desaparecer, entonces, la idea de falsedad (personal o de acto) con la que era caracterizada dicha figura, no es por tanto la fe pública el objeto de protección (80). Podríamos igualmente añadir que no siempre resulta afectada con la conducta intrusa, v. g., el odontólogo extranjero que advierte (privada o públicamente) a sus clientes que no posee el título convalidado, realiza igualmente el tipo penal (Cf. Mir Puig, 1991a, 739).

Así, para este sector, la fe pública no es el objeto de protección del tipo básico del intrusismo. En consecuencia, tampoco podría argumentarse la justificación de este precepto penal en su protección como bien jurídico. De nuevo, no porque la fe pública no sea un bien jurídico, aspecto que analizaremos más adelante, sino porque no resulta adecuadamente protegida por el precepto penal.

Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que la fe pública sí es objeto de protección y bien jurídico. En tal sentido, destaca la posición de Luzón Peña (1985, 685), quien argumenta que si bien es cierto que, en el tipo base, no hay un ataque frontal de la fe pública (81), ésta se ve lesionada a diversos niveles, por parte de:

a) los que además de ejercer los actos se atribuyen públicamente dicha cualidad, incurriendo en (el tipo penal agravado);

(79) Esta exigencia, en el tipo penal básico, que la diferenciaba de la falta (MEDINA MARAÑÓN, 1941, 208), fue introducida por el Código Penal de 1848, artículo 251, que exigía: «El que se fingiere autoridad, empleado público o profesor de una facultad que requiera título...», y más claramente por el Código de 1870, artículo 343, que habla ya de «El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una facultad que no se puedan ejercer sin título oficial...».

(80) Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969, 232ss; SALOM ESCRIVÁ, 1983, 39s; ÁLVAREZ GARCÍA, 1983, 542; DÍAZ VALCÁRCEL, 1964, 127.

(81) Entendida como «seguridad del tráfico jurídico», en igual sentido STS 10-2-1961.

b) los que ejerciendo los actos han dado a entender o al menos han dejado creer que poseían dicha calidad (por lo que sí hay una usurpación o atribución implícita o indirecta de calidad) y;

c) los que ejerciendo los actos se arrogan la capacidad de realizar dichos actos y por tanto niegan frente a los demás «la propiedad o exclusividad de los mismos respecto de dicha profesión, lo que en efecto puede inducir a error público y poner en duda el carácter propio o privativo de dichos actos: con ello, de modo siquiera secundario e indirecto, hay un atentado a la fe pública y, aunque no se trate de una propia usurpación de calidad, sí hay una usurpación (o atribución indebida) de funciones profesionales» (1985, 672).

En conclusión, para este autor, hay tres niveles de ataque a la fe pública: el directo y relevante (tipo agravado), el directo y menos trascendente (atribución privada); y el indirecto (arrogación implícita de calidad o usurpación de funciones) (1985, 672).

Ahora bien, si admitiésemos como objeto de protección del intrusismo la fe pública, es preciso reflexionar si éste se corresponde con el presupuesto social del bien jurídico, es decir, con lo que socialmente aparece como deseable o merecedor de protección en las situaciones de intrusismo.

Respecto de este análisis nos interesan tres cuestiones: qué podemos entender por fe pública, en cuál de los diferentes conceptos de fe pública puede afirmarse que resulta protegida por el tipo básico y si la protección de la fe pública, entendida en ese sentido, justifica la intervención punitiva.

La primera dificultad es el concepto de fe pública. Si bien, como vimos, se hace referencia a un concepto de fe pública relacionado con el «tráfico jurídico» igualmente se plantea que no hay un ataque frontal a éste.

Por todos es conocida la vaguedad del concepto de fe pública que ha llevado a la doctrina a desarrollar un ejercicio de precisión (82), dando lugar a diferenciar dos aspectos en los que se puede entender la fe pública. En un sentido riguroso, entendida como veracidad jurídica y en un sentido amplio, entendida como confianza pública. En el primero de ellos, se vincula el concepto de fe pública con el cumplimiento de una función: dar perpetuidad y fijeza a las manifestaciones o significados expresados por determinados objetos o símbolos, fundamentalmente los documentos, en cuanto se contribuye, de ese modo, a la conservación de una importante serie de interrelaciones sociales, económicas, etc., genéricamente denominadas «tráfico jurídico». Así, la falsedad o falsificación de monedas o de documentos afecta gravemente a un conjunto de relaciones sociales, afecta el tráfico jurídico y en esa medida es considerada como merecedora de protección jurídica, exigiéndose, como una caracte-

(82) Cf., entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, 1991, 337; MUÑOZ CONDE, 1990, 519.

rística fundamental, que el objeto falso o falsificado se introduzca o se pretenda introducir en dicho tráfico jurídico (Muñoz Conde, 1990: 520). En el segundo de los sentidos, se hace referencia a la confianza pública, fundamentada, en principio, en un derecho a la verdad.

La segunda cuestión es determinar en cuál de estos dos sentidos puede afirmarse que el tipo base del intrusismo protege la fe pública. Puede pensarse en la conducta intrusa como perturbadora del «tráfico jurídico» cuando se refiere a las relaciones de contratación de profesionales, v.g. piénsese en las perturbaciones en la contratación de médicos y lo que ello implicaría, si no supiésemos si a quien contratamos para un servicio de cirugía es o no un médico. No obstante, no parece ser esta la preocupación fundamental en la punición del intrusismo. Máxime, como afirma la doctrina mayoritaria, si desde la reforma de 1963 desaparece del tipo base la exigencia de atribución pública de la cualidad profesional usurpada, elemento éste considerado básico para la perturbación del tráfico jurídico: que el individuo introduzca o pretenda introducir, el objeto falso o falsificado en dicho tráfico jurídico y que permite ver como en ningún caso se tiene, por parte del intruso, el dolo específico requerido: «conciencia y voluntad de alterar el tráfico jurídico fiduciario en general» (Muñoz Conde, 1990: 521).

Pareciera entonces, que la fe pública para ser considerada como objeto de protección por el tipo básico del intrusismo, requiere ser entendida en una forma más amplia, como confianza pública. Esto parece reafirmarlo la sentencia del Tribunal Supremo (13-5-89, AcP 560) al considerar que no existe una norma en el ordenamiento jurídico vigente que permita establecer el concepto de título oficial, por lo que se «requiere una interpretación que se debe orientar al fin de la protección de la norma. La posición que ocupa el delito entre “las falsedades”... señala, en primer lugar que con este tipo penal se quiere proteger *la confianza del público* en un ejercicio ordenado de ciertas actividades profesionales, cuyo desempeño requiere una capacitación, respecto de la que el Estado ejerce un determinado poder de policía. Este poder de policía tiene precisamente, una finalidad preventiva respecto de los daños que podría sufrir el particular en caso de recurrir a una persona que no acreditó una mínima capacitación técnica o científica para el ejercicio de la profesión» (cursiva nuestra).

Si este es el sentido en que debemos entender la afección de la fe pública en el delito de intrusismo, queda por establecer si la fe pública, así entendida, puede ser considerada como bien jurídico, justificando la intervención punitiva. Dos objeciones fundamentales se pueden considerar al momento de realizar este análisis, una referente a la amplitud del concepto y otra referente a su falta de conexión teleológica con los bienes jurídicos particulares con los que se le relaciona.

En lo referente al concepto de fe pública, como confianza pública, se advierte que ha sido criticado por un sector de la doctrina (83) al momento de considerarlo bien jurídico, precisamente por su amplitud. Así, si aceptásemos esta afección a la confianza pública como justificadora de la intervención penal, parece igualmente poderse afirmar su lesión en la mayoría de delitos. *v. g.*, la persona que conduce un coche en estado elevado de embriaguez, o quien se apodera del dinero que transporta en un furgón pareciera enviar un mensaje engañoso de que cualquiera puede hacerlo o lesiona la confianza pública del ejercicio correcto y ordenado de una actividad. En fin, pareciera que todos los delitos nos envían un mensaje contrario a la norma, pero precisamente por ello las teorías de la prevención general positiva consideran que la finalidad de la pena es justamente reforzar el mensaje normativo. En este sentido amplio, la fe pública no cumpliría la misión asignada al bien jurídico como criterio fundamentador y limitador de la potestad punitiva del Estado. En segundo lugar, a la protección de esta confianza pública, como bien jurídico instrumental, le falta su conexión teleológica con los bienes jurídicos particulares con los que se le relaciona, quedando por tanto un concepto vacío. Parece entonces, prescindirse del presupuesto del bien jurídico, esto es, lo digno socialmente de protección en las situaciones de intrusismo, quedando ausente el aspecto distintivo de este bien jurídico instrumental (Cf. Bustos Ramírez, 1987a, 197).

En síntesis, para apreciar la fe pública como objeto de protección por el tipo base del intrusismo, pareciera que debe recurrirse a un concepto diferente al generalmente aceptado: «tráfico jurídico» que, como afirma la doctrina mayoritaria, no parece ser el objeto de protección. El concepto de fe pública al que se debe recurrir, entendida como «confianza pública», es considerado, a su vez, por un sector importante de la doctrina, como demasiado amplio para que pueda servir de justificación a la intervención penal, al igual que pareciera brindar una protección puramente formal, vacía de contenido material al no estar relacionada teleológicamente con los bienes jurídicos individuales con los que se le relaciona.

Por ello, si se quiere proteger la fe pública, el tipo base del intrusismo tanto del Código penal, como del Proyecto de Código penal, aparecen problemáticos y desafortunados. Consideramos extensibles estas consideraciones al Proyecto en la medida en que el Proyecto de Código penal mantiene la ubicación sistemática del precepto entre los delitos del Título XV «De las falsedades», Capítulo V, «De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo».

Lo anterior no significa que dejen de preocuparnos las situaciones en las que una persona demanda un servicio, pensándose que contrata a un médico, y resulta no serlo o las situaciones en las que una

(83) Cf. BUSTOS RAMÍREZ, 1991, 337; MUÑOZ CONDE, 1990, 519.

persona haciéndose pasar por médico, logra que contraten sus servicios. Tales situaciones nos preocupan, tanto por el riesgo como por el engaño que ellas puedan implicar, pero consideramos que debe fundamentarse su protección desde categorías más concretas.

6. El interés de la sociedad en exigir determinada garantía (formal) exacta y precisa (84)

La pretensión de este planteamiento pareciera ir encaminada a la configuración de un bien jurídico instrumental. Así parece indicarlo las palabras de Luzón Peña (1985, 685), cuando se refiere a «un interés directo y primariamente de la colectividad, de la sociedad como tal, *para su correcto funcionamiento...*» (cursiva nuestra).

Para este autor, el interés de la sociedad en exigir determinada garantía (formal) exacta y precisa debe diferenciarse de los intereses de los potenciales clientes en cuanto que, en la actualidad la protección incluye profesiones diferentes a las del ámbito de la salud, entrando en juego una gama más amplia de intereses importantes, por lo que, no interesa sólo el «puro requisito, material y aun tosco, de la habilidad y ausencia de peligro..., sino además, dado el alto nivel e importancia social (85) de estas profesiones un desempeño correcto y basado en una formación sólida, cuyos mínimos estén asegurados por una amplia, equilibrada y completa preparación, que estará garantizada a su vez por la adquisición del título» (1985, 683). En referencia a esta gama de intereses, se resalta la sentencia del Tribunal Supremo de 2-3-1974 (86) que afirma: «... el prevalente interés penalmente protegido es bien a las claras de naturaleza esencial y de relevante interés comunitario, como la salud, la cultura, la pública incolumidad, la administración de justicia u otros equiparables, atendidos por profesionales..., pertenecientes a órdenes tales como la sanidad, la enseñanza, la ingeniería, en sus múltiples ramas, o la postulación forense, entre otros de pareja importancia o significación».

Igualmente, para concretar el interés en exigir una determinada garantía, Luzón Peña (1985, 683) afirma que el objeto fundamental, de protección en el intrusismo, *no debe apreciarse desde la perspectiva del Estado, sino desde la perspectiva de la sociedad*. El interés

(84) Hacen referencia a este aspecto: LUZÓN PEÑA, 1985, 677 y notas 23 y 48; BUSTOS RAMÍREZ, 1991, 352; en la jurisprudencia véase LUZÓN PEÑA, 1985:677, nota 24; recientemente STS: 17-87, AcP 589; 27-1-87, AcP 222; 12-3-90, A 2989; 19-3-90, A 2557; 30-3-90, A 2655; SAP: Toledo 17-12-91, R 12.264 (*La Ley* 1992-2).

(85) Es constante la referencia del autor a la importancia social de dichas profesiones: 1985, 676, nota 18; 677; 681 nota 38; 683; 687; 688.

(86) En forma similar, STS 26-3-77, A 1305. Un postura diversa frente a esta sentencia en RODRÍGUEZ MOURULLO (1969, 241, nota 24).

de la sociedad en exigir que las profesiones se ejerzan correctamente, interés que se protege mediante una garantía formal: la exigencia de título para el ejercicio de determinadas profesiones. En sentido similar, Díaz Valcárcel (1964, 120) afirma que se tienden a que éstas se practiquen con las mayores garantías de idoneidad, en beneficio social.

«En una palabra, que por la importancia, dificultad, complejidad y responsabilidad de ciertas profesiones la ley (reflejando el interés social) quiere que se ejerzan no sólo pasablemente (con habilidad) sino bien (con preparación y formación, además)... ; y como para ello la legislación fija en cada momento y en cada país unos... concretos requisitos..., es lógico que sólo se permita el ejercicio a quienes hayan hecho el esfuerzo y hayan conseguido superarlos, pues, como ya vimos que destaca un autor (citando a Quintano), hay un interés público en que se cumplan las habilitaciones y formaciones legales, porque son una teórica garantía jurídicamente insustituible. Por consiguiente, a mi juicio, el objeto fundamental en el delito de intrusismo (artículo 321.1) es el interés de la comunidad o sociedad, refrendado por el ordenamiento jurídico y ejecutado por el Estado, en exigir para el ejercicio de determinadas profesiones cualificadas la posesión del título» (Luzón Peña, 1985, 684) (87).

En síntesis, se plantea la existencia de un interés de la sociedad en que determinadas actividades por su «*importancia, dificultad, complejidad y responsabilidad*», sean ejercidas correctamente, corrección que está basada en un mínimo de capacitación, la cual viene, *formalmente garantizada*, por la posesión del título.

Si bien pareciera que Luzón Peña busca configurar un bien jurídico colectivo, el autor no parece determinar claramente las características de este bien jurídico colectivo, haciendo sólo alusión a un interés de la sociedad, referido a su vez a una serie, indeterminada, de intereses de los que se dan como ejemplo: «la salud, la cultura, la pública incolumidad, la administración de justicia u otros equiparables».

Dos implicaciones queremos destacar. Por un lado, pareciera que es precisamente esa falta de configuración de un bien jurídico colectivo, del que se pueda hablar en términos de lesión o puesta en peligro, la que parece conducir nuevamente a la configuración de un delito de peligro abstracto, que respondería a un argumento del estilo de «dada la importancia de las profesiones referidas, el ejercerlas sin el correspondiente título, se presume es ejercerlas mal y ello afecta el correcto funcionamiento social, ya que supone un peligro para una serie de bienes jurídicos tales como la salud,

(87) En sentido similar, DÍAZ VALCÁRCCEL, 1964, 119s; DEL ROSAL, 1962, 331, quien se refiere al «peligro que supone o la falta de garantía de una actividad sin el marchamo oficial correspondiente».

la cultura y otros equiparables». En este sentido, permanece la pregunta antes formulada: ¿qué pasa si se comprueba que la falta del título no afectó ninguno de aquellos bienes jurídicos o al funcionamiento de la sociedad? A lo que habría que responder el tipo penal se realiza.

En segundo lugar, la falta de concreción de un bien jurídico colectivo, pareciera conducir a una protección penal meramente formal, la ausencia de título. Lo cual advierte Luzón Peña (1989, 511) al considerar que la exigencia del título en las diversas profesiones no parece adecuarse a un análisis de la significación social, desde la óptica de los usuarios de dichos servicios y propone concretar en el tipo penal las profesiones «cuya exclusiva competencia, por su especial repercusión para bienes jurídicos esenciales para los ciudadanos o la comunidad, se considere... que debe estar garantizada jurídico-penalmente».

En este sentido, pareciera que limitar la protección del interés de la sociedad en que determinadas profesiones se ejerzan correctamente, a la condición *formal* de la posesión de un título, se queda al mismo nivel de la protección de «la potestad estatal» y a medio camino frente a la protección material del interés colectivo.

Lo anterior no obsta para que destaquemos en esta propuesta el cambio de acento en que la atención se debe centrar en los intereses colectivos y no exclusivamente en los intereses estatales a la hora de determinar el ámbito de aplicación del precepto penal. Por otro lado, este análisis y su imposibilidad de escapar a una formulación de una garantía meramente formal, parecen esclarecer que acudir al bien jurídico instrumental de «la potestad estatal» (Administración pública, en sentido amplio) no permite tampoco cumplir su finalidad última: la de proteger materialmente los bienes individuales que están en relación teleológica con el bien jurídico colectivo protegido en el delito de intrusismo.

Por ello, a nuestro entender la propuesta que pone el acento en el interés de la sociedad (88) y no exclusivamente de la potestad estatal, al momento de interpretar el precepto, principalmente la exigencia de título, es plausible. Asimismo, una propuesta de *lege ferenda*, debe responder a una protección material del interés colectivo de los usuarios de los servicios profesionales, mediante una *garantía material* (lesión del bien jurídico colectivo) de la calidad y seguridad de éstos.

En tal sentido, parecieran ir encaminadas las consideraciones de Bustos Ramírez (1991, 352), que considera que tanto quienes admiten el interés social en la exigencia de una garantía formal como objeto

(88) Que permiten reafirmar la necesidad de establecer una mejor selección de profesiones en el delito de intrusismo, excluyendo desde esta óptica algunas como las de API.

protegido, como los que consideran el interés social de los consumidores en la calidad del servicio, tienen parcialmente razón, proponiendo un concepto que integre ambos aspectos, que denomina: «la competencia limpia», el cual formula como objeto de protección.

Así las cosas, en el siguiente apartado analizaremos la posibilidad de configurar un bien jurídico colectivo: de los usuarios de dichos servicios, que merezca protección frente a los actos intrusos.

III. CONFIGURACIÓN DE UN BIEN JURÍDICO COLECTIVO A PROTEGER EN LAS SITUACIONES DE INTRUSISMO

Partiendo de una concepción personalista del bien jurídico (89), en la cual los bienes jurídicos colectivos no son fines en sí mismos, sino que están relacionados con los bienes jurídicos individuales, se plantea si dicha relación debe ser estructural o funcional.

La diferencia entre estas posturas radica en que, en la relación estructural, la configuración del bien jurídico colectivo viene condicionada a la consideración del bien jurídico individual, mientras que en la relación funcional, la configuración del bien jurídico colectivo tiene características propias e independientes del individual, pero la finalidad de su protección está en función de la protección de este último, con el que está relacionado (Cf. Bustos Ramírez, 1987a, 195ss).

Así, la relación estructural pareciera implicar definir el bien jurídico colectivo mediante la consideración de la puesta en peligro (concreto o abstracto) del bien jurídico individual (90). Ya hemos analizado en el intrusismo la configuración de tipos de peligro.

Nosotros nos inclinamos por no relacionar estructuralmente el bien jurídico colectivo con el individual. Esta posición viene explicada por considerar que reducir todas las consideraciones de protección penal al ámbito estrictamente individual parece reforzar la idea de los pensadores liberales, que el Derecho penal está dirigido exclusivamente a resolver conflictos de orden estrictamente individual, siendo los llamados bienes jurídicos colectivos o intereses jurídicos difusos una simple entelequia (Cf. Zaffaroni, 1980, 242s), vacía de contenido, salvo que se relacione (en su contenido) con los bienes individuales. Por el contrario, consideramos que optar por la alternativa que permite la configuración independiente de bienes jurídicos colectivos, relacionados teleológicamente con los bienes jurídicos individuales (Cf. Bustos Ramírez, 1987a, 198), encuentra su base en

(89) Cf. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, 1990, 111s; BUSTOS RAMÍREZ, 1991, 5; MIR PUIG, 1991, 209ss.

(90) Cf. ESCRIVÁ GREGORI, 1976; GONZÁLEZ RUS, 1986, 53.

la consideración de una Política Criminal adecuada a una profundización del Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que parece promover la utilización, si bien mínima, del instrumento penal para la protección y desarrollo de aspectos colectivos.

En esta línea nos proponemos analizar la posibilidad de configurar, en las situaciones del intrusismo, un bien jurídico colectivo relacionado, funcionalmente, con bienes jurídicos individuales.

1. El bien jurídico colectivo: El proceso de satisfacción de necesidades de los consumidores y usuarios

Inicialmente, como presupuesto del bien jurídico, es preciso determinar el ámbito social en el que la conducta intrusa aparece socialmente considerada como problemática, es decir, cuándo consideramos que ha habido una intrusión (desvalorada socialmente), teniendo presente que este desvalor no puede basarse sólo en la consideración de un resultado lesivo o dañoso para los bienes jurídicos individuales, ya que estos supuestos, por regla general, quedan comprendidos dentro de la incriminación genérica que se realiza de la imprudencia.

Veamos algunos casos. Un campesino acude a otro para que, dada su experiencia en la crianza de animales, le cure un animal enfermo y el campesino le inyecta al animal una droga. La amiga de la familia, enfermera jubilada, que recomienda y pone una inyección. El parto prematuro atendido por la vecina, comadrona. Estas constelaciones no parecen tener significación social frente al intrusismo.

Ahora veamos otros supuestos: el vecino lleva a su perro a una Clínica veterinaria atendida por quien sólo cuenta con experiencia en la crianza de animales y que inyecta al animal. El que acude al Consultorio médico, atendido por una enfermera jubilada, que diagnostica y receta al menor un determinado jarabe. La mujer que acude a la Clínica para el parto, el cual es atendido exclusivamente por la experta comadrona. En estos tres casos podríamos percibir, socialmente, la presencia de un conflicto, en cuando *se espera* la presencia y atención de un profesional.

Si observamos, el elemento diferenciador que hemos introducido es el ámbito social en el que se desarrollan las mismas conductas. En las situaciones iniciales, el comportamiento se desarrolla en un ámbito privado; mientras que, en el segundo de los casos, el comportamiento tiene lugar en otro ámbito social: *un mercado de servicios profesionales*, y es precisamente en ese contexto donde parece que advertimos estos comportamientos como problemáticos. Ello viene reconocido por el Tribunal Supremo (S. 30-9-1988, AcP 909),

cuando excluye «los actos realizados por pura benevolencia, amistad u otra causa ajena al estricto ejercicio profesional».

Esta ubicación del ámbito social, mercado de servicios profesionales, nos permite extraer una serie de consecuencias a fin de poder delimitar un determinado bien jurídico.

La primera de ellas dice relación a los sujetos implicados. En esta relación los sujetos que interactúan son: los profesionales que prestan el servicio y los usuarios que lo reciben.

Dos pueden ser, entonces, las opciones: reafirmar los intereses de los profesionales o los de los usuarios.

En la actualidad se puede advertir que en la interpretación de la *normativa vigente se viene enfatizando la protección de los intereses profesionales*. En este sentido, se admite que, de modo «reflejo» (Rodríguez Mourullo, 1985, 242); indirecto (STS 26-3-1977, A 1305; Salom Escrivá, 1963, 40); o excepcional (Muñoz Conde, 1990, 566), resultan protegidos los intereses profesionales. Si bien se advierte que ello no autoriza a conferirles la categoría de bien jurídico específicamente tutelado (Rodríguez Mourullo, 1985, 242). Pueden destacarse tres elementos que contribuyen a que esto sea así.

En primer lugar, la tipificación que se hace de dicha protección. La imprecisión del texto legal hace que la decisión sobre el contenido del injusto sea adoptada, en muchos casos, por los jueces y por ello en forma diferente. A este respecto, el ejemplo más claro lo constituye la frecuente y contradictoria jurisprudencia sobre los API (Cf. Luzón Peña, 1989) (91). Por ello, de *lege lata* se precisa una interpretación fundamentada en el bien jurídico colectivo de los usuarios a fin de dotar de contenido material la prohibición (cfr. STC 25-3-1993); y de *lege ferenda*, al menos, debe exigirse que el legislador, mediante la erradicación de una tipificación imprecisa, adopte la decisión política clara sobre cuál es el ámbito de las profesiones protegidas (92).

En segundo lugar, contribuye la coexistencia entre el interés estatal en la ordenación del mercado y el interés de los profesionales en el monopolio de dicho mercado. El proteger penalmente la potestad estatal de restringir el acceso al mercado nacional del servicio profesional, frente a las conductas que desobedezcan dichos mandatos, permite en la práctica proteger, efectivamente, los intereses profesionales en la exclusividad del mercado (93).

(91) En igual sentido SAP: Toledo 17-12-91. R 12.264 (*La Ley* 92-2).

(92) LUZÓN PEÑA propone determinarlas mediante listado (1989, 511).

(93) Una problemática que adquiere cada vez una mayor significación en el ámbito de la CEE, en referencia al principio de libre circulación de las personas. Sin ánimo exhaustivo, como referencias pueden verse: STJ: Asuntos acumulados C-54-88; C-91-88 y C-14-89 y C-61-89 referente al ejercicio de profesiones paramédicas (bioterapia, pranoterapia y osteopatía); asunto 222-86, referente a entrenadores deportivos; asuntos acumulados C-330-90 y C-331-90 referente a los API.

Por último, contribuye y ha contribuido a que el énfasis de la protección penal se centre en los intereses profesionales, las presiones ejercidas por estos grupos (94).

Consideramos que ello no debe ser así. El Derecho penal es una herramienta suficientemente drástica que debe ser tomada en serio y utilizarse sólo cuando existen bienes jurídicos que requieran de su protección. En este sentido, cuando hicimos referencia a los intereses de los profesionales nos referimos a las razones por las que éstos no deben ser considerados como presupuesto social de un bien jurídico a proteger penalmente.

La protección penal, de ser meritoria, debe orientarse a la defensa de los *intereses de los usuarios*. Entre los diversos argumentos que pueden formularse a favor de este cambio queremos destacar tres.

Si consideramos el Derecho como conjunto normativo que debe servir para promover condiciones adecuadas de vida en sociedad y en esa medida desarrollar y garantizar el proceso de satisfacción de necesidades, la normativa sobre la protección del consumidor y del usuario debe corresponderse con dicha concepción del Derecho (95), al contribuir a eliminar obstáculos en el proceso de una adecuada satisfacción de necesidades, en el marco del mercado de bienes y servicios fijado por la Constitución (Cf. Terradillos Basoco, 1981, 136ss).

Por ello, en el mercado de servicios, consideramos que es precisamente el colectivo de los usuarios el que merece protección jurídica. Ello, fundamentalmente en cuanto existe una clara subordinación (Cf. A. Bercovitz, 1992, 39) de los consumidores y usuarios (96) frente a los productores y profesionales. Subordinación que en materia de servicios profesionales llega, incluso, a la propia definición del problema del usuario, que es hecha por el profesional. v. g., el psicólogo es quien le dice a su cliente, usted tiene una «angustia grave» y necesita un determinado tratamiento psicológico.

Esta relación de dependencia no sólo sirve de fundamento, sino que a su vez constituye un límite de la protección jurídica, en la medida en que sólo merecen protección las relaciones en las que exista la citada dependencia (A. Bercovitz, 1992, 39). En este sentido, consideramos que, de *lege ferenda*, en caso de protección penal, ha-

(94) En este sentido, la persistencia del Proyecto en mantener la problemática del título: título académico y título oficial, trasladando la decisión a los jueces, puede dar lugar a pensar que, más que un olvido de la problemática, es una forma de evadirla y no enfrentarse con grupos de poder económico.

(95) Sobre esta orientación pueden verse las Resoluciones del Consejo de las Comunidades Europeas en materia de protección a los consumidores y usuarios, en particular la de 19 de mayo de 1981.

(96) Para el concepto de consumidor ver LCU, artículo 1, numerales 2 y 3; Llei de l'Estatut del Consumidor, article 1; la problemática que suscita puede verse en: GONZÁLEZ RUS, 1986, 53ss; A. BERCOVITZ, 1992, 25ss.

bría de exigirse en la configuración típica el *aprovechamiento* de su situación de superioridad por parte del autor, elemento subjetivo que excluiría la imprudencia.

Por último, consideramos que este proceso de satisfacción de necesidades reclama su protección jurídica precisamente en interés de dicho colectivo y no en nombre de la potestad del Estado. Con González Rus (1986, 57) consideramos que en la actualidad y dentro de un modelo de desarrollo social, diferente al del liberalismo clásico, los grupos sociales vienen tomando conciencia y recuperando para sí espacios de participación en las decisiones económicas, políticas y sociales (97), antes de dominio exclusivo y excluyente del Estado, que merecen protección jurídica material y no simplemente formal.

II. ÁMBITO DE PROTECCIÓN: CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN Y DE SATISFACCIÓN DE NECESIDADES

El contexto social, mercado de servicios y la posición de dependencia del usuario en él, permite determinar como bien digno de protección el proceso de satisfacción de necesidades de los consumidores y usuarios. Es preciso ahora analizar su ámbito de protección jurídica y jurídico-penal.

La protección jurídica de este colectivo viene ya reconocida, en forma amplia, por la Constitución en su artículo 51.

No obstante, no podemos desconocer que la protección del consumidor y del usuario viene enmarcada, conforme a la Constitución (artículo 38) por el sistema que reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» y la «iniciativa pública en la actividad económica» (artículo 128) (Cf. A. Bercovitz, 1992, 23). Ello requiere que, para darle operatividad a dicho reconocimiento, la competencia tanto en su aspecto de competencia leal, como en su aspecto de libre competencia, deben ser entendidos en desarrollo de principios básicos de la Constitución como la igualdad y la dignidad y no en desarrollo del modelo económico clásico del liberalismo individualista (Cf. Hormazábal Malarée, 1983, 777ss). Es decir, la regulación de la competencia, en general, debe basarse en el énfasis sobre la promoción de las condiciones sociales adecuadas para que la satisfacción de necesidades por parte de los consumidores y usuarios se desarrolle en las mejores condiciones posible; y no en el énfasis de la promoción de condiciones en las que sólo se tiene en cuenta la maximización de beneficios económicos de los empresarios

(97) En este sentido, puede considerarse significativo el desarrollo y la creciente participación en la vida social que vienen teniendo las asociaciones de consumidores y usuarios.

(González Rus, 1986, 25). Así, bajo esta consideración, en lo que a las conductas intrusas hace referencia, cabe hablar de la competencia limpia (Bustos Ramírez, 1991, 352).

Ahora bien, un análisis que pretenda delimitar su protección mediante mecanismos penales, conforme al carácter fragmentario del Derecho penal, requiere de una serie de precisiones.

Por un lado, consideramos que se lesionan gravemente este proceso de satisfacción de necesidades tanto cuando se afectan las condiciones de participación de los usuarios en él, como cuando se afectan las condiciones mismas de satisfacción de necesidades.

En cuanto a la condiciones de participación, se reclama la protección de las condiciones en las que los usuarios pueden concurrir al mercado de servicios profesionales, sin que su condición de dependencia se vea acentuada. En cuanto se considera una protección penal, habría que limitar la protección a los ataques más graves a esas *condiciones de participación*. Es decir, aquellas que implique su anulación como usuario, su eliminación como parte integrante y decisoria, y por ello imprescindible, del proceso de satisfacción de necesidades.

En este sentido, un elemento tipificador podría constituirse mediante la consideración del engaño, que vendría configurado por la *atribución pública* (Cf. Mir Puig, 1991a, 739), o falsa publicidad. Así, quien engaña a los usuarios de forma tal que anule la posibilidad de tomar parte en el proceso de satisfacción de necesidades afecta, lesionando, este aspecto del bien jurídico colectivo.

El segundo aspecto, referente a las condiciones de satisfacción de necesidades, parte de la consideración que la anterior garantía sobre la participación del usuario, asegurando la autotutela, no es, por sí sola, suficiente para garantizar las condiciones adecuadas en la satisfacción de necesidades. Ello precisamente debido al grado de sujeción al que está sometido el usuario en esa relación. En este sentido, cabe además reclamar protección sobre las *condiciones básicas de satisfacción de necesidades*, mediante la exigencia de unas condiciones mínimas en la prestación de servicios.

Para concretar estas condiciones mínimas, pareciera claro que el punto de referencia no debe ser exclusivamente la exigencia de título, que ha permitido la formalización de la protección, contribuyendo a la funcionalidad del precepto para proteger los intereses de los profesionales, olvidándose de los del usuario; sino en el *incumplimiento de las exigencias en materia de consumo* (98).

Debido a que nos referimos a una sanción penal, estas condiciones deben referirse igualmente a servicios de gran significación social. En este sentido, un primer y necesario marco de referencia lo

(98) Al respecto puede verse GONZÁLEZ RUS, 1986; A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ, 1987. C. MARTÍNEZ, 1990; PÉREZ ÁLVAREZ, 1991; AA.VV., 1992.

constituye el artículo 51 de la Constitución (Cf. González Rus, 1986, 43ss), que ha centrado el principio de defensa en: la salud, la seguridad y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (99). Desarrollando dicha disposición, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) (Ley 26-1984 de 19 de julio), en su artículo 2, contiene una lista de los derechos básicos, dando lugar a que un sector importante de la doctrina distinga entre: derechos esenciales o fundamentales y derechos instrumentales (100). Siendo los primeros: la salud, la seguridad y los intereses económicos (101), y los segundos: la información, la educación, la reparación, la asociación, entre otros (102). En esta línea, pueden desarrollarse las restricciones que se desprenden de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (25-3-93), que parece limitar la protección penal del intrusismo «a aquellas profesiones que, por incidir sobre *bienes jurídicos de la máxima relevancia —vida, integridad corporal, libertad y seguridad—* requieren especial protección.

Son pues, en principio las infracciones referidas a esos *derechos fundamentales* de los usuarios las que afectarían las condiciones mínimas del servicio, afectando (lesionando) las condiciones básicas para la satisfacción de necesidades.

Para centrar con mayor precisión el ámbito de tutela penal, debemos efectuar una ulterior concreción, a fin de determinar, en los aspectos antes señalados por la Constitución, ¿qué clases de servicios profesionales tienen significación suficiente para una protección penal? En este sentido, son útiles las indicaciones del artículo 2.2, la LCU y otras normas autonómicas similares (Cf. C. Martínez, 1992, 59ss), que determinan una *protección prioritaria*, para aquellas situaciones que «guarden *relación directa con productos o servicios de uso (o consumo) común, ordinario y generalizado*», o de *primera necesidad* (103). Así, pareciera que la importancia social del servicio, no precisa estar considerada en abstracto, o sólo por la importancia

(99) Semejante al Programa Preliminar de la CCE. Cf. A. BERCOVITZ, 1987, 25ss.

(100) Cf. A. BERCOVITZ, 1987, 26s; GONZÁLEZ RUS, 1986, 49ss; C. MARTÍNEZ, 1992, 46 y 50.

(101) Entre otros, Cf. PÉREZ ÁLVAREZ, 1991; NAVARRO MUNUERA, 1992, 79ss; R. MULLERAT, 1992, 1ss y GONZÁLEZ RUS, 1986, 165ss.

(102) La discusión sobre sus componentes puede verse en C. MARTÍNEZ, 1992:51.

(103) En la regulación autonómica se destacan la reciente normativa catalana que incluye un listado de materias en los que se requiere extremar la protección (art. 3) y la del País Vasco, que habla de confeccionar una relación de productos y servicios «de primera necesidad, dándose este carácter a aquellos que por ser de consumo masivo o por ser esenciales para la población necesiten de más protección». Cf. C. MARTÍNEZ, 1992, 61s.

misma atribuida a una profesión, sino que podemos contar con un referente social más concreto: *servicios relacionados (y sólo en cuanto se relacionen) con la satisfacción de necesidades primarias*.

Por último, es preciso centrar esta protección sólo a aquellas actividades dentro de la profesión que estén en «relación directa» con la referida satisfacción de necesidades, y no exclusivamente a los «actos propios» de las profesiones. Por ello, la protección penal estaría limitada a aquellos *comportamientos que sean condición necesaria para satisfacer dichas necesidades primarias*.

Así, este conjunto de condiciones, como bien jurídico colectivo, está funcional (o teleológicamente) unido con la protección de bienes jurídicos individuales de los usuarios. En ese sentido, mediante la protección del proceso de satisfacción de necesidades, en el mercado de servicios, centrado en las condiciones de participación del usuario y de las condiciones necesarias para una adecuada satisfacción de necesidades siempre primarias (bien jurídico colectivo), se protege, como finalidad última (relación funcional), los bienes jurídicos individuales en los que la Constitución centra dicha protección. De ese modo parece poderse establecer una *protección material* frente a la *lesión del bien jurídico colectivo*.

Son éstos, a nuestro parecer, los lineamientos político-criminales y las consideraciones que deben tenerse en cuenta, en las situaciones de intrusismo, para afirmar el merecimiento de protección penal y justificar la existencia de un determinado precepto penal. En este sentido, el Proyecto de Código Penal de 1994 nos parece desafortunado, tanto por la ubicación sistemática, que se mantiene entre las falsedades, como por la introducción de la ampliación del tipo penal a «... el que ejerciere una profesión sin hallarse en posesión del título oficial que, acreditando la capacidad necesaria, habilite legalmente para ello». El Proyecto oscurece nuevamente la situación aclarada por la STC 25-3-1995, que parece desconocer y perpetúa la situación actual, en la que se desvía la atención del problema del intrusismo, manteniéndose como un problema entre el profesional y el intruso, y no entre el oferente del servicio y los usuarios. Con ello, la protección penal de los intereses profesionales se continúa justificando en consideración a los usuarios, en tanto éstos continúan en un segundo plano, situación ésta que el Proyecto debió haber corregido.

Finalmente quedaría pendiente desarrollar otro aspecto igualmente fundamental y quizá más complejo, como es el de la necesidad de que la protección sea de carácter penal. Son múltiples y muy variados los peligros y dificultades al respecto (Cf. González Rus, 1986, 31ss) (104), que no pueden resolverse exclusivamente con la

(104) Debe tenerse en cuenta, como afirma Mullerat [1992:2s], el desarrollo que se viene dando, fundamentalmente en el ámbito civil y administrativo, en estas materias, mediante un sistema normativo que acentúa la responsabilidad objetiva,

consideraciones político-criminales del bien jurídico, que nos hemos propuesto desarrollar.

En este sentido, sólo apuntar que la protección de los consumidores y usuarios está, en principio, desarrollada por otros ámbitos diversos del penal y aun en proceso de consolidación. Tal como afirma Martínez (1992, 58), los «procedimientos eficaces» a que se refiere la Constitución están ausentes formal y efectivamente en la regulación de la materia. Así las cosas, teniendo en cuenta las consecuencias que el uso del Derecho penal puede acarrear, pareciera recomendable obrar con prudencia desarrollando primero los demás controles, antes de promover, en el ámbito del intrusismo, la protección de los usuarios con la herramienta penal, para evitar la absurda situación, descrita por González Rus (1986, 35), en la que precisamente la protección penal, por su rigor, se vuelva en contra del usuario, al impedirle (por su inaplicabilidad) defender sus intereses.

ANEXO

Las importantes novedades, ocurridas en el proceso de publicación de este trabajo, que justifican la inclusión de este anexo son: por un lado, la Sentencia del Tribunal Constitución 111/1993 y por el otro, la sustitución del Proyecto del Código Penal de 1992 por el nuevo Proyecto de 1994.

La principal novedad la constituye la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo (105). La sentencia considera contraria a la Constitución la interpretación del artículo 321 del Código Penal, que viene haciendo un sector de la jurisprudencia, conforme a la cual se considera como delito de intrusismo el ejercicio, sin el correspondiente título, de actividades propias de los API.

Para el alto Tribunal, a esta conclusión se llega por dos vías. La primera, considera esta interpretación contraria al principio de legalidad (fundamento 7). La segunda, la considera contraria al principio de proporcionalidad (fundamento 9).

La primera vía, regida por una interpretación de carácter sistemático, ya había sido acotada en forma suficiente por un sector de la doctrina y la jurisprudencia (cf. Córdoba Roda, 1978, 1042ss) (106). El argumento fundamental, reiterado por la sentencia, es que, por «título oficial», al que hace referencia el artículo 321, sólo puede

inscribiéndose en las características de lo que se ha venido denominando como sociedades de riesgo (Cf. Herzog, 1991:303ss). En este sentido, nos manifestamos, junto a dicho autor, contrarios a un derecho penal de peligro.

(105) Con posterioridad el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, reiterando esta sentencia.

(106) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1969: 246ss, y LUZÓN PEÑA, 1989 y 1985: 691, 700s y nota 74. Ver *supra*, nota 11.

entenderse el «título académico». En este sentido, la STC no se destaca por lo novedoso de sus argumentos, sino que su importancia reside en el carácter de argumento de autoridad.

La segunda vía, regida por una interpretación de carácter teleológico, no había sido acotada enteramente por los diferentes planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia (lo que motiva la realización de este trabajo, centrado fundamentalmente en la determinación del bien jurídico protegido). En este sentido, la sentencia del Tribunal sí realiza aportaciones novedosas.

Para el Tribunal Constitucional, una interpretación orientada al «fin de la protección», impide considerar los comportamientos antes descritos como delito de intrusismo. El argumento básico es que: «Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el marco inmobiliario que no responda sino a *intereses privados o colegiales*, legítimos y respetables, pero *insuficientes* por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí apreciada. *Incurriendo*, así, en una *vulneración del principio de proporcionalidad* entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE)» (cursivas nuestras).

En lo que el artículo 321 se refiere, la Sentencia aclara definitivamente que no son los intereses profesionales y gremiales los que justifican la intervención penal, ni tampoco lo es la potestad del Estado en la ordenación y control del ejercicio de determinadas profesiones; sino que la intervención penal basada en la gravedad de los bienes jurídicos en juego, queda reservada «a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de máxima relevancia —vida, integridad corporal, libertad y seguridad, no sólo necesita para su ejercicio la realización de aquellos estudios que requieren la posesión de un título universitario *ad hoc* (107), sino que también merece la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiese suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos» (protección material). No se trata entonces de una lista indeterminada de intereses, sino que su protección está en función (relación teleológica), de la protección de bienes fundamentales de los usuarios. Obsérvese que la sentencia, a diferencia de las citas hechas anteriormente (108), sólo hace referencia a bienes jurídicos de los usuarios y entre éstos a aquellos que se corresponden claramente con los que hemos denominado como esenciales o fundamentales (cf. Bercovitz, 1987, 26ss).

(107) Es decir, la protección formal, mediante la exigencia del título, arriba cuestionada.

(108) «La salud, la cultura, la pública incolumidad, la administración de justicia, u otros equiparables» (STS 2-3-1974).

En definitiva, consideramos que la STC 111/1993, deja zanjada la discusión, tanto desde el punto de vista sistemático como del político criminal. En este último aspecto, consideramos que el TC viene a estimar que la protección penal debe estar referida a la protección de los usuarios (si bien no hace una expresa referencia en estos términos), protección que debe estar en relación (teleológica), con bienes jurídicos individuales de carácter fundamental para los mismos: vida, integridad corporal, libertad y seguridad. A los que nosotros hemos clasificado como bienes esenciales de los consumidores y usuarios y por ello merecedores de la máxima protección.

Esta sentencia debería pues producir efectos tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. No obstante, en este segundo aspecto no parece ser así. Y esto nos lleva a analizar el segundo de los cambios producidos: el Proyecto de Código Penal.

El proyecto de Código Penal de 1994, no parece adecuarse a la STC 111/1993.

El tipo penal base del proyectado artículo 380, consta de dos partes: una referida a los que ejercen sin el correspondiente «título académico» y otra a aquellos que ejercen sin «el título oficial que, acreditando la capacidad necesaria, habilite legalmente para ello».

La primera parte, se limita a aclarar lo ya aclarado. Cuando pareciera que lo adecuado sería desarrollar una tipificación más acorde con lo que queda claro, es el bien jurídico a protegido: los intereses de los usuarios.

La segunda parte, diferencia explícitamente entre «título académico» y «título oficial» y criminaliza, como intrusismo, las conductas que ejerzan profesiones que exijan cualquiera de éstos título. Con ello, el Proyecto introduce nuevamente confusión.

El TC en la comentada Sentencia 111/1993, afirma que «a la vista de esta doctrina (refiriéndose a la STC 122/1989), no sólo resulta avalada la distinción entre «título académico oficial» y «capacitación oficial» y la identificación de las profesiones tituladas con aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente «título» oficial, sino que dado el reconocimiento constitucional a la libre elección de profesión y oficio (art. 35 CE), se perfilan diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se pongan en juego», afirmando más adelante que se reserva la intervención penal a aquellas que requieran «título académico oficial» ... «En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad... quedarían respectivamente satisfechas..., mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial..., y con la mera imposición..., de una sanción administrativa.» Considerando en el caso de los API, que «ningún interés público esencial» se advierte en la exigencia de un título para

el ejercicio de esta profesión, por lo que su criminalización vulnera el principio de proporcionalidad inherente al del Estado social y democrático de Derecho.

El Proyecto, no sólo parece volver a oscurecer la clara diferencia establecida por el TC, en la que título oficial debe referirse siempre a título académico y el resto son «capacitación oficial», sino que criminaliza como intrusismo las conductas referidas a profesiones que sólo requieren «capacitación oficial» (en el proyecto «título oficial»), corriendo el riesgo de que con ello se pueda vulnerar el principio de proporcionalidad, un límite infranqueable incluso para el legislador (STC 50/1991).

Para terminar, sólo hacer mención, ya que se escapa del objeto de este trabajo, a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 74/1994, en la que se considera constitucional la condena con base en la falta del artículo 572, a quien ejerce la administración de inmuebles sin la correspondiente colegiación.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1992): *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas. Madrid.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (1983): «Del intrusismo», en «La Ley», 1983-2, pp. 541-546.
- BARBERO SANTOS, Marino (1973): «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», en *ADP*, pp. 487 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (1992): *Ambito de aplicación y derechos de los consumidores*, en AA.VV., ob. cit. Civitas, pp. 17 a 43.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1987): *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos. Madrid.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987): «Política Criminal e Injusto», en *Control social y Sistema penal*, PPU, Barcelona, pp. 159 a 180.
- 1987a: *Los bienes jurídicos colectivos*, en ob. cit., pp. 181 a 203.
- 1987b: *Los delitos de peligro*, en ob. cit., pp. 323 a 340.
- 1989: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3.ª edición, Ariel Derecho, Barcelona.
- 1991: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2.ª edición, Ariel Derecho, Barcelona.
- CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime M. (1991): «El delito de intrusismo y las actividades de mediación en el tráfico inmobiliario», en *RJC*, 1991-3, pp. 57 a 70.
- CEREZO MIR, José (1990): *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 3.ª ed., 3.ª reimpresión. Tecnos. Madrid.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás (1987): *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia.
- CÓRDOBA RODA, Juan (1978): *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ariel, Barcelona, pp. 1040 a 1061.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (1990): «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADP* (enero-abril), pp. 5 a 27.

- DEL ROSAL, Juan (1962): «Del intrusismo», en *ADP*, pp. 329-33.
- DÍAZ VALCARCEL, Luis M. (1964): *La revisión del Código penal y otras leyes penales*, Ediciones Nanta, S. A., Barcelona, pp. 118 a 129 y 326 a 328.
- ESCRIVÁ GREGORI, José M. (1976): «La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal», *Publicaciones del Seminario de Derecho Penal*, Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona.
- 1980: *Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución*, en *Papers* 13. Barcelona, pp. 141 a 165.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (1982): Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 octubre 1981), en «Crónicas extranjeras», *ADP*, pp. 705 a 718.
- 1986: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid.
- HASSEMER, Wimfried (1984): «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale», en *Dei delitti e delle pene*, n.º 1, pp. 104 y ss.
- HASSEMER, Wimfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1990): *Introducción al Derecho Penal y la Criminología*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- HERZOG, Félix (1991): «Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro)», en *Revista Nuevo Foro Penal*, n.º 53, Temis, Bogotá, pp. 303 a 312.
- HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán (1983): «Consideraciones en torno a la incriminación de conductas lesivas a la competencia», en *Revista Técnico Laboral*.
- 1991: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, PPU. Barcelona.
- FERRAJOLI, Luigi (1990): *Diritto e ragione*, Laterza, Roma.
- JUFRESA PATAU, Francesc y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal (1992): «Hacia una nueva formulación del delito de intrusismo», en *La Llei*, n.º 31, pp. 1 a 4.
- LASSO GALTE, Juan Francisco (1970): *Crónica de la Codificación Española*, n.º 5, vols. I y II, Codificación Penal, Ministerio de Justicia, Madrid.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1985): «Problemas del intrusismo en el Derecho Penal», en *ADP* (Sep. a dic.), pp. 669 a 701.
- 1989: «El título académico oficial en el delito de intrusismo», en *La Ley*, 1989-4, pp. 497 a 511.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (1990): «Derecho comunitario y protección de los consumidores», *Actualidad editorial*, 1992, *Comentario* al artículo 2.º de la LCU, en AAVV, op. cit., pp. 45 a 77.
- MEDINA, León y MARAÑÓN, Manuel (1941): *Leyes Penales de España*. Instituto editorial Reus. Madrid, pp. 207 a 209.
- MIR PUIG, Santiago (1990): *Derecho Penal. Parte general*, 3.ª edición, PPU, Barcelona.
- 1991: «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*», en *Estudios Penales y Criminológicos XIV*, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 203 a 215.
- 1991a: «Intrusismo profesional», en *Rev. La Llei*, 1991-2, pp. 397 a 441.
- MULLERAT, Ramón (1992): «La responsabilidad del prestador de servicios», en *La Ley*, n.º 75, pp. 1 a 6.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1975): *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona.
- 1990: *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª edición, Tirant lo Blanc, Derecho, Valencia.
- NAVARRO MUNUERA, Andrés (1992): *Protección de la salud y la seguridad*, en AAVV., ob. cit., pp. 79 a 93.

- PENETRO MUR, Modesto y PÉREZ DE LA OSSA RODRÍGUEZ, Javier, 1991. «Competencia y marco funcional de la abogacía», en *II Jornadas sobre intrusismo*, Alicante, 15 y 16 de noviembre (doc. mecanografiado).
- QUINTANO RIPOLLS, A. (1963): *Curso de Derecho Penal*, vol. II.
— 1946: *Comentarios al Código penal*, vol. II.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1991): *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1969): «El delito de intrusismo», en *RGLJ*, n.º 226 (de la colección), año CXVIII-2.ª época, t. LVIII, Reus, S. A, pp. 231 a 296.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador (1982): «Las faltas de intrusismo del artículo 572 del Código Penal», en *BIMJ*, n.º 1292, pp. 3 a 13.
— 1983: «El delito de intrusismo profesional», en *RJC*, n.º 1, pp. 37 a 78.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1988): «El intrusismo en la odontología», en *Actualidad penal*, 1988-1, n.º 21, pp. 1065 a 1074.
- SUAY RINCÓN, José (1989): *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia.
- TERUEL CARRALERO, Domingo (1968), en *N.E.J.*, t. XIII, pp. 529 a 533.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan (1981): «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 63, pp. 125 a 149.
- TORIO LÓPEZ, Angel, 1981. «Los delitos de peligro hipotético», en *ADP* (mayo-dic.), pp. 825 a 847.
- ZAFFARONI, Raúl (1981): *Tratado de Derecho Penal*, vol III, Ediar, Buenos Aires.

ABREVIATURAS

A	Aranzadi (referencia jurisprudencia).
@	Actualidad Penal (referencia jurisprudencia provincial).
AcP	Actualidad Penal (referencia jurisprudencia).
ADP	Anuario de Derecho Penal.
API	Agente de la Propiedad Inmobiliaria.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia de la CCE.

Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?

JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión.—II. Breves notas sobre el concurso de leyes entre delitos de peligro y delitos de lesión.—III. Los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro.—IV. Los llamados delitos de «riesgo en general» en el Código Penal. Análisis de las reglas concursales. A) Delitos contra la seguridad del tráfico. B) Delitos contra la salud pública y el medio ambiente. C) El delito de propagación maliciosa de enfermedades. D) Delitos contra la seguridad en el trabajo y otros delitos de riesgo.—V. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Al Derecho Penal no le debemos atribuir más protagonismo que el estrictamente necesario para asegurar la protección de los bienes jurídicos frente a los atentados más graves que puedan sufrir. Su misión no se reduce a sancionar con penas y medidas de seguridad las infracciones de las normas pertenecientes a otras ramas del Derecho, sino que, como mayoritariamente se afirma, es eminentemente protectora de los «bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana» (1). Pero no es ajeno a él, y cada día se afianza más en los pilares del orden jurídico-penal, el fenómeno de la inflación normativa, tan peculiar de otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, aunque deviene como justo resultado del estado irreflexivo, más bien «reactivo», dominante en el legislador moderno, utilizando el

(1) V. Hans Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. I (trad. de la tercera edición alemana de SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 9 y s.

sistema punitivo como un instrumento más para atajar cualquier fenomenología infractora (2). Para combatir esta exagerada amplitud del Derecho Penal se apela modernamente al *principio de intervención mínima*, que sirve de límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y representa la imposibilidad de extender la acción punitiva a conductas que cualitativa y cuantitativamente estén desprovistas de nocividad social que no pueda ser evitada o reparada adecuadamente por otro orden jurídico, a la vez que se convierte en diluyente de las normas penales incongruentes con la evolución social, o, por cualquier motivo, ineficaces (3).

El legislador español, permeable a la idea de que la abstención del Derecho penal favorece el bienestar social cuando otros órdenes jurídicos otorgan a los bienes sociales e individuales una tutela eficaz y menos gravosa que la que pueda ofrecer aquél, parece decantarse en los tiempos modernos por la necesaria vigencia del

(2) V. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, «El P. Pereda y las reformas penales», *Amario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP), 1983, p. 217. Advierte esta tendencia sancionadora MIR PUIG, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la Reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero), II, 1987, p. 246, observando además el mencionado autor, en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 126, que «precisamente, en la nueva concepción social del Estado son mucho más numerosas las posibilidades de intervención positivas, distintas a la sola prohibición bajo sanción —técnica característica del Estado liberal clásico!». Sobre el origen de la concepción del Derecho Penal como subsidiario o sancionador v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 61-63.

(3) «El que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual... El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social», ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 150 y s. V. también MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 71-79; MANFRED MAIWALD, «Zur fragmentarischen Charakter des Strafrechts», *Festschrift für Reinhart Maurach*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 9-23. Predomina no obstante cierta confusión respecto del contenido o autonomía del principio de intervención mínima, en relación con el carácter accesorio, fragmentario, secundario o de última *ratio* del Derecho Penal, cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 64 y s., para quien el carácter secundario y fragmentario del Derecho Penal se deriva del principio de intervención mínima. En el mismo sentido JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 36; CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, *Derecho Penal, Parte General*, Colex, Madrid, 1990, p. 84, identifica el principio de mínima intervención con el de «última *ratio*». Por su parte, JUAN A. MARTOS NÚÑEZ, «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP*, 1987, p. 101, entiende sin embargo que el principio de intervención mínima se integra por el respeto al carácter «fragmentario», por su consideración como «última *ratio*» y por la naturaleza «accesoria» del Derecho Penal.

principio de intervención mínima (4). Se advierte no obstante, la tendencia a intensificar la acción punitiva, agravando las penas o extendiéndose a nuevos sectores para proteger intereses ajenos, hasta ahora, a la órbita penal; en especial, lo comprobamos viendo cómo en estas últimas décadas van ganando presencia en nuestro Código Penal intereses que afectan sobre todo a la colectividad, como pueden ser la salud pública, el medio ambiente o la seguridad en el trabajo. La sociedad moderna se enfrenta a problemas distintos; el desarrollo científico y tecnológico, matriz del bienestar social, promueve a la vez nuevas y ricas fuentes de riesgo para la comunidad. En definitiva, la efectiva protección de bienes como la vida o la integridad de las personas parece que no se consigue hoy sin una adecuada protección de los intereses colectivos (5).

(4) El Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, comienza así: «entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden». Buena prueba de ello fue la importante despenalización en el ámbito de la imprudencia, v. CARLOS M. ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal», *ADPCP*, 1990, pp. 443-495; sin embargo, no hay que desconocer que se crean nuevos tipos penales, como el impago de prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial en los procesos matrimoniales (art. 487 bis), los delitos de peligro del art. 348 bis b), la conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 340 bis d), a la vez que se agravan, por ejemplo, algunos comportamientos contra la libertad sexual (art. 429). Por ello, con razón MUÑOZ CONDE, en relación con la introducción de estos nuevos delitos de peligro advierte «la moderna tendencia a “funcionalizar” el Derecho Penal», en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 64.

(5) GIOVANNI FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en la obra colectiva *Diritto Penale in trasformazione*, Dott. A. GIUFFRÉ, Milano, 1985, p. 168, entiende que «con toda probabilidad resulta más conforme a la Weltanschauung constitucional concebir los bienes colectivos como bienes de naturaleza “instrumental”, cuya finalidad está por siempre a la realización de concretos intereses de los individuos singulares. Bien entendido, que no quiere decir que los bienes superindividuales, en cuanto instrumentales, deban recibir una tutela ya en línea de principio menos intensa respecto a los bienes individuales. Esto resulta particularmente evidente porque los bienes colectivos, como la salud, que no pueden ser concebidos como separados de los singulares individuos: en este sentido la tutela de la salud o de la propia incolumidad pública no se resuelve en la tutela de bienes completamente autónomos, mas se concreta una tutela “anticipada” de la vida y de la integridad de los singulares». V. también GUGLIELMO MARCONI, «La tutela degli interessi collettivi in ambito penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1979, p. 1053; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos», *Control Social y Sistema Penal*, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU), 1987, p. 199; WINFRIED HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 107.

Otra cosa es que esa protección deba encomendársele y en qué grado al Derecho Penal.

Es lo acontecido en la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, pie de la modernización de nuestro Código Penal vigente. Se introduce al Derecho Penal en nuevos ámbitos, pues estadísticamente es demostrable que determinadas actividades de considerable riesgo, pese a estar debidamente reglamentadas, terminan por lesionar bienes jurídicos individuales en un buen número de ocasiones (6). Con ello, se intercala a la sociedad en el dualismo tradicional Estado-individuo, con intereses propios que alcanzan su significado en cuanto sus portadores y demandantes no son los individuos singulares que la componen, sino la colectividad misma, como unidad funcional que mediatamente pretende preservar los bienes individuales. De igual forma, en el *Proyecto* de Código Penal de 1994 el prelegislador vislumbra, además de los hasta ahora existentes, nuevos intereses dignos de la sanción penal, pues crea un Título bajo la rúbrica «delitos contra la seguridad colectiva», que agrupa comportamientos cuya base común es la peligrosidad que engendra el desarrollo de distintas actividades sociales (7), así como también a los delitos societarios (8), a la vez que plausiblemente adopta el principio de castigar excepcionalmente las conductas culposas, incriminándolas singularmente, cosa tan intensamente reclamada por la doctrina (9).

(6) Se introducen en la Reforma de 1983 los fraudes alimentarios (art. 346.1) o el delito contra el medio ambiente (art. 347 bis), por ejemplo.

(7) Este título agrupa a los delitos de riesgo catastrófico —delitos relativos a la energía nuclear y otros, arts. 321 a 329—, delitos de incendios —arts. 330 a 335—, delitos contra la salud pública —arts. 336 a 356—, delitos contra la seguridad del tráfico —arts. 307 a 316—. Los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente —arts. 305 a 311— los incluye el legislador fuera de los delitos de riesgo. Parece implantar como nuevo bien jurídico la seguridad colectiva —si hacemos caso a que las rúbricas expresan el bien jurídico protegido, como lo quiere entender el legislador de la reforma de 1989, manifestándolo expresamente en el Preámbulo—. Ahora bien, la seguridad, tan dada a utilizarse en nuestro Código Penal (delitos contra la libertad y seguridad, delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, delitos contra la seguridad en el trabajo, delitos contra la seguridad del tráfico) es en estos casos una expresión vacía prácticamente de contenido si no se conecta con los bienes jurídicos de los que son portadores los individuos integrantes de la colectividad, pues para comprobar los atentados contra la seguridad colectiva necesariamente debe averiguarse la peligrosidad que entrañan para bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad personal. Por tanto, la completa comprensión de ese bien jurídico de la seguridad colectiva se realiza acudiendo inevitablemente a los bienes jurídicos individuales. También así, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 265.

(8) Arts. 293 a 298 del Anteproyecto.

(9) V. por todos JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 407 y s.

En definitiva, la tendencia legislativa parece estancarse por un lado, no agravando la responsabilidad por los atentados directos contra los bienes jurídicos individuales, sino al contrario, intentando atenuarla, pero, por otro, queda patente el ánimo del legislador de intervenir para configurar nuevos intereses colectivos como objeto de la tutela penal. El posible entrecruzamiento o confusión entre esos bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos individuales, en particular, en los supuestos de verificación del peligro (elemento típico de los delitos que protegen los bienes colectivos) en un resultado dañoso, nos permite plantearnos cuál debe ser la actuación del Derecho Penal, es decir, si debemos castigar diferenciadamente tanto el riesgo realizado como el resultado producido, teniendo en cuenta cuál es la naturaleza de estos bienes jurídicos colectivos, afirmando o negando su autonomía o su valor instrumental en relación con los bienes jurídicos individuales. En definitiva, se trata de resolver si una conducta que integra un delito de peligro y que desencadena además la realización de un delito de lesión, debemos valorarla jurídico-penalmente con arreglo tanto a la norma de peligro como a la norma de lesión sin infringir el principio *non bis in idem*, es decir, ¿estamos ante un concurso de delitos, por cuanto los bienes jurídicos afectados son (aparentemente) diferentes, o ante un concurso (aparente) de leyes? Lo hacemos tomando como referencia el Derecho positivo, en concreto examinando los denominados «delitos de riesgo en general», apuntando previamente unas breves notas sobre el concurso de leyes entre delitos de peligro y delitos de lesión.

II. BREVES NOTAS SOBRE EL CONCURSO DE LEYES ENTRE LOS DELITOS DE PELIGRO Y LOS DELITOS DE LESIÓN

Sobre el concurso de leyes descansa una gran problemática, siendo objeto de un largo debate doctrinal que abarca tanto a la propia denominación de este instituto jurídico como a sus presupuestos y efectos (10). En opinión de KLUG, sin embargo, sobre el concepto

(10) MANFRED BURGSTALLER, «Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht», *Juristische Blätter*, 15-16, 1978, p. 393, apunta alguna de las causas que han propiciado una gran inseguridad en el ámbito del concurso de leyes en el Derecho penal austriaco, entre ellas, la falta de un pronunciamiento legal sobre los principios que deben solucionar tal concurso, aunque, opina que ello no es descuido u omisión del legislador, porque las cuestiones concursales deben quedar cedidas a la jurisprudencia y a la doctrina.

Nuestros Códigos penales hasta fechas muy recientes no se han ocupado del concurso de leyes. En el Código Penal de 1944 se introduce el vigente art. 68, que establece el principio de gravedad o mayor rango punitivo (otros lo denominan de alternatividad), aunque su ámbito de aplicación no es tan amplio como parece des-

básico del concurso de normas domina una amplia unidad: «habrá concurso de leyes si sobre una acción y desde el sentido literal de las leyes pueden encontrar aplicación al menos dos tipos penales, siendo que sólo uno de ellos resulta aplicable» (11). Supone pues el concurso de leyes la posible aplicación a un mismo hecho de al menos dos preceptos penales, de los que sólo uno resulta aplicable y los restantes quedan desplazados por entrar en juego unos principios interpretativos: especialidad, subsidiariedad, consunción, gravedad, etc. El fundamento se encuentra en la evitación de castigar dos veces el mismo hecho por dos o más normas, o sea, para no violar el principio *non bis in idem*, cuando una sola de las concurrentes es suficiente por sí misma para aprehender el desvalor total de la conducta (12).

prenderse de su tenor literal —generalmente se le suele anteponer la aplicación de otros principios concursales—. El Proyecto de Código Penal de 1994, como lo hacían ya el Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 15) y la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal de 1983 (art. 12), recoge en su art. 8 unas reglas para resolver el concurso de leyes. Sin embargo, en el mismo sentido en que se expresa MIR PUIG, «Observaciones a los Títulos Preliminar Primero del Proyecto de Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, Madrid, 1980, p. 45, respecto del art. 15 del PCP de 1980, la enumeración de estos principios no resuelve nada por el hecho de que se positivicen, pues vienen siendo utilizados por doctrina y jurisprudencia desde antiguo. No determina cuál es el contenido de cada principio, o lo que es lo mismo, qué preceptos son especiales o complejos en relación con otros, o sobre si tales principios pueden interferirse entre sí, o cuál es el orden de prelación entre ellos (salvo el de gravedad que opera en defecto de todos ellos). Cfr., sin embargo, ANTONIO CUERDA RIEZU, «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código Penal de 1992», en *Política Criminal y Reforma Penal* (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal), Edersa, Madrid, 1993, pp. 313 y s. Pero además, estas reglas se desvirtúan, como apunta RODRÍGUEZ DEVESSA, «Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta», *ADPCP*, p. 344, porque en numerosos artículos del Anteproyecto se especifican normas concretas para solucionar los casos de concursos que puedan plantearse (entre otros, art. 168.2, coacciones; art. 221.3, abandono de niños; art. 273.2 y 2, informática; art. 280 *in fine*, alteración de precios; art. 290 *in fine*, seguridad de los trabajadores; art. 360, seguridad del tráfico).

(11) ULRICH KLUG, «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (ZStW) 68, 1956, p. 399.

(12) En ese sentido, FERRANDO MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*, Modena, 1966, pp. 71 y s., y nota 103; FEDERICO PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 45, refiriéndolo al principio de consunción; MANUEL COBO DEL ROSAL/Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 134; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 305; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1990, p. 736.

La expresión «concurso de leyes» no es unívoca en la doctrina para designar los casos a que nos venimos refiriendo, hablándose indiferentemente de concurso «aparente», «formal», «impropio», «ideal aparente», o en vez de concurso de «colisión» de normas penales o de «conflicto» de normas (13). Se plantean también problemas de sistemática, es decir, a qué parte de la Teoría del Derecho Penal pertenece el concurso de leyes, si se inserta dentro de la interpretación y aplicación de las leyes, o en la unidad y pluralidad de acciones, o en las fuentes, o en la medición de la pena, etc. (14). Respecto de los principios de solución del concurso de leyes, se debate en torno a si es válido un solo principio —generalmente se alude al de especialidad—, o si son necesarios varios (15). Polémico resulta igualmente el asunto de si la norma desplazada puede desplegar en alguna circunstancia efectos, en los supuestos en que, resuelto el concurso de leyes, la norma preferente no puede aplicarse —Wiederaufleben— (16).

Un problema fundamental del concurso aparente de leyes penales estriba en su diferenciación del concurso ideal de delitos, pues aunque en ambos es básica la apreciación de un único hecho, en este último se realizan y se aplican conjuntamente los varios tipos penales concurrentes. El concurso ideal de delitos tiene lugar pues en los casos en que una misma acción da lugar a que varios preceptos penales se apliquen a la vez porque ninguno de ellos por separado llega a absorber completamente el desvalor total de la acción, apreciándose dos o más delitos (17). Parece pues decisiva la distinción unidad de

(13) V. al respecto PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, cit., pp. 35 y s.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*, cit., pp. 12 y s. y 20.

(14) V. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, cit., p. 995; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. El delito "sui generis"», *ADPCP*, 1979, pp. 47 y s.; ANGEL JOSÉ SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, Universidad de Valladolid, 1986, p. 119; PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, cit., p. 40; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 8; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal (PG)*, cit., p. 133.

(15) V. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 10.^a ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1985, p. 132; ULRICH KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, cit., p. 400; BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, cit., p. 394; RUDOLF SCHMITT, «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», *ZStW*, 75, 1963, p. 52; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., pp. 598-611; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal (PG)*, cit., p. 134, entienden que el concurso de leyes se resuelve básicamente a través del principio de especialidad y otras reglas concursales derivadas de éste, que son la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad.

(16) V. BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, cit., p. 464, y el reciente estudio de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, *El concurso de leyes, el error y la participación en el delito*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 54-77.

(17) V. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pp. 304 y s.

acción-pluralidad de acciones (18), aunque sólo nos excluirá la procedencia o no, según se estime una u otra, de aplicar las reglas del concurso real de delitos (19), pues como hemos dicho, aunque se delimite y se concluya ante un supuesto concreto que existe unidad de hecho, ello no nos conduce directamente ni al concurso ideal de delitos ni al concurso de leyes, sino que más bien es presupuesto de ambos, y donde habrá que dar entrada a nuevos criterios de distinción (se alude por ejemplo a que se atente contra diferentes bienes jurídicos, que resolvería una parte de los supuestos, ya que el concurso ideal también se da respecto de acciones contra bienes jurídicos de la misma naturaleza —concurso ideal homogéneo—, pudiendo suceder también en el concurso de leyes).

Para ir centrándonos un poco más, respecto al ámbito del concurso de leyes a los fines de este trabajo, no se está ante aquél únicamente en los casos en que cualquiera de las normas concurrentes es por sí sola suficiente para absorber el desvalor total de la conducta, sino también en aquellos otros en que sólo una de ellas lo es, pudiendo ser subsumido el hecho en las restantes sólo parcialmente, como ocurre en los delitos de peligro en relación con los de lesión (20). Y tampoco será necesario siempre que se trate de lesiones al mismo bien jurídico (el delito de coacción del art. 496 del CP queda absorbido por el delito de violación o el de robo con violencia o intimidación en las personas —bienes jurídicos distintos: libertad y libertad sexual, por una parte, y patrimonio por otra, respectivamente—). Esto sucede justamente con los delitos de peligro respecto de los delitos de lesión, que absorben el peligro si los bienes jurídicos de ambos tipos penales son idénticos, o uno es instrumental del otro —como a continuación veremos—, pues se concibe que el resultado desvalora el previo peligro necesario para su ocasionamiento, no siendo obstáculo que las normas concurrentes de peligro y de lesión estén encuadradas sistemáticamente en distinto lugar.

(18) Así JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., p. 995. De otra opinión CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos», *ADPCP*, 1979, pp. 50 y 64, quien considera que no será lo decisivo la determinación de la unidad o pluralidad de acciones para considerar cuándo estamos ante un concurso de leyes, sino cuántos han sido los tipos penales realizados, pues aquella distinción no suele abarcar los casos pertenecientes al concurso de leyes.

(19) Así TOMÁS S. VIVES ANTÓN, *La estructura de la Teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, 1981, p. 16.

(20) V. JESCHECK, «Die Konkurrenz», *ZStW*, 1955, p. 535; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, «Los delitos de peligro», *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 335; JOSÉ ORTEGO COSTALES, «Bien jurídico: lesión y peligro», *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 434. Ello siempre que el delito de peligro y el de lesión se refieran al mismo bien jurídico se muestran a favor de un concurso de leyes, pues el peligro pasa siempre por ser necesario para la posterior lesión.

Por otra parte, el peligro generado imprudentemente, por lo común, queda consumido también en el delito imprudente de resultado material, pues el dato de la inobservancia del cuidado objetivamente debido es el objeto del desvalor de la acción, que junto con el desvalor del resultado, integra el delito imprudente (21), siempre que la acción peligrosa haya tenido como destinatarios a los mismos sujetos que sufren la lesión, aunque, de no haberse verificado la misma, la conducta peligrosa podría ser constitutiva del delito de peligro correspondiente. Además, el dolo de lesión absorbe también al dolo de peligro (22), cuando para realizar un delito de lesión haya sido escogida una conducta peligrosa constitutiva por sí sola de delito (por ejemplo, el farmacéutico que queriendo matar a una familia despacha a uno de sus miembros medicamentos en mal estado —art. 343 del CP—, idóneos para sus fines, y que sabe que van a ser ingeridos por el resto), y con independencia de que se produzca o no el resultado de muerte para todos los que estaban abarcados por el dolo de matar, no reviviendo el delito de peligro para aquellos a los que no se les ha conseguido lesionar, sino la tentativa de delito de lesión.

III. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y LOS DELITOS DE PELIGRO

Al lado de los delitos de lesión creados para proteger los bienes jurídicos individuales o colectivos, se establecen también delitos de peligro, en referencia directa o indirecta a los bienes individuales (vida o integridad), precisamente conectados con las diversas fuentes de riesgo, como el tráfico motorizado, la elaboración y despacho de medicamentos, las actividades laborales, la elaboración y manipulación de sustancias peligrosas, etc. (23). No parece admisible que cada actividad social se reglamente según el oportuno criterio del legislador, sin atender a la ontología de aquélla y a otras valoraciones provenientes de la existencia de unos bienes personales a los que se dispensa una protección jurídica y a los que se pueden irrogar, en muchos casos, serios perjuicios. Eso implica que deba delimitarse el campo de esa actividad y adaptarlo a un modelo de desarrollo o funcionamiento en el que estén contemplados los intereses mayoritarios de la sociedad.

(21) V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal (PG)*, cit., pp. 441-443.

(22) Así lo estima ECKARD HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, O. Schmidt, Köln, 1973, p. 204. También así RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, cit., pp. 49 y s.

(23) Por ejemplo, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, 2.^a ed., Trivium, Madrid, 1987, incluye en los delitos contra la vida y la integridad psíquica y corporal los delitos de peligro (tráfico, salud pública, medio ambiente, tenencia de armas y explosivos).

Los bienes jurídicos colectivos aparecen modernamente referidos a determinadas actividades sociales, pero no quedan totalmente desvinculados de los intereses de los individuos (24). La protección de estos bienes jurídicos colectivos, también calificados comúnmente de *difusos* (25), constituye un plus de garantía para aquellos bienes individuales de entidad considerable que están sometidos a un mayor riesgo de lesión, y que motiva la intervención del Derecho Penal en áreas de las que eventualmente podrían surgir daños, adelantando entonces las barreras de la punibilidad, cumpliendo más eficazmente su función eminentemente preventiva (26). Tal protección se instrumenta con la creación de delitos de peligro, que se limitan al castigo de conductas que exceden del riesgo permitido —reglamentado generalmente—, sin requerir la materialización de un resultado lesivo para los bienes jurídicos. La intensidad de la protección admite aún grados, según el peligro se constituya como un elemento integrante del tipo penal o se presuma *iuris et de iure*, es decir, como delitos de peligro *concreto* o de peligro *abstracto*, respectivamente (27). El incremento de las fuentes de peligro para determinados bienes jurí-

(24) En este sentido señala BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., pp. 201 y s., que una reordenación de los bienes jurídicos viene a constatar la relación de complementación, teleológica, en que están estos bienes jurídicos colectivos respecto de los que constituyen sus bases y condiciones.

(25) HASSEMER, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina Penal*, 1989, p. 279, aprecia que la tendencia del Derecho Penal moderno es la de criminalizar delitos de víctimas difusas, como la economía, el medio ambiente o el abuso de drogas. Por su parte MARCONI, *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, cit., p. 1060, aunque la doctrina utiliza indistintamente las expresiones bienes colectivos o bienes difusos, los diferencia atendiendo a la organización estable o no de los portadores de esos intereses o bienes.

(26) Así entiende DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, «Conducción temeraria: concurso de normas con delitos imprudentes» (Comentario a la sentencia del TS 28-5-1973), *Derecho Penal de la circulación*, PPU, 2.ª ed., Barcelona, 1990, p. 230, que los delitos de peligro se crean para cubrir una laguna de punición que se produce porque el delito imprudente exige para su castigo la producción de un resultado, constituyendo un estadio previo que pierde su independencia sin embargo cuando aboca en la producción del resultado que ex ante aparecía como probable. También así RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, cit., p. 50.

(27) Sobre ello existe una amplia literatura, v. entre otros HORST SCHRÖDER, «Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht», *ZStW*, 81, 1969; WILHELM GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», *Festschrift für Ernst Heinitz*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, cit.; URS KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, VITTORIO KLOSTERMANN, Frankfurt, 1989; MARINO BARBERO SANTOS, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *ADPCP*, 1973; JOSÉ MARÍA ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976; ÁNGEL TORIO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», *ADPCP*, 1981; EVA GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991; CRISTINA MÉN-

dicos, debido a los avances de la técnica que permiten realizar actividades más complejas a la vez que más peligrosas, y ante la dificultad de concretar muchas veces en qué casos determinadas conductas resultan de modo concreto peligrosas, se recurre, a veces hasta el abuso, a los delitos de peligro abstracto (28). Así, el hecho de que se tipifiquen como delitos la infracción de las normas de seguridad e higiene o la conducción temeraria, poniendo en concreto peligro la vida o la integridad, no responde a que la seguridad en el trabajo o del tráfico encierren en sí un valor innegociable, sino que, de no protegerse la vida o la integridad de las personas no tendrían sentido, quedarían sin contenido penal, constituyendo valores funcionales de lo cotidiano, de mera ordenación de la convivencia y al amparo del Derecho laboral o administrativo (29). En definitiva, los delitos de peligro son inherentes a la naturaleza complementaria e instrumental de los bienes jurídicos colectivos (30) y ceden —con carácter general— en cuanto se rebasa el límite de la peligrosidad para transformarse en lesividad. En estos casos, cuando además del peligro sobreviene el daño previsible y probable para bienes jurídicos, pueden adoptarse diferentes técnicas legislativas:

a) Configurar los delitos de peligro como delitos cualificados por el resultado (31).

b) Configurar una cláusula especial para castigar más gravemente por el delito de lesión en los casos en que éste sea imputable a título de culpa (32).

DEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

(28) V. HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, cit., p. 279; BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., p. 198, critican la utilización sobre todo de los delitos de peligro abstracto para configurar la protección de los bienes jurídicos colectivos. En nuestro Código Penal hay algunos delitos de peligro abstracto, como el del art. 340 bis a), 1.º o el art. 343, entre otros.

(29) Cfr. GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, pp. 739-741.

(30) Cfr., sin embargo, CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pp. 159 y s. Para esta autora, «la estructuración de los tipos de peligro en relación a los bienes jurídicos colectivos no tiene por qué basarse ni tomar como objetivo a los bienes jurídicos individuales», postulando, con base en esto, abandonar la técnica del peligro abstracto para dotar de mayor contenido a los tipos, y proponiendo la utilización de técnicas intermedias entre el delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto (pp. 167 y ss.).

(31) Así el actual art. 348 CP.

(32) Esta es la opción por la que se definía el Proyecto de Código Penal de 1980 en los casos en que se producía un delito de lesiones habiéndose infringido las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

c) Crear el tipo doloso de lesión valorando la infracción de otras normas de cuidado (33).

d) Castigar separadamente el delito de peligro y el delito de lesión, al entenderse que ninguno de los dos absorbe el injusto total del hecho (34). Estaríamos aquí ante un concurso ideal de delitos, puesto que han sido ofendidos diferentes bienes jurídicos y ninguno de los preceptos desplaza al otro (35).

e) Castigar la realización del peligro concreto o abstracto y el resultado consecuencia del mismo a través de un único delito, el de resultado, en el que queda embebido el peligro, si se constata que los bienes jurídicos afectados están en relación de identidad o complementariedad, y los sujetos afectados por el peligro son los que ulteriormente resultan lesionados. Aquí se estaría ante un concurso de leyes, resuelto por el principio de consunción, y corregido, en su caso, por el principio de alternatividad.

Veamos a continuación por qué fórmulas se ha decantado nuestro Código Penal.

IV. LOS LLAMADOS «DELITOS DE RIESGO EN GENERAL» EN EL CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS DE LAS REGLAS CONCURSALES

El Capítulo II del Título V del Libro Segundo del Código Penal lleva por rúbrica «de los delitos de riesgo en general», y comprende desde el art. 340 bis a) hasta el art. 348 bis b) (36). La naturaleza

(33) Parece reflejarse tal criterio en el art. 427 del Código Penal.

(34) Así suele manifestarse la mayoría de la doctrina. Para BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1988, p. 311, «la efectiva lesión de los bienes jurídicos individuales que integran los referidos intereses colectivos dará lugar, salvo alguna excepción referida legalmente, al correspondiente concurso de delitos, lo que pone de manifiesto que dichos bienes colectivos se configuran sustancialmente *distintos* de los individuales que pudieran verse afectados», entendiéndose que se trata de bienes jurídicos diferentes, y propugnando un concurso ideal de delitos. V. en igual sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 453. Manifiestan, sin embargo, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA/ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, Parte Especial, 16 ed., Dykinson, Madrid, 1993, p. 1101, la subsidiariedad de los delitos (de peligro) contra la salud pública en relación con los preceptos que protegen la vida y la salud. Como se verá más adelante la presencia del concurso de leyes en este tipo de delitos es considerable, pues no todas las reglas concursales conducen al concurso de delitos.

(35) V. LUIS GRACIA MARTÍN, en *Diez Ripollés/Gracia Martín. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 100.

(36) Crítica MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 450, esta expresión legal «delitos de riesgo en general» porque no aglomera a todos los delitos de peligro

de estas figuras delictivas es la de delitos de peligro, por cuanto no exigen la efectiva producción de un resultado material para que quede configurado el comportamiento típico, sino que basta con constatar el peligro unas veces —peligro concreto— o presumirlo otras —peligro abstracto—. Las secciones del Capítulo II se refieren a los bienes jurídicos protegidos de naturaleza colectiva: seguridad del tráfico, salud pública y medio ambiente, seguridad en el trabajo y otras conductas de peligro que afectan a la seguridad. En algunos casos estos grupos de delitos de peligro vienen acompañados de una regla concursal que trata de resolver los supuestos en que deviene además un ulterior resultado lesivo; así el art. 340 bis c) para los delitos contra la seguridad del tráfico; el art. 348 para los delitos contra la salud pública en los casos de resultado mortal, y por último, el inciso final del art. 348 bis, referido al delito de propagación maliciosa de enfermedades. Quedan pues figuras delictivas de peligro como la conducción «suicida» (art. 340 bis d), y otras contra la seguridad en el trabajo y colectiva (arts. 348 bis a y b), que no están sujetas a cláusulas concursales particulares; en estos casos, la interpretación sistemática no nos conduce a ningún criterio uniforme puesto que los resultados de la misma no parecen coincidir. Por ello a continuación pasamos a examinar cada una de estas reglas concursales para los delitos que las tienen, y averiguar las posibles soluciones para los que no.

A) Delitos contra la seguridad del tráfico

Como es sabido, los delitos contra la seguridad del tráfico (37) se incluyen en nuestro Código Penal mediante la Ley 3/1967 —sus trayéndoles el cuestionado carácter de especialidad que poseía el Derecho penal del tráfico— (38), pues con anterioridad figuraban en las leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962, la primera de ellas convirtiendo lo que hasta entonces eran ilícitos administrativos en infracciones penales, como delitos de peligro, en razón a que el vehículo de motor se convertía en un potente factor de riesgo para lesionar bienes jurídicos ya protegidos, así como para atajar el notable incremento de las infracciones de circulación y con base en

que se regulan en nuestro Código, sino sólo los que afectan a la generalidad de las personas. Por ello le parece más apropiado hablar de delitos de peligro general o común.

(37) Se estima mayoritariamente como bien jurídico protegido. V. por todos BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, cit., pp. 312 y s.

(38) Ello dio lugar a una polémica, v. sobre este particular CEREZO MIR, «Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico», *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, 1982, pp. 275-283.

que el ataque a la seguridad colectiva reclamaba una sanción proporcionada a su gravedad (39). Sin desconocer que pese a esta prevención muchas veces el peligro desembocaba en resultados lesivos, el párrafo 5.º del antiguo art. 340 bis a) establecía una regla específica para resolver los problemas concursales entre el delito de peligro y el de lesión, consistente en aplicar únicamente el precepto infringido que tuviera mayor pena señalada (40). Esta regla concursal se ha transferido al vigente art. 340 bis c) del Código Penal, que dispone en su primer párrafo: «cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». Por consiguiente, este precepto, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe (ahora sin discusión) a las conductas descritas en los artículos 340

(39) Así lo expresaba el Preámbulo de la Ley de 9 de mayo de 1950.

(40) La jurisprudencia entendía en estos casos que se estaba ante un concurso de normas. En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1971 se expresa este criterio al decir que «si la infracción peligrosa deriva de un delito de lesión, se dará, entre ambas conductas, una relación de subsidiariedad, sistema que sigue el Código vigente, que en el art. 340 bis a, párrafo penúltimo, que, en puridad, es una aplicación específica de la general cláusula de alternatividad y mayor rango punitivo que proclame el art. 68 del Código penal, para resolver el concurso de normas recaentes sobre un mismo ente delictivo, lo cual quiere decir que el delito de peligro sólo recobrará su virtualidad sancionadora cuando esté más gravemente penado que el culposo que dio origen». Es criticable, sin embargo, la alusión al principio de alternatividad, pues éste no es válido para resolver el caso en que las normas concurrentes aisladamente no absorben completamente el desvalor total del hecho, lo que ocurre con el delito de peligro, no siendo aplicable por tanto el art. 68 del Código penal, puesto que no estamos ante un hecho que pueda ser calificado con arreglo a dos o más preceptos (sólo el de lesión está en condiciones), no hay identidad en los preceptos sobre el objeto que regulan, v. a este respecto ÁNGEL J. SANZ MORÁN, «Alternatividad de leyes penales», en *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 671. Sobre la interpretación del párrafo 5.º del art. 340 bis hubo una gran polémica, v. JUAN DEL ROSAL, «Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación», *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, 1968, t. 27, p. 25, se inclina por el principio de consunción. Algunos autores, sin embargo, entendían que la aplicación del penúltimo párrafo del art. 340 bis a) no se extendía a todas las conductas delictivas incluidas en él, en concreto a la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1973, p. 929; CEREZO MIR, «El versari in re illicita y el párrafo tercero del art. 340 bis a del Código Penal español», *ADPCP*, 1970, p. 289. V. también sobre esta problemática COBO DEL ROSAL, «Significación general del penúltimo párrafo del art. 340 bis n) del Código Penal para los “delitos contra la seguridad del tráfico”», en la obra colectiva *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, 1975, pp. 56-77. Sobre la tendencia jurisprudencial v. ESCRIVÁ GREGORI, «Acercas del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal del penúltimo párrafo del mismo» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1973), *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, Barcelona, 1974, pp. 198-201.

bis a) y 340 bis b) (41) impide la aplicación conjunta del tipo de peligro y del de lesión, siendo preferente el que tenga pena más grave señalada, conclusión propia de apreciar un concurso de leyes, con solución en el principio de gravedad, desterrando, en consecuencia, las posibilidades de aplicar un concurso ideal de delitos, evitándose las consecuencias a que llevaría la aplicación de éste en la determinación de la pena. El fundamento puede ser diverso: bien entendiendo que se han realizado los tipos de peligro y de lesión, pero por razones político-criminales de prevención sólo debe castigarse el hecho por el delito que tenga pena más grave, para no elevar demasiado la punibilidad que cabría imponer si se estimara el concurso de delitos, o bien entender que el peligro ha quedado suplantado por el delito de lesión cuando éste tiene fijada mayor pena, que suele ser lo usual (42). En realidad, si concebimos a estos delitos de peligro como un instrumento más para la protección mediata de los bienes jurídicos individuales (43) no es de extrañar que se institucionalice el concurso de leyes entre el delito de peligro y el de lesión, sin perder de vista la penalidad resultante (44). Es paradójico, sin embargo, que si el principio general es que el delito de lesión absorbe al delito de peligro, cuando aquél tiene menor pena que éste, como señala Cuerda Riezu, requiere un fundamento teórico el hecho de que se pueda castigar de la misma manera la conducta peligrosa sin resultado lesivo que la conducta peligrosa con resultado lesi-

(41) Esto es, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas (art. 340 bis a) 1.º; la conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (art. 340 bis a) 2.º y la alteración de la seguridad del tráfico mediante colocación en la vía de obstáculos o el no restablecimiento de la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo (art. 340 bis b). No resulta aplicable esta regla concursal al delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, previsto en el art. 340 bis d).

(42) El Tribunal Supremo en varias sentencias estableció el criterio de que el peligro quedaba integrado en el delito de lesión, v. la nota 36; v. además ESCRIVÁ GREGORI, *Acerca del art. 340 bis a*), cit., pp. 199 y s.

(43) Así lo entiende CEREZO MIR, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, cit., p. 277, «la protección de la seguridad del tráfico está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes. No es un bien jurídico esencialmente diferente... La protección de estas leyes carece de sentido, sin embargo, si no está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes».

(44) Así BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 322; Por su parte, LUZÓN PEÑA, «Conducción con influencia de bebidas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente» (Comentario a la STS 25-10-1988, A. 8097), *Poder Judicial*, núm. 21, 1991, p. 138, opina que la cláusula del art. 340 bis c) plantea un supuesto de concurso de leyes, a resolver por el principio de alternatividad o mayor sanción, y no es superflua en relación con el art. 68, pues de no existir éste estaríamos ante un concurso ideal entre el delito de peligro y el delito de lesión.

vo (45). Quizá un indicio de la respuesta pueda hallarse en la circunstancia de que en tales casos la diferencia entre el peligro concreto creado para la vida o la integridad de las personas y la leve lesión producida resulte prácticamente exigua, además de que son hipótesis de imposible realización (46).

Con la Reforma del Código Penal de 1989 se introduce un nuevo delito contra la seguridad del tráfico, recogido en el art. 340 bis d): la conducción temeraria *con consciente desprecio por la vida de los demás*, como delito de peligro en la doble modalidad de concreto y abstracto (47). Por su ubicación sistemática no le es aplicable la regla concursal del art. 340 bis c), aun cuando el legislador tuvo la oportunidad de anteponerlo a él, por lo que podría parecer que en este delito debe llegarse a conclusiones distintas a las del concurso de leyes (48). Presupuesto de esta modalidad delictiva es la conducción temeraria a que se refiere el núm. 2 del art. 340 bis a). A este presupuesto objetivo le añade el nuevo precepto para configurar el tipo penal que comentamos uno subjetivo: consciente desprecio por la vida de los demás, al que mayoritariamente identifica la doctrina con la presencia de dolo eventual respecto del resultado lesivo, lo que en principio denota contradicción con la naturaleza peligrosa de este delito, pues una acción ejecutada con dolo eventual respecto de un determinado resultado lesivo para la vida o la integridad de las personas conduce indudablemente a la admisión del correspondiente delito doloso de homicidio o de lesiones, en cualquier grado de ejecución (49).

(45) ANTONIO CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 233.

(46) Hay que tener en cuenta, por una parte, que los delitos imprudentes tienen como penas la de prisión menor y la de privación del permiso de conducción (art. 565), y por otra, que el resultado de falta dolosa producido imprudentemente no se castiga (cfr. art. 586 bis), mientras que las penas de los arts. 340 bis a) y 340 bis b) son las de arresto mayor o multa.

(47) Art. 340 bis d): «será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2 del art. 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del art. 48 de este Código».

(48) Cosa poco explicable por otra parte, pues el art. 340 bis d) es un tipo cualificado del delito básico de conducción temeraria del art. 340 bis b), el cual sí está sujeto a la regla concursal del art. 340 bis c), pero no obstante debe respetarse el principio de legalidad.

(49) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 464 y s. El legislador no ha querido reconducir estas conductas a la tentativa o frustración del delito de homi-

Es claro que estas conductas homicidas o suicidas integrantes del delito del art. 340 bis d) atacan primariamente a un bien jurídico, la seguridad del tráfico, poniendo, o no, en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Si además acaece la lesión para éstas se produce una situación concursal entre el delito de peligro concreto y el de lesión. Aquí se ve con nitidez espléndida la intrínseca relación existente entre el delito de peligro y el delito de lesión. Quien se introduce en la autopista circulando en sentido contrario al reglamentado y no apartándose del carril por el que circula viniendo un coche de frente y produciendo la muerte de una persona, tal individuo ha conducido de forma temeraria, poniendo en concreto peligro la vida de los demás, con consciente desprecio por la vida de los demás y lesionando la vida de los demás. No podemos concluir que cabe la subsunción de este hecho en el núm. 2 del art. 340 bis a), en el art. 340 bis d) y en el art. 407, aplicando un concurso de delitos (50). La progresión delictiva significa en este caso que el sujeto quiere conducir temerariamente aceptando como probable y consintiendo la lesión de la vida y además consiguiéndolo. La actividad final del sujeto se encaminaba hacia la lesión, mediante la realización de una conducta típica dolosa de peligro (que tiene por objeto un comportamiento imprudente), no siendo posible, por infringir el principio *non bis in idem*, sancionar por conducir con dolo eventual sobre el

cidio o de lesiones, ni tampoco subsumirlas en el delito de conducción temeraria del núm. 2 del art. 340 bis a). Así, se declara en el Preámbulo de la Ley de Reforma del Código Penal de 1989 que esta figura delictiva constituye un «tipo intermedio entre el delito de riesgo y la tentativa». Pese a la introducción de este delito en 1989, algunos autores se habían pronunciado antes acerca de la innecesariedad de crear tal delito de peligro por ofrecer nuestro Derecho Penal instrumentos válidos para el castigo de estas conductas, a través de los delitos de lesión, v. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», *La Ley*, 1988-1, p. 976; LUZÓN PEÑA, «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?», *Derecho Penal de la circulación*, PPU, 2.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 237-244. Por otra parte, la Circular núm. 2/1990 de la Fiscalía General del Estado establece el criterio de que el art. 340 bis d) es aplicable en los casos de «conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a crear un peligro para la vida de terceros, pero confiando en eludir tal resultado», es decir, en los supuestos de culpa consciente sobre el resultado lesivo, mientras que de concurrir dolo eventual aprecia un homicidio consumado o en grado de tentativa, según se haya producido o no el resultado de muerte.

(50) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 467, aun decantándose por un concurso de leyes para estas situaciones, sin embargo considera que el art. 340 bis d) no queda absorbido totalmente por el homicidio consumado o frustrado, debiéndose imponer además, según él pero sin fundamentarlo, las penas de multa y privación del permiso de conducir. Esto, sin embargo, no es muy congruente con la afirmación previa de apreciar el concurso de leyes, sino más bien de con la de un concurso de delitos, e implicaría la aplicación de una pena que no se encuentra prevista en la ley para castigar tales conductas.

resultado de lesión por una parte, y sancionar, por otra, el resultado efectivamente producido (51).

B) Delitos contra la salud pública y el medio ambiente

1. Es en el campo de la salud pública, y en el del tráfico automovilístico, donde se producen con mayor asiduidad resultados lesivos para bienes tan fundamentales como la vida o la integridad. La salud pública se enmarca dentro de los denominados intereses o bienes jurídicos colectivos o difusos, y que según el parecer doctrinal mayoritario ha adquirido sustantividad propia en el Derecho Penal moderno, aunque no se haya desprendido todavía de su carácter complementario e instrumental para preservar la salud individual, lo que en modo alguno llega siquiera a comprometer su autonomía (52). Esto parece confirmarse en nuestro Código Penal (53) al tomar como rúbrica la sección segunda del Capítulo II del Título V del Libro II «delitos contra la salud pública y el medio ambiente», que comprende el número más elevado de los delitos de peligro común (54); delitos, tanto de peligro abstracto como de peligro concreto (55).

(51) Si conduciendo temerariamente y con consciente desprecio por la vida de los demás no se ha puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (párrafo segundo del art. 340 bis d), es decir, existe un peligro abstracto de lesión, difícilmente pueden presentarse en esta modalidad los problemas concursales. Antes de entrar en vigor el art. 340 bis d) proponía hábilmente SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones dogmáticas y de política criminal sobre el fenómeno de la conducción suicida*, cit., p. 974, la posibilidad de castigar al menos como tentativa de delito de peligro a quien se introduce en la autopista con dolo eventual de lesionar, pues aún no habiéndose puesto en peligro concreto la vida o la integridad de las personas como requiere el art. 340 bis a), núm. 2, sin embargo sí había dado comienzo la ejecución del delito de peligro. Después de la introducción del art. 340 bis d) parece que este tipo de conductas encontraría acomodo en el párrafo segundo del precepto mencionado que prevé un delito de peligro abstracto.

(52) V. FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Praxis, Barcelona, 1991, pp. 43-54.

(53) No sólo se refieren a la salud pública los ordenamientos penales y administrativos, sino también la Constitución española en los arts. 43 y 45, lo que para algunos autores fundamenta automáticamente, por encontrarse constitucionalizada la salud pública, un bien jurídico a proteger penalmente, v. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 163.

(54) Declaran delictivas los arts. 341 a 348 bis conductas como la elaboración y expendición de sustancias nocivas a la salud (arts. 341-342), despacho de medicamentos deteriorados o sin cumplir con las formalidades reglamentarias, el tráfico ilegal de drogas, los fraudes alimentarios, la propagación maliciosa de enfermedades, además de las inhumaciones ilegales que la doctrina suele incluir, aunque sistemáticamente se encuentren en otra sección.

(55) Dentro de ellos se configuran como delitos de peligro abstracto los arts. 341, 342, 343, 344 y sus derivados, 345, 347 y 348 bis.

El art. 348 del Código Penal se ocupa de los casos en que la ejecución de un delito de peligro contra la salud pública deriva en un resultado de muerte: «siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos». No pretendemos aquí tratar todas las interesantes cuestiones que plantea este artículo, como la naturaleza de delito cualificado por el resultado y los problemas que plantea para el principio de culpabilidad, el ámbito sistemático de aplicación, la causalidad necesaria entre la acción de peligro y el resultado de muerte, y muchos otros, de los que suficientemente se ha ocupado la doctrina (56), para centrarnos únicamente, aunque los anteriores tengan importancia en la solución de éste, en el problema concursal.

Este precepto ha venido entendiéndose en la doctrina como sancionador de un delito cualificado por el resultado (57), aunque algo desnaturalizado puesto que la base de éste la constituye siempre una conducta inicial dolosa mientras que la del art. 348 puede configurarse como imprudente (58). La doctrina mayoritaria viene restringiendo el marco de aplicación del art. 348 a los casos en que el resultado mortal es imputable a título de culpa, cuando se ha realizado dolosamente el delito de peligro (59), siendo consciente por lo demás que el art. 348 no resuelve sino parcialmente los problemas concursales que pueden palantearse: únicamente aquellos en que el

(56) V. por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Barcelona, 1966; JUAN CÓRDOBA RODA, «La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública», en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 673-679; CEREZO MIR, «Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983», *La Ley*, 1988; RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1º», *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, 1985, pp. 35-51; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, «Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3.º del Proyecto de Código Penal español de 1980», I, *ADPCP*, 1982 y II, *ADPCP*, 1983; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, «Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *ADPCP*, 1989.

(57) V. BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit. p. 338.

(58) La jurisprudencia, sin embargo, en estos casos no ha aplicado el art. 348 por la dureza punitiva resultante, apreciando tan sólo el correspondiente delito imprudente. V. el comentario a la STS de 22 de abril de 1987 de CORCOY BIDASOLO, *Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, cit., pp. 332 y ss.

(59) Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 287; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 481 y s. La jurisprudencia, sin embargo, ha considerado aplicable el art. 348 a supuestos de dolo eventual sobre el resultado mortal, además de en la STS de 4 de marzo de 1985, en el Fundamento Jurídico núm. 18 de la reciente STS de 23 de abril de 1992, sobre el denominado «caso del envenenamiento masivo con el aceite de colza».

delito de peligro realizado contra la salud pública desencadena la producción del resultado mortal, siendo insuficiente para los casos en que se produce más de una muerte (60) o un resultado diferente. En opinión de Boix Reig, el art. 348 constituye una modalidad específica de concurso de delitos, aunque no se pronuncia sobre qué clase de concurso de delitos y qué delitos son los que concurren (61). Sin embargo, es lo cierto que cuando se aplica el art. 348 se aprecia un delito contra la salud pública únicamente (técnicamente no se ha cometido un «homicidio»), que debe reseñar el Juez o Tribunal en sus sentencias; cierto que la pena es idéntica a la del delito de homicidio doloso e incluye además la pena pecuniaria correspondiente al delito contra la salud cometido, pero la extensión dada al art. 348 —que sólo se refiere a los supuestos en que se ha producido una sola muerte, y no si concurren varias, o si el resultado de muerte es calificable con pena superior (62), o si el delito de peligro se comete por imprudencia dando origen al resultado de muerte—, induce a pensar que la opción del legislador es la de reforzar la prevención general en los casos en que se comete un delito contra la salud pública que desemboca en resultado de muerte, dando preferencia al delito de peligro elevando la pena privativa de libertad, pero sin que se pierdan las penas pecuniarias. Conforme con esto, es para decantarse más bien por entender el art. 348 como una fórmula propia del concurso de leyes, pues en vez de elegir el homicidio como delito de lesión —y en su caso haber agravado el delito de homicidio si se produce como consecuencia de un delito contra la salud pública—, se decanta por el delito contra la salud pública, le da preferencia, porque sólo este delito es el aplicable, aunque la pena sea más grave, cosa que tampoco es extraña al concurso de leyes.

Sin embargo, no cabe quedarse en los parámetros más cómodos del art. 348, ya que también es apreciable, bajo la perspectiva de éste, el supuesto en que se realiza dolosamente el delito de peligro y con dolo eventual respecto del resultado de muerte. En estos casos, queda desplazada la aplicación del art. 348 si el hecho pudiera resultar castigado con pena más grave aplicando un concurso (ideal) entre el delito de peligro y el delito de lesión. Entonces daría lugar a un concurso de leyes entre el art. 348, por un lado, y el concurso ideal mencionado por otro, operando preferentemente para la solución del mismo no con el principio de especialidad, sino con el de alternatividad (63).

(60) V. CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 679.

(61) *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 390.

(62) Así CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 678.

(63) V. CEREZO MIR, *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, cit., p. 1018. Esta parece ser además la tesis defendida en la STS de

Pero presupuesto también para la aplicación del art. 348 es que se haya realizado el delito de peligro, y éste no se realiza si el peligro se ha extendido únicamente para la persona que resulta posteriormente muerta, sino que el peligro debe verificarse para una generalidad (64), y de no ser así podríamos acudir sin reparos directamente ante el delito doloso o culposo de homicidio. El concurso de delitos aparecerá cuando se produzcan varios resultados de muerte, donde una cualifica el art. 348 y las otras concurren con éste. En los casos en que el resultado sea de lesiones no será aplicable el art. 348, y entrará en concurso de leyes o de delitos, según el delito de peligro hubiera abarcado o no a todas las personas que resultaron lesionadas (65).

2. La protección del medio ambiente se convirtió también en tarea del legislador penal en la Reforma de 1983, introduciendo el denominado «delito ecológico» en el art. 347 bis, dando así satisfacción al mandato del art. 43 de nuestra Constitución, aunque tal precepto se ocupa únicamente de sancionar el incumplimiento de las leyes administrativas ordenadoras del medio ambiente (66). Se discute todavía hoy si el medio ambiente tiene o no entidad suficiente para constituir por sí un bien jurídico autónomo, y, derivado de ello, en qué forma deben intervenir las normas penales, debido al carácter difuso del objeto material del delito haciendo difícil que el Derecho Penal alcance objetivos eficaces en este terreno, pues el art. 347 bis se construye como un delito de peligro concreto (67). Está sujeto al

19 de septiembre de 1990, respecto de otro delito cualificado por el resultado, el aborto del art. 411, último párrafo.

(64) Cfr. CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 674. También JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 121 y s.

(65) Cfr., sin embargo, CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 678.

(66) El art. 43 en su apartado tercero dispone que «para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado». Parece, de la redacción dada a este precepto, que las sanciones penales deben ser en todo caso primarias, dejando en lugar secundario las administrativas, cfr. ENRIQUE BACIGALUPO, «Delitos económicos y contra el medio ambiente», *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1991, p. 200; RODRÍGUEZ RAMOS, «Delitos contra el medio ambiente», *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, p. 833.

(67) Se han vertido muchas críticas respecto de la utilización de tal técnica legislativa especialmente como inadecuada, pues resulta difícil precisar cuándo un atentado contra el medio ambiente pone en concreto peligro la vida de las personas, e insuficiente, pues si no se pone en peligro concreto inmediatamente, aunque sí con el transcurso del tiempo, quedarían muchas conductas fuera del tipo. Por ello se postula la creación de un delito de peligro abstracto para castigar este tipo de atenta-

delito cualificado por el resultado del art. 348, analizado anteriormente, y por tanto sin necesidad de reproducir aquí las consideraciones hechas; únicamente dejar apuntado que, dada la configuración típica de este delito y el carácter difuso del medio ambiente, se pueden presentar numerosos concursos de leyes y no sólo entre preceptos penales (68).

C) Propagación maliciosa de enfermedades

Pese a que la mayoría de la doctrina considera que el delito de propagación maliciosa de enfermedad contagiosa recogido en el art. 348 bis atenta también contra la salud pública (69) y es delito de peligro (70), realizamos sin embargo un tratamiento particular de los problemas concursales que puede plantear el mismo por dos motivos: porque se encuentra fuera del ámbito de aplicación del art. 348 del Código Penal (71), que extiende su aplicación a los delitos anteriores, y el que analizamos está sistemáticamente colocado a continuación, y porque el propio art. 348 bis parece ofrecernos una regla concursal propia. Dice este artículo: «el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con

dos contra el medio ambiente, v. RODRÍGUEZ RAMOS, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 837; en igual sentido BACIGALUPO, *Delitos económicos y contra el medio ambiente*, cit., p. 206.

(68) Sobre la problemática concursal en general de este precepto véase RODRÍGUEZ RAMOS, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 841-843.

(69) V. SAINZ CANTERO, «El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 176-177, Madrid, 1967, pp. 33 y 35. Sin embargo, la estructura típica de este delito apunta una difícil aplicación práctica, sobre todo por la exigencia de dolo directo, deducido de la expresión «maliciosamente» utilizada en el tipo, v. BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit. p. 379; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 1098; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286.

(70) SAINZ CANTERO, *El delito de propugnación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, cit., pp. 35 y s., considera que se trata de un delito de peligro abstracto puesto que «el hecho de la propagación presume *ius et de iure* la probabilidad de un perjuicio para el bien jurídico tutelado y por ello, no solamente no requiere, sino que excluye toda posibilidad de estimación judicial en el caso concreto sobre la realidad del riesgo. En el mismo sentido, ROMEO CASABONA, «El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos», *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, 1991, p. 52. Lo estiman de peligro concreto para la salud pública BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 382; JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 2.ª ed. corregida y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1992, p. 507.

(71) La Ley de 24 de abril de 1958 introdujo el art. 348 bis en el Código Penal, a la vez que modificaba también el art. 348, siendo inexplicable la no inclusión dentro del ámbito de éste, así QUERALT, cit., p. 516.

la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior en grado, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituye delito más grave».

Aceptando que se trata de un delito contra la salud pública, un bien jurídico colectivo, los ataques a éste pueden afectar también a otros bienes jurídicos individuales por efectivizarse en alguna de las lesiones ya tipificadas, o incluso en la propia muerte, si bien teniendo en cuenta que, la acción de propagar, para que pueda subsumirse en el tipo del art. 348 bis, debe dirigirse hacia la colectividad en general y ser idónea para transmitir la enfermedad contagiosa, con independencia de que la transmisión se produzca o no, pues la finalidad del delito no se dirige al castigo de la transmisión de una enfermedad contagiosa realizada por una persona a otra persona determinada (72). Si esto fuera así nos encontraríamos directamente ante el delito correspondiente de lesiones o de homicidio. Si no, cabría plantearse el concurso de delitos o de leyes entre el art. 348 bis y el resultado lesivo producido, que es lo que analizamos a continuación.

La doctrina interpreta de forma diversa la cláusula concursal del art. 348 bis. Mientras para unos autores es una cláusula superflua, puesto que reitera lo que con carácter general establece el art. 68 del Código Penal (73), para otros constituye un concurso ideal de delitos al interpretar la expresión *sin perjuicio de* utilizada en el tipo, lo que explicaría además el hecho de que el art. 348 se restringiera a los delitos anteriores y no a todo el Capítulo (74), mientras que para otros sin embargo supone un concurso de leyes, pues el delito de lesión —aunque el art. 348 bis no dice que sea un ulterior resultado lesivo— absorbe la propagación maliciosa de enfermedades, que se convertiría en un medio comisivo (75). Podría encontrarse la razón

(72) SAINZ CANTERO califica a la propagación maliciosa del art. 348 bis como un delito pluriobjetivo. Además entiende que este tipo penal requiere de un resultado material para su consumación, es decir, que alguien se haya contagiado, aunque no basta sólo con este menoscabo de la salud, sino que es necesario que constituya a la vez un peligro de contagio para un número indeterminado de personas, en *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, cit., pp. 39 y s. y 45. En el mismo sentido parecen aceptarlo BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483. En contra BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 380, entiende que el tipo exige propagar enfermedad transmisible y no en transmitir una enfermedad; en el mismo sentido ROMEO CASABONA, *El sida en las prisiones*, cit., p. 52.

(73) Así ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», *IV Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, p. 385.

(74) Así RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 1092.

(75) Así QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 385; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286; QUERALT, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 507; BOIX REIG, *Derecho*

de estas divergencias en la interpretación de la regla concursal del art. 348 bis, como consecuencia derivada de la propia interpretación del tipo penal, pues para unos —los que aceptan el concurso ideal— el tipo penal no exige ningún resultado lesivo de contagio de la enfermedad, mientras para otros —los que aceptan un concurso de leyes— la realización del tipo depende de ello (76).

Tal y como está redactado el art. 348 bis, que reduce enormemente las posibilidades prácticas de su aplicación, de interpretar su inciso final como apertura al concurso ideal, quedaría también éste circunscrito únicamente a los supuestos en que el resultado lesivo constituyera un delito más grave, no comprendiendo los demás casos (la pena fuera igual o inferior a la del art. 348 bis), lo que sería incongruente (77). Pues en estos casos, el resultado ulterior más grave sólo quedaría reducido al delito doloso de homicidio (art. 407) que señala una pena de reclusión menor, o a los delitos de lesiones previstos en los arts. 418 y 419, que señalan penas de reclusión menor y prisión mayor respectivamente, e incluso si se aprecia el tipo agravado del art. 348 bis, sólo sería posible el concurso ideal de este delito con el homicidio y las lesiones del art. 418 (78).

Los autores que consideran el concurso de leyes entre el delito de propagación de enfermedad contagiosa y el resultado lesivo producido lo resuelven con arreglo al principio de consunción (79), de alternatividad o mayor rango punitivo (80) con el de subsidiariedad (81). En sentido distinto, aun admitiendo el concurso de normas,

Penal (PE), cit., p. 382, aunque para este autor con distinto ámbito, que apuntaremos más adelante.

(76) Cfr. sin embargo BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 382.

(77) Esta es la crítica de QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 385, además de que la doble incriminación supondría la quiebra del principio *non bis in idem*. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483 y s.; ROMEO CASABONA, *El sida en las prisiones*, cit., p. 64, nota (12). El concurso ideal de delitos no se puede hacer dependiente para supuestos en que los tipos concurrentes tengan una determinada relación de penalidad, sino de la efectiva realización de los distintos tipos sin que se encuentren en una relación de subsidiariedad, especialidad o consunción.

(78) Quedarían fuera del concurso ideal las lesiones del art. 420 que tienen señalada la pena de prisión menor, y si se aprecia el tipo agravado del art. 348 bis, quedarían excluidos también resultados tales como, por ejemplo, quedar impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable o haber sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido (art. 421, que señala la pena de prisión menor en sus grados medio a máximo). Quedarían fuera todos los delitos culposos de lesiones y homicidio, y si lo que se trata es de castigar el homicidio doloso, entonces es medio comisivo y absorbe a la propagación.

(79) Así MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286.

(80) QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 385.

(81) QUERALT, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 516.

para Boix Reig el delito de propagación maliciosa de enfermedades es un delito de peligro concreto, siendo la cláusula concursal del art. 348 bis conectable únicamente, en concurso de normas, con cualquier otro delito contra la salud pública y de peligro concreto (82), pues —según él—, dado que para la realización del tipo no es necesario el contagio de la enfermedad, no son dos hechos distintos los que entran en concurso —la propagación y el resultado lesivo consecuencia de la misma—, sino es el propio hecho de la propagación —dice el art. 348 bis sin perjuicio de castigar el *hecho*— el que puede ser calificado con arreglo a varios preceptos penales, decantándose la cláusula concursal comentada por el que tenga mayor penalidad en relación con las otras normas (aparentemente) concurrentes (83). De esta forma opina que «caso que se produzca este resultado lesivo, *no será de aplicación el último inciso del art. 348 bis, sino las reglas generales de carácter concursal* para relacionar el delito de peligro con el resto de delitos contra la salud pública y el concreto delito regulador del subsiguiente resultado lesivo, si éste se produce» (84). Tal remisión a las reglas generales que disciplinan el concurso pueden conducirnos de nuevo a fundamentar el concurso de leyes, aunque no basado, como expresa el mencionado autor, en la cláusula final del art. 348 bis. Así, pueden darse los siguientes supuestos:

a) Si se parte de que estamos ante un delito de peligro concreto, y si los sujetos que han sido puestos en peligro concreto mediante la acción de propagación son los que ulteriormente sufren el resultado lesivo, el peligro concreto ha perdido sustantividad en la progresión causal delictiva al convertirse en resultados concretos de lesión (85).

b) Si entendemos, por el contrario, que el delito de propagación de enfermedades es de peligro abstracto, y siendo necesario como requieren algunos autores (86) el contagio efectivo de la enfermedad para la realización del tipo —lo cual choca al calificar el delito de peligro abstracto—, la anterior solución nos es válida también aquí, la del concurso de leyes, si la enfermedad transmitida es subsumible

(82) En efecto, podría entrar en juego aquí el art. 346, por ejemplo. Tendría entonces razón QUINTANO en que la cláusula del art. 348 bis es en cierto modo superflua puesto que es identificable con el art. 68.

(83) *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 382.

(84) *Ibidem*.

(85) Es difícil imaginar que a consecuencia de la acción de propagación de la enfermedad se pueda atribuir a título de imprudencia la causación de los resultados lesivos, pues la transmisión de la enfermedad debe realizarse de forma maliciosa, lo que lleva aparejado el conocimiento sobre las posibilidades de que la enfermedad que quiere propagar produzca determinadas lesiones o la propia muerte, y por tanto imputables como mínimo a título de dolo eventual.

(86) V. nota 66.

en los delitos de homicidio o lesiones (87), pues el art. 348 bis castiga conductas peligrosas, no lesivas.

c) Si la propagación de la enfermedad se hace con el propósito de que afecte a un determinado número de personas, tornándose así en un medio comisivo de otro delito, no habrá sino un concurso ideal de delitos, pero únicamente entre los delitos de lesión.

d) Si se tiene dolo directo para causar la propagación de enfermedades y dolo de lesionar o causar la muerte a determinadas personas, sólo se dará concurso ideal entre los diversos resultados, aunque algunos no se hayan verificado, que concurrirían entonces también como delitos de lesión pero en grado de tentativa.

e) Únicamente cabría concurso ideal cuando se propagare la enfermedad y produjera en unos lesiones y en otros no.

D) Delitos contra la seguridad en el trabajo y otros delitos de riesgo

1. Los delitos contra la seguridad en el trabajo —en realidad esa es la rúbrica de la sección, porque sólo existe un delito— plasman el interés que afecta a un determinado círculo de personas, los trabajadores, que realizan habitualmente actividades que comportan cierto riesgo para su integridad, y al que el Derecho brinda además una tutela de naturaleza penal (88). El art. 348 bis a) constituye un delito de peligro concreto, pues además de la infracción grave de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo debe producirse un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. La *ratio* de este precepto se encuentra en necesidades de prevención de los daños que se producen frecuentemente por la inobservancia de las normas reglamentarias que disciplinan las diversas actividades laborales. La «inseguridad» en el trabajo constituye la causa de muchos accidentes laborales, pero no produce otro mal que el incremento del riesgo de lesión para la vida o la integridad física, en definitiva, para los bienes jurídicos individuales de los trabajadores, no tan difíciles de distinguir del interés subjetivo de los trabajadores

(87) Tal como señala ROMEO CASABONA, *El sida en las prisiones*, cit., p. 53, después de la Reforma en 1989 de los delitos de lesiones quedan solventadas las dificultades técnicas que presentaban estos delitos con anterioridad para subsumir en ellos la transmisión de una enfermedad.

(88) La sección tercera del Capítulo II del Título V, que lleva por rúbrica «delitos contra la seguridad del trabajo», se integra de un único precepto, el art. 348 bis a), que dice: «los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en concreto peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

en realizar su trabajo en un medio y con las condiciones adecuadas. El incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en sí mismo considerado no tiene ningún sentido desde el punto de vista jurídico-penal, si no se conecta con las consecuencias que puede acarrear para otros bienes jurídicos. Por tanto, no se protege la seguridad en el trabajo porque sea algo intrínsecamente extraordinario, sino justamente porque proporciona, dado su carácter instrumental, mayor seguridad a otros bienes jurídicos (89). Parte de esa protección se ha encomendado al Derecho Penal, pero no debiera identificarse esto con otorgar más grave sanción ante determinadas infracciones laborales. El Derecho Penal, como se ha dicho, está necesariamente para algo más.

Los problemas concursales que surgen entre el delito de peligro del art. 348 bis a) y el correspondiente de lesión, teniendo en cuenta que parece configurarse a la seguridad del trabajo como bien jurídico autónomo (90) y dado que dicho precepto no nos proporciona regla concursal alguna, supone inequívocamente para algunos siempre un concurso ideal de delitos (91).

En primer lugar, cabe matizar y no olvidar sin embargo que, cuando las lesiones producidas se correspondan con las descritas en los arts. 420 y 421, resultará inaplicable el art. 348 bis a), siendo preferente el delito de lesión previsto en el art. 427, en el que queda embebido el delito de peligro, pues éste va referido a la causación con dolo eventual (92) de lesiones a los trabajadores por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene (93), por lo que una parte de los supuestos posibles ya está resuelta expresamente en el Código Penal. Cabe únicamente preguntarse cuál es la

(89) De otra opinión LUIS ARROYO ZAPATERO, «Delitos contra la seguridad en el trabajo», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2, Edersa, 1985, p. 847.79.

(90) V. ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 847.

(91) Así ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 860; BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 388; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 470; QUERALT, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 465. De otro lado, RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 380, parece favorable a un concurso de normas.

(92) Así ARROYO ZAPATERO, *Los delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit.

(93) Art. 427: «Las penas señaladas en los artículos 420 y 421, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene y de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores». Nótese que no agrava las penas por el hecho de haber producido las lesiones infringiendo las normas de seguridad e higiene, es decir, por haber atentado también contra la seguridad en el trabajo, sino que impone las mismas que la del delito doloso de lesiones. En definitiva, da igual que las lesiones se cometan infringiendo las normas de seguridad e higiene en el trabajo, pues la pena es idéntica en ambos casos. Por ello la doctrina se pronuncia a favor de la derogación de este artículo.

solución a los supuestos en que el resultado es constitutivo de homicidio imprudente, pues si son lesiones imprudentes, se realiza de acuerdo con el art. 565 en relación con el art. 427, mientras que si el resultado imprudente es de escasa entidad sería impune, de acuerdo con el art. 586 bis. Pues bien, Zugaldía Espinar (94), siguiendo el ejemplo de un empresario que obliga a cinco trabajadores a realizar conductas peligrosas (restauración de la fachada de un edificio) sin facilitarles los medios (cinturones de seguridad) para que esa actividad se desempeñe de acuerdo con las normas de seguridad e higiene en el trabajo, sucediendo que uno de los trabajadores resbala del andamio y cae al suelo, produciéndose la muerte, estima que el delito de lesión (homicidio de los arts. 407 y 565) no consume al de peligro (art. 348 bis a), pues la acción ha lesionado dos bienes jurídicos distintos: la seguridad del trabajo y la vida, y castigar en este supuesto al empresario sólo por un delito de homicidio dejaría sin valorar el dato de que cuatro trabajadores, aunque no murieron, fueron también puestos en peligro de forma penalmente relevante, por lo que debe apreciarse un concurso ideal de delitos (95). Qué duda cabe de que la lesión a la vida sólo ha alcanzado a uno de los trabajadores, con causa en el riesgo al que fue sometido, y que el resto de los trabajadores sólo padecieron el peligro propio y típico de realizar su trabajo de forma insegura, circunstancia integrante del art. 348 bis a). Creemos que es esa la solución correcta, puesto que hay dos destinatarios de la acción peligrosa afectados desigualmente: el trabajador muerto y el resto de los trabajadores a los que se les ha puesto en peligro concreto sus vidas. Sin embargo, no llegaríamos a la misma solución si los cinco trabajadores hubieran muerto todos, o sólo el que posteriormente resulta muerto fuera el único sometido a peligro concreto para su vida, porque en tales casos el peligro al que fueron sometidos ya es absorbido por el resultado de muerte, y justamente este elemento es el que sirve de base para la imputación del delito culposo de homicidio; el propio peligro concreto en su desarrollo se transforma en lesión del propio bien jurídico que ya se había puesto en peligro: la vida (96).

(94) *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 309.

(95) *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 310.

(96) El delito del art. 348 bis a) no opera cuando el peligro concreto para la vida o la integridad que lo caracteriza se transforma en lesión, respecto a los sujetos que previamente estuvieron sometidos a aquél, aunque nadie quite el que se haya producido tal peligro. Tampoco opera el delito de peligro cuando infringiéndose de forma grave tales reglamentos sólo pone en peligro concreto la vida de un individuo y es éste el que muere, pues no operará para el resto de los trabajadores que no fueron puestos en peligro concreto por haberse infringido. Esa barrera preventiva o punitiva para el delito de peligro se ha rebasado y la posterior, el delito de lesión, ya absorbe el desvalor de aquélla.

2. La Reforma de 1989 creó una nueva sección, en el Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «de otros delitos de riesgo», cuyo único artículo, el 348 bis b), tipifica conductas referidas al manejo de sustancias peligrosas y a la infracción de normas de seguridad relativas a la construcción (97). Nos encontramos nuevamente aquí ante dos delitos de peligro concreto, por lo que no es necesario reproducir lo mencionado más arriba, en que la acción peligrosa ha desencadenado un resultado lesivo, pues carece de regla concursal específica que resuelva estos supuestos que venimos tratando (98). La teleología de estos preceptos es esencialmente preventiva, al gran costo de extender la acción punitiva a nuevos campos, aunque añadiendo también mayor protección a otros bienes. En definitiva, debemos mantener el concurso de leyes entre estos delitos de peligro y el subsiguiente de lesión en términos idénticos a los expresados para las figuras delictivas anteriores.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, sucintamente puede decirse que existe un paralelismo entre los bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos individuales, por una parte, entre los delitos de peligro común y los delitos de lesión, por otra, y, finalmente, entre el concurso de delitos y el concurso de leyes. Los bienes colectivos se instrumentan en relación con los bienes individuales, pues su protección penal representa un obstáculo mayor para que determinadas conductas peligrosas deriven fácilmente en lesión de los bienes individuales. El peligro común cede al transformarse en lesiones concretas de los bienes individuales, pues aquél constituye el germen de éstas, perdiendo su autonomía. El concurso de delitos no opera en los casos en que el peligro y la lesión constituyen dos fases de una misma conducta, todavía más si ésta encuentra acomodo en el correspondiente delito de lesión. Todo esto lo certifican la reglas de los arts. 340 bis c),

(97) Art. 348 bis b): «los que en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, radiactivas, tóxicas y asfixiantes, o cualquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieren las reglas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas.

Incurrirán en las mismas penas los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o en la conservación, acondicionamiento o mantenimiento de los mismos infringieren las reglas de seguridad establecidas cuya inobservancia pudiera ocasionar resultados catastróficos, y pusieran en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas».

(98) Este argumento precisamente es el que le sirve de base a MUÑOZ CONDE para decantarse por el concurso ideal de delitos, en lugar de concurso de leyes, MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*, cit., p. 66.

348 y 348 bis, como claros exponentes de que la relación concursal entre los delitos de peligro y los de lesión, atendiendo a los criterios expuestos, debe expresarse en forma de concurso de leyes, dejando el concurso de delitos para los casos en que entre el peligro creado y la lesión producida no se encuentre una vinculación instrumental entre los bienes jurídicos ofendidos o, aun en este caso, los destinatarios del peligro y de la lesión no coincidan.

Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal. U.C.M.

SUMARIO: I. Introducción: Planteamiento de las cuestiones a tratar.—II. La exigencia del *animus iniuriandi*: 1. Fundamento gramatical: crítica. 2. La «naturaleza del delito» como fundamento: crítica.—III. Disfunciones dogmáticas de su exigencia: 1. El contenido específico del *animus iniuriandi*: crítica. Su identificación con el dolo. 2. Crítica a la resolución de conflictos a través del *animus*.—IV. Disfunciones político-criminales.—V. Disfunciones procesales: prueba y presunciones.—VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES A TRATAR

La exigencia del *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo del tipo diferente del dolo ha sido afirmada mayoritariamente por la doctrina (1), sin embargo dicho criterio nunca ha sido unánime. Así

(1) *Vid.* ALONSO ÁLAMO, M.: «Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales», en *ADPCP* (t. XXXVI), fas. I (enero-abril), 1983, p. 191; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» (III), *Delitos contra la libertad, seguridad, honestidad, honor y estado civil*, ed. Ceura, S.A., Madrid, 1989, p. 242, N.M. 67; BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *El derecho fundamental al honor*, ed. Tecnos. Colección Temas clave de la Constitución Española. Madrid, 1992. p. 160; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Delitos contra el honor», en *Documentación Jurídica* (monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal), vol. 1, núms. 37/40, ed. Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 637; *Idem*: *Honor y libertad de expresión (las causas de justificación en los delitos contra el honor)*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 78; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de*

destaca la postura crítica que respecto de su exigencia adoptó RODRÍGUEZ DEVESA, al negar que tal *animus* fuera diferente del dolo (2). Desde ese momento ha ido en aumento el número de autores que se han inclinado por identificar el *animus iniuriandi* con el dolo de las injurias (3), lo que ha llevado a QUERALT JIMÉNEZ a afirmar

Derecho Penal. Parte Especial, ed. Ariel, Barcelona, 2.^a edición, 1991, p. 145; CABELLO MOHEDANO, F.: «Animus informandi», en *La Ley* (1985-4), p. 549; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. en *idem*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (I)*, ed. Akal/Lure, Madrid, 1990, p. 264; ESTRADA ALONSO, E.: *El Derecho al honor en la LO 1/1982, de 5 de mayo*, ed. Civitas, Colec. Cuadernos, Madrid, 1989, p. 110; GARCÍA PABLOS Y MOLINA, A.: «La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión», en *Estudios penales*, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 378-9; MUÑOZ CONDE, F.: «Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de derecho», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona* (Libro-Homenaje al prof. A. Beristáin), ed. IVAC-KREI, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 853; *Idem: Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 8.^a edición, Valencia, 1990, p. 117; POLAINO NAVARRETE, M.: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972, p. 249; POLITOFF, S.: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, ed. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965, p. 125; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, vol. II, tomo I (Infracciones contra la personalidad), ed. Edersa, 2.^a edición puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, p. 1274; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. en *Traducción y notas a MEZGER, E.: Tratado de Derecho Penal (I)*, ed. Edersa, 2.^a edición revisada y puesta al día, Madrid, 1946, pp. 337-8; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Trivium, 2.^a edición, sept. 1987, p. 222; SAINZ CANTERO, J. A.: «El contenido sustancial del delito de injurias», en *ADPCP* (t. X), fas. I (enero-abril), 1957, p. 113; VALLE MUÑIZ, J. M.: «Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal del honor», en *Documentación Jurídica* (monográfico dedicado a la P.A.N.C.P.), vol. 1 (núms. 37/40), ed. Gabinete de Documentación y Publicaciones de la secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia; Madrid, 1983, p. 655. y VIVES ANTÓN, T. S.: «Libertad de expresión y derecho al honor», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero) (II), núm. 13 (segundo cuatrimestre de 1987), Granada, 1989, p. 263; *Idem* en COBO DEL ROSAL, M. et al.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch. 3.^a edición, Valencia, 1990, p. 692.

(2) Así ya RODRÍGUEZ DEVESA en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *Derecho Penal (II) Parte especial*, Impresor Gráfica administrativa, Madrid, 1949, p. 289 y después en su *Derecho Penal español. Parte Especial*, ed. Dikynson, 13.^a edición revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, A. Madrid, 1990, p. 236.

(3) ASÚA BATARRITA, A.: «La tutela jurídica del honor. Consideraciones político-criminales en relación a la LO 1/1982», en *Estudios Penales* (libro-homenaje a Fernández Albor), ed. Universidad de de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 30; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, mayo-agosto 1987, y también en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje a Sainz Cantero) (I) núm. 12 (primer cuatrimestre de 1987), Granada, 1989 (las páginas citadas lo serán de esta publicación), p. 18; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, ed. Colex, Madrid, 1992, p. 203; MORALES PRATS, F.: «Adecuación social y tutela penal del honor:

que la exigencia del *animus iniuriandi* no es ya mayoritaria doctrinalmente (4).

Los argumentos que doctrinal y jurisprudencialmente se han manejado para destacar la existencia del *animus iniuriandi* han sido principalmente el gramatical y el derivado de la propia naturaleza del delito, amén de las positivas conclusiones político-criminales a las que abocaba.

Ahora bien, adelantando conclusiones, incluso en el caso de asumirse la validez de estos argumentos, sólo se afirma la existencia de un elemento de subjetividad en el precepto que podría ser reconducido al contenido propio del dolo. Ello, como se verá, ni contradice el tenor literal del precepto, ni representa una ampliación de la incriminación por injurias. De ese modo se cumplen igualmente unos contenidos político-criminales equivalentes y se evitan, por el contrario, las disfunciones dogmáticas y procesales que provoca la inclusión en el art. 456 de un elemento subjetivo del tipo.

Sin embargo, al margen de los resultados a los que puede llegarse a través de los criterios de interpretación, también parece indudable que el *animus iniuriandi* venía llamado a cumplir una función fundamental en la dogmática de los delitos contra el honor, por constituir la sede de resolución de conflictos en caso de concurrencia con otros animi —*informandi, narrandi, criticandi, iocandi...*— que lo neutralizarían. Ello, por un lado, conduce a la conclusión de la irrelevancia jurídico-penal por la atipicidad de la conducta y, por otro, a constituirlo en la válvula de admisión de la relevancia de la veracidad de la imputación en un delito, como el de las injurias, cuya eficacia aparece limitada por el tenor literal del art. 461.

Con ello la crítica a la exigencia de un concreto *animus* diferenciado del dolo ha de completarse además por el encuadre sistemático de la resolución de este conflicto en sedes más adecuadas y, como se comprobará, menos perturbadoras.

II. LA EXIGENCIA DEL *ANIMUS INIURIANDI*

1. Fundamento gramatical: crítica

La interpretación gramatical fue puesta de relieve por RODRÍGUEZ MUÑOZ (5), quien destacó que el uso en el art. 456 de la preposición

perspectiva despenalizadora», en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero) (I) núm. 12 (primer cuatrimestre de 1987), Granada, 1989, p. 218; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español. Parte Especial*, vol. 1, ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 232; *Idem: Animus iniuriandi*, en «*La Ley*» (1989-4), p. 984.

(4) QUERALT JIMÉNEZ: *Animus...*, p. 984.

(5) RODRÍGUEZ MUÑOZ: notas al Tratado de Mezger, pp. 337-8.

«en» daba al mismo un especial sentido que suponía la inclusión de un propósito que lo diferenciaba del dolo y constituía, por lo tanto, un elemento subjetivo del tipo.

Éste ha sido el argumento más repetido entre los defensores de la teoría del *animus* (6), llegando incluso a maximalizarse por algún autor al afirmar que «dicha preposición comporta un sentido de finalidad totalmente manifiesto fuera de toda discusión razonable» (7), aunque también se ha destacado, en sentido opuesto, que no puede asumirse que sea una interpretación irrefutable (8).

La crítica a la presente fundamentación exigiría, o bien negar que la propia preposición «en» indica una concreta intención (9) —y por lo tanto no tiene un contenido final en el que pueda basarse la existencia del *animus iniuriandi*—, o bien afirmar que esa subjetividad, lo que viene a reflejar no es un concreto y específico elemento subjetivo del injusto, sino el dolo mismo.

Afirmar la inexistencia de una concreta intención en este tipo es ciertamente difícil. Así, debo mostrar mi acuerdo con la doctrina mayoritaria en que dicha preposición introduce un sentido de intencionalidad y finalidad en la conducta típica (10) alejada de pretensiones objetivadoras.

A pesar de ello RODRÍGUEZ DEVESA entendía que dicha preposición «designa una propiedad de la acción, con independencia de la intención de injuriar que tenga el sujeto» (11). De modo que para este autor la interpretación gramatical ni es exponente de un elemento subjetivo del tipo, ni dota al mismo de esa especial intencionalidad, sino que tan sólo hace referencia al carácter necesario de menosprecio, deshonra o descrédito que «objetivamente» ha de revestir la acción ejecutada o la expresión proferida (12).

Sin embargo, la refutación de una determinada interpretación no puede introducirnos en una dinámica de «argumentos de autoridad»,

(6) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, p. 145; CABELLO MOHEDANO: *Animus...*, p. 548; MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117; SAINZ CANTERO: *El contenido...*, p. 87; VIVES ANTÓN, *Libertad de expresión...*, p. 269.

(7) VIVES ANTÓN: *Libertad de expresión...*, p. 269.

(8) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Delitos...*, p. 638.

(9) En la misma nota a la traducción del Tratado de Mezger en que RODRÍGUEZ MUÑOZ fundamenta este argumento textual niega que esa preposición en la exigente de legítima defensa signifique la existencia de un concreto elemento subjetivo, pp. 337-8.

(10) Así también COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Manual...*, p. 264.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho... P.E.*, p. 236.

(12) Olvida sin embargo, a mi parecer, la característica eminentemente valorativa que asume la existencia de los elementos normativos; así no puede existir, ni existe, lo «objetivamente» injurioso, sino lo «valoradamente» injurioso. Valoración que, como veremos más adelante, corresponde al juez y cuyo conocimiento ha debido ser asumido por el sujeto activo. Y es en este sentido en el que debe afirmarse la tendencia subjetivadora del tipo.

con este fin intentaré analizar este fundamento desde otro punto de vista.

Para ello debe tenerse en cuenta la concepción del delito de la que partía RODRÍGUEZ MUÑOZ y la coherencia que respecto de ella tiene la argumentación textual, que después fue asumida miméticamente por la doctrina mayoritaria, aun sin defender sus presupuestos sistemáticos. En su concepción del delito, de raíz causalista, tanto la tipicidad como la antijuridicidad se caracterizan por su contenido objetivo, de modo que el dolo y la culpa se delineaban como formas de la culpabilidad. En tal sistema la inclusión textual en la descripción típica de una expresión indudablemente final —de carácter subjetivo— no podía sino significar la existencia de un elemento subjetivo del injusto no identificable con el dolo. Por tanto, si la preposición «en» denotaba una tendencia subjetiva, pero no identificada con el dolo (13), entonces, lógicamente, constituía un elemento subjetivo del injusto —el *animus iniuriandi*— cuyo contenido debería ser diferenciado del de aquél. El problema posterior que surgía era precisamente el de su contenido específico, problema éste que dicho autor no logró resolver, porque el pretendido *animus* no era sino el dolo, y su existencia no era sino una conclusión emanada de la lógica dogmática.

En paralelo a este argumento podemos ver un fenómeno semejante (14) en las causas de justificación con el uso de expresiones iguales o equivalentes —la preposición «en» en la legítima defensa y en el cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o «impulsado por» en el estado de necesidad—, que en la actualidad también son consideradas unánimemente como expresiones que confirman la presencia de un elemento subjetivo de la justificación (15), pero que no se concretan en otra cosa que en el

(13) Si no se llegaría a la absurda conclusión de que el dolo no forma parte, en general, del tipo, pero que se exigiría esta ubicación en aquellos en los que el legislador expresamente así lo confirmara. Exposición crítica a esta concepción dualista la plantea RODRÍGUEZ MUÑOZ en: *La doctrina de la acción finalista*, ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2.^a edición, 1978, pp. 136 y ss.; a conclusión semejante se llegaría, como puso de manifiesto WELZEL, respecto de los delitos intentados, *Derecho Penal alemán. Parte General* (traducción de la 11.^a edición alemana por BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ), ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.^a edición, 1976, pp. 90 y ss., igualmente exposición crítica de RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *La doctrina...*, pp. 141 y ss. y especialmente 145 a 147.

(14) Y no olvidemos que la afirmación objeto de controversia se produce en el seno de unas reflexiones sobre si existía o no un elemento subjetivo en la legítima defensa. RODRÍGUEZ MUÑOZ: notas a la traducción del Tratado de MEZGER, pp. 137-8.

(15) Conclusión a la que se llega tanto por los partidarios del injusto personal como por las corrientes predominantemente objetivistas, si bien a través de razonamientos diferentes. La primera la exige de forma genérica para todas las causas de justificación en coherencia con su fundamentación del injusto. Así, desde perspectivas finalistas, *vid.* CÓRDOBA RODÁ, en *idem*, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASABO RUIZ:

conocimiento de la situación objetiva que da lugar, para estas concretas conductas, a la autorización de lesionar un bien jurídico (16). Con ello, si hacemos una identificación entre la fundamentación subjetiva del injusto y la de su exclusión por la concurrencia de una causa de justificación —ambas suponen un elemento cognoscitivo y volitivo de los elementos del tipo y de la situación de autorización respectivamente—, no se entiende por qué en el caso del tipo de injurias la preposición «en» ha de significar otra cosa distinta que el conocer y querer los elementos del tipo —el dolo—.

Por tanto, de todo lo anterior, puede concluirse que no hay base gramatical alguna para afirmar que en el tipo de injurias hay un elemento subjetivo diferenciado del dolo. Al menos, sino, debe abandonarse la idea de que el argumento gramatical es irrefutable.

Comentarios al Código Penal, t. I (arts. 1 a 22), ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 247 y ss., donde expresamente realiza una identificación entre la fundamentación subjetiva del injusto y la de su exclusión; igualmente, *vid.* en este sentido un examen pormenorizado del significado de la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación y del contenido paralelo a la exigencia del dolo en el tipo en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *El ejercicio legítimo del cargo* (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal), ed. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1980, pp. 127 y ss., y especialmente p. 141, donde refiere que «el elemento subjetivo de justificación es conocimiento-volición de la justificación, es decir, conocimiento de la situación de justificación y volición de la justificación, o más propiamente, dirección de la acción hacia la causa de justificación». Desde la teoría de la motivación *vid.* MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1982, pp. 89 y ss.; *idem*: *Derecho Penal. Parte General*, ed. P.P.U. Barcelona, 3.ª edición, 1990, p. 480; MAQUEDA ABREU, M. L.: «Los elementos subjetivos de la justificación», en *Rev. La Ley* (1984-2), p. 1092, y COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: *Presupuestos del error sobre la prohibición*, ed. Edersa-Instituto de Criminología. UCM, Madrid, 1987, pp. 119 y ss. Desde la perspectiva objetivista, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª edición corregida y actualizada, 1990, p. 344 y CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal*, ed. Edersa, Madrid, 1987, p. 107, para quienes el carácter objetivo de la antijuridicidad niega la posibilidad genérica de los elementos subjetivos de la justificación, aunque ello no supone un límite para afirmar la exigencia en cada una de ellas particularizadamente, siempre que así venga exigido por el legislador, con lo que se llega también a un resultado semejante. Para una crítica a esta posición, *vid.* MAQUEDA ABREU: *Los elementos...*, pp. 1096 y ss., y especialmente 1099, y COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Presupuestos...*, p. 120.

(16) Niega la posibilidad de la existencia de una finalidad subjetiva de obrar conforme a derecho MAQUEDA ABREU, al afirmar que «el elemento subjetivo de la justificación estaría desprovisto de todo componente anímico que no sea la mera voluntad (y conocimiento) de realización de los presupuestos objetivos de las normas permisivas». *Los elementos...*, p. 1094; en el mismo sentido MIR PUIG: *La función...*, p. 89.

2. LA «NATURALEZA DEL DELITO» COMO FUNDAMENTO: CRÍTICA

Prescindiendo del argumento gramatical, se afirma que la necesidad del *animus iniuriandi* es consecuencia de la naturaleza del precepto (17), o más concretamente del bien jurídico protegido: el honor, ya que en palabras de MUÑOZ CONDE «la injuria no es más que una incitación al rechazo social de una persona (...) lo que sólo puede realizarse *intencionalmente*» (18). Prueba de ello sería que en todos los tipos protectores del honor se exige dicho *animus*. Ello con independencia —como ocurre en el delito de calumnias— de que su tenor literal recoja o no el elemento subjetivo mediante la partícula «en» o cualquier otra expresión equivalente (19).

En esta misma línea pueden incluirse aquellos autores que califican este delito como eminentemente circunstancial, por el uso que en el mismo se hace de elementos normativos (20) —deshonra, descrédito o menosprecio—. Con esta calificación de circunstancial se quiere afirmar que la caracterización de una expresión como injuriosa no depende sólo de lo infamante de su contenido, sino fundamentalmente de las circunstancias en que tal expresión o acción se han proferido o ejecutado, es decir, del modo u ocasión en que ha sido llevada a cabo la conducta.

Quien más claramente pone de manifiesto esta relación entre el carácter «extraordinariamente circunstanciado y relativo del delito contra el honor» y la exigencia del elemento intencional —entendiendo como tal el *animus iniuriandi*— es BAJO FERNÁNDEZ (21), al afirmar que el uso de elementos normativos determinaría una «equivocidad objetiva de la infracción que sólo se corrige indagando sobre el elemento intencional» (22).

El propio legislador ha sido consciente de esa virtual equivocidad a la que da lugar la comprobación del conocimiento por parte del sujeto activo del carácter de deshonra, descrédito o menosprecio de su conducta. Por ello se introduce en el art. 464 la regulación de la injuria encubierta, entendiéndose como tal aquella en que no queda claro no ya el elemento objetivo de la injuria —acción o expresión deshonrosa, desacreditante o menospreciativa—, sino el conocimien-

(17) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117, y VIVES ANTÓN: *Libertad de expresión...*, p. 269.

(18) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117, cursiva mía.

(19) BAJO FERNÁNDEZ: «Manual...». p. 253. N.M. 14; MUÑOZ CONDE: «Derecho...», p. 122; VIVES ANTÓN: *Derecho...*, p. 691.

(20) *Vid.* sobre su problemática y su relevancia respecto del error SUAY HERNÁNDEZ, B. C.: «Los elementos normativos y el error», en *ADPCP*, tomo XLIV, fas. I (enero-abril), 1991, pp. 97 a 141.

(21) BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 242, N.M. 69.

(22) BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 242, N.M. 70.

to y volición que en torno a dichas acciones o expresiones ha tenido el sujeto activo. Único extremo sobre el que el sujeto podría dar explicación satisfactoria. Sin embargo, la indagación sobre ese elemento intencional, tal como afirma BAJO FERNÁNDEZ, no se produce como una comprobación de un pretendido *animus iniuriandi*, sino de la valoración de las circunstancias en que se lleva a cabo como lesivas del honor, es decir, como comprobación de la concurrencia de dolo.

Ello, en el fondo, supone la consagración en el art. 464 de una presunción de dolo, por lo que debe entenderse que dicho artículo es inconstitucional al ser imposible su compatibilización con la presunción de inocencia del art. 24 CE.

Así pues, el carácter circunstancial del bien jurídico que se intenta proteger ha hecho optar al legislador, a la hora de tipificar las conductas lesivas penalizadas, por la introducción de elementos normativos (23), que van a exigir del juez «sintonizar, en solitario, con las valoraciones sociales» (24), lo que hace del mismo un verdadero tipo abierto (25).

Sin embargo, tampoco parece éste un argumento irrefutable para demostrar la existencia del *animus iniuriandi*, sino que, en el mismo sentido que el anterior, sólo confirma su subjetividad, causada por los elementos normativo-valorativos. Éstos van a exigir del juez ir más allá de la comprobación de si las concretas circunstancias del hecho, conforme al modo y ocasión de la acción ejecutada o expresiones proferidas, son lesivas del honor —lo que constituiría la efectiva concurrencia de los elementos objetivos del tipo—, exigiéndose además, en virtud de la necesaria imputación subjetiva, que el juez compruebe la concurrencia del dolo. Tal comprobación se concreta en la prueba de la valoración que el sujeto hizo de las circunstancias, modo y ocasión, como virtualmente lesivas del bien jurídico honor —elemento cognoscitivo— y que además fueran queridas/asumidas de esa determinada manera haciendo efectiva su lesión —elemento volitivo (26).

(23) Vid. en ese sentido MORALES PRATS: *Adecuación...*, p. 257.

(24) GARCÍA PABLOS Y MOLINA: *La tutela...*, pp. 398-9.

(25) GARCÍA PABLOS Y MOLINA: *La tutela...*, pp. 398-9, en donde además crítica esta característica por los problemas de seguridad jurídica que ello comporta, p. 399; también BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Delitos...*, p. 635, citando al anterior autor.

(26) Ello se corresponde con la configuración del dolo respecto a los elementos normativos. Así, en referencia a ello, MEZGER afirma que «el actuar doloso exige (...) el conocimiento de las diversas características del tipo, por tanto cuando se trata de características típicas normativas (...) es preciso en cuanto a tal conocimiento de la significación una valoración paralela al autor en la esfera del profano; o más claramente una apreciación de las características del tipo en el círculo de pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y

De tal manera que, por ejemplo, un sujeto en una reunión de una iglesia, una de cuyas máximas de conducta sea la fidelidad conyugal, realiza unas afirmaciones acerca de las relaciones extramatrimoniales que mantiene otro de los allí presentes, igualmente comprometido con esa máxima. Las comprobaciones necesarias para poderle imputar su conducta como injuriosas exigirían: una primera indagación tendente a determinar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo —carácter de deshonra, descrédito o menosprecio de la expresión—. Para ello el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes —máximas de conducta del grupo en que se integraban ambos sujetos, imputación de una conducta que rompería con las mismas, sentido radical de este tipo de grupos...—, debería valorar si son susceptibles de producir una situación de menoscabo de su integración social y de sus posibilidades participativas en el grupo. Pero, además, una segunda comprobación para poder imputarle subjetivamente su conducta a título de dolo, esto es, que el sujeto activo conocía la virtualidad lesiva del honor del sujeto pasivo al realizar dicho comentario, que la situación de infidelidad conyugal iba a restarle capacidad participativa.

Como puede apreciarse, por la propia naturaleza de los elementos normativos —que también han de valorarse por el sujeto activo— se delinea especialmente el elemento cognoscitivo del dolo —conocimiento en la esfera paralela del profano—. Esto redundaría a su vez en el elemento volitivo del mismo —el sujeto quiere esos elementos conforme a la valoración circunstanciada que de los mismos ha llevado a cabo— lo que implicaría, en última instancia, que el sujeto activo sólo puede llevar a cabo este tipo delictivo de forma intencional —valoración actual y directa de esas circunstancias como lesivas del honor—. Y sólo a estas características se refiere tanto la inclusión de la preposición «en» como la naturaleza del delito.

Con ello parecería tener razón RODRÍGUEZ DEVESA cuando afirmaba que la preposición «en» «lo que hace es incluir una especial valoración de las circunstancias que hará que estas imputaciones fueran o no objetivamente injuriosas» (27). Pero, como podrá comprobarse, desde aquí no se hace depender de esas concretas valoraciones por parte del sujeto el carácter «objetivamente» injurioso de las imputaciones, ya que éste es independiente de las valoraciones paralelas efectuadas por el sujeto, estando condicionadas únicamente por las circunstancias, modo y ocasión en las que se hicieron. Sólo se hace depender de los mismos la relevancia jurídico-penal de la conducta.

sentido que la valoración legal-judicial»: *Tratado...*, t. II, p. 136. Respecto de la configuración del conocimiento de los elementos normativos de acuerdo con la filosofía analítica del lenguaje, *vid.* SUAY HERNÁNDEZ: *Los elementos normativos...*, pp. 108 y ss.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho...*, p. 238.

Así, continuando con el ejemplo propuesto, introduzcamos unas variantes a los efectos de poder comprobar cuál es el juego real de la intencionalidad en este delito.

Supongamos que el sujeto activo es un hombre ajeno al grupo ideológico de la reunión y, que por un defecto de conocimiento sobre sus creencias, entiende que la infidelidad conyugal supone una ruptura de su código moral, cuando en realidad la ideología que profesan permite relaciones estables sexuales extramatrimoniales.

En tal caso, de acuerdo con lo expuesto por RODRÍGUEZ DEVESA, parecería que, habiendo valorado el sujeto activo las circunstancias del hecho como lesivas del honor, estaríamos ante unas injurias y procedería la imputación dolosa de las mismas. Sin embargo, cuando el juez compruebe la concurrencia de los elementos objetivos, ha de concluir que, de acuerdo con las circunstancias, modo y ocasión en que fueron proferidas las expresiones, aunque éstas fueran *ex ante* consideradas potencialmente lesivas, no podían producir ningún menoscabo de su honor. En este caso sólo podrá incriminarse por una tentativa inidónea de injurias.

III. DISFUNCIONES DOGMÁTICAS

1. El contenido específico del *animus iniuriandi*: crítica. Su identificación con el dolo.

Hasta el momento se ha intentado demostrar que ninguna de las interpretaciones propuestas en la doctrina resulta definitiva para fundamentar la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Ahora bien, el mayor problema de la teoría del *animus* radica en dotar al *animus iniuriandi* de un contenido específico diferencial. Lo cual no es una cuestión baladí, pues sólo sabiendo qué contenido tiene podremos conocer qué ha de probarse, para asegurar su concurrencia en el caso concreto.

Siendo esto obvio, es difícil extraer de los defensores de esta teoría una declaración fehaciente en torno a su contenido específico. Las caracterizaciones más repetidas son las de «intención específica» o «que trasciende a él (sic. dolo)» (28); «elemento intencional» (29); «sentido final» (30) o «intención del sujeto» (31). Ninguna de ellas aclara en qué consiste esa intencionalidad, finalidad o trascendencia.

(28) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117.

(29) BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 242. N. M. 70, y SAINZ CANTERO: *El contenido...*, p. 113.

(30) COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Manual...*, p. 264 y POLAINO NAVARRETE: *Los elementos...*, p. 249.

(31) COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Manual...*, p. 265.

Sólo VIVES ANTÓN intenta concretar sobre este extremo afirmando que «para el *animus* basta el *conocimiento* del carácter lesivo para el honor de lo que se imputa y la *asunción* de las consecuencias dañosas para el bien jurídico que resulte de la imputación» (32). Se comprueba, pues, que hace referencia tanto a un «conocer», como a un «asumir» —querer— los eventos dañosos.

POLITOFF lo concreta, a su vez, en «la voluntad de dar a través de esta expresión el menosprecio» (33) y no la mera voluntad de que la expresión sea comprendida, lo que hace que ponga el acento del *animus* no tanto en el conocer como en el querer.

Ahora bien, el conocer y/o querer son contenidos también del dolo, por lo que debe indagarse sobre las diferencias entre ambos. Hay que saber si el pretendido *animus* es algo diferente del dolo que corresponde a un delito que incluye elementos normativos. Como en seguida se verá, no es así.

Esta misma conclusión ha sido defendida por los detractores del *animus*, si bien la mayoría de las veces limitándose a afirmarla (34). Su primer fundamentador fue RODRÍGUEZ DEVESA, quien menciona que «en efecto, hace falta un *animus iniuriandi*, pero no en un sentido distinto del dolo» (35). Lo argumenta en que al «dolo pertenece la conciencia de que la expresión proferida o acción ejecutada es adecuada para exteriorizar el menosprecio o lesionar la reputación y buena fama del ofendido» (36).

Para fundamentar esta identificación debe hacerse un recorrido, si bien somero, sobre los conceptos «elementos subjetivos del tipo» y «dolo», para señalar sus diferencias y comprobar si en este caso concurren.

En principio puede destacarse que se define el dolo como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (37). Ello pone de manifiesto la existencia en el mismo de dos

(32) VIVES ANTÓN: *La libertad de expresión...*, pp. 263 y 269 y también, *Derecho...*, P.E., p. 692, cursiva mía. En el mismo, sentido citando a este autor, MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 122.

(33) POLITOFF: *Los elementos...*, p. 125.

(34) ASÚA BATARRITA: *La tutela...*, p. 30; BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 19; QUERALT JIMÉNEZ: *El animus...*, p. 985. Sin embargo, *vid.* JAÉN VALLEJO, para quien «el *animus iniuriandi* no sería más que el contenido del elemento volitivo del dolo en estos elementos»: *Libertad de expresión...*, p. 203. sobre ello volveremos más adelante, pues lo que desde aquí se viene a defender es que el llamado *animus iniuriandi* a lo que se refiere es al contenido cognoscitivo-intelectivo del dolo referido a los elementos normativos que lo configuran, y sólo mediatamente, por lógica, al elemento volitivo.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA, en ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho...*, p. 283.

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, en ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho...*, p. 283.

(37) *Vid.* por todos JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tra-

momentos: a) uno cognoscitivo —concretado en el conocimiento de los elementos del tipo— (38), y b) otro volitivo —concretado en el querer la realización de estos elementos—, con lo que dicha volición es diferente del mero «deseo» y presupone el previo momento cognoscitivo (39).

Analizaremos cada uno de esos momentos por separado. El cognoscitivo para destacar su especial configuración en función de las características de los elementos a conocer, y el volitivo para hacer lo propio en caso del contenido del dolo de propósito, intención o directo de primer grado, lo cual a su vez nos permitirá diferenciarlo de las características propias de los elementos subjetivos del tipo.

Respecto del cognoscitivo ha de tenerse en cuenta que no todos los elementos objetivos del tipo son iguales. Entre ellos destacan los de carácter normativo-valorativo (40), que van a exigir del sujeto activo una especial valoración «paralela a la contenida en la ley» (41), esto es, el momento intelectual cognoscitivo de los elementos normativos exige la prueba de que el sujeto activo ha hecho una valoración de los mismos «paralela en la esfera del profano» (42) ya que, como afirma STRATENWERTH, «el dolo requiere la comprensión de esta significación» (43).

Esta especial configuración del primer momento del dolo, por ser requerido, lógicamente, como previo al volitivo —sólo puede quererse o asumirse lo previamente conocido— habrá de tener un reflejo en el segundo, pero sólo de forma mediata.

Ello nos permite una primera diferenciación: entre el dolo requerido para los elementos normativos y el de propósito la diferencia está en que la comprobación de éste ha de radicar únicamente en el

ducción y adiciones al Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 348.

(38) No entraremos ahora en la polémica sobre si además el dolo ha de abarcar la conciencia de la antijuridicidad —dolo malo—. En este sentido, *vid.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho Penal... P.G.*, p. 446, para quienes en el momento intelectual-cognoscitivo ha de incluirse no sólo el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo sino el de su significación antijurídica.

(39) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito*, ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 208.

(40) Una de las características de los elementos normativos frente a los descriptivos, a pesar de la relatividad de la distinción, está en que aquéllos se refieren a un proceso de valoración o comprensión intelectual. SUAY HERNÁNDEZ: *Los elementos...*, p. 103.

(41) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho... P.G.*, p. 447.

(42) *Vid.* supra nota 27, en el mismo sentido MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*» (*Fundamento y teoría del delito*), ed. PPU, 3.ª edición corregida y puesta al día, Barcelona, 1990, p. 259.

(43) STRATENWERTH: *Derecho Penal. Parte General (I). El hecho punible*, Traducción de Gladys Romero de la 2.ª versión alemana (1976), ed. Edersa y Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM, Madrid, 1982, p. 95, N. M. 256.

momento volitivo del dolo, y que consiste en la persecución de la acción típica (44). Y la segunda con los elementos subjetivos del tipo que, igualmente, caracterizan el querer y no el conocer como persecución de un resultado distinto o ajeno al de los elementos objetivos.

Así, no ha de confundirse que la referencia a una propiedad subjetiva de la conducta sea siempre una intencionalidad identificada con un elemento subjetivo del tipo o con el contenido del dolo directo pues, como vemos, también puede hacer referencia al conocimiento circunstanciado o valorado que exigen ciertos elementos normativos. Éstos repercuten sólo indirectamente en la volición a través del necesario previo conocimiento valorado. Éste es el caso que encontramos en el tipo de injurias.

La problemática de los elementos subjetivos del tipo (45) es en cierto modo coincidente con la del dolo, ya que ambas se sitúan en el plano subjetivo, solapándose en el momento volitivo. Por ello sería incompleta la caracterización de los elementos subjetivos del tipo realizada por MIR PUIG cuando afirma que son «aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige» (46), pues debe hacerse la salvedad de que recaigan *directamente* en el momento volitivo y no en el cognoscitivo, que sólo puede pertenecer al dolo. Parece, por el contrario, más útil la concepción de JESCHECK que entiende que «caracterizan más precisamente la *voluntad* del autor» (47).

Entramos con estas consideraciones en la diferenciación de cuándo un concreto propósito o intención se refiere al contenido de un dolo directo y cuando lo que haría es configurar un elemento subjetivo. La diferencia más razonablemente apuntada es la de STRATENWERTH, para quien los elementos subjetivos del hecho típico —diferentes del dolo— no tienen correlativo alguno a los supuestos

(44) Vid. en ese sentido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho... PG*, p. 447; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría...*, pp. 208 y 238; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, H.: *Derecho Penal. Parte General (Teoría Jurídica del Delito)*, ed. Rafael Castellanos, 2.^a edición corregida y aumentada, Madrid, 1986, p. 128; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho... PG*, p. 446; STRATENWERTH: *Derecho...*, p. 106. Ns. Ms. 287-8 y WESSELS: *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de la 6.^a edición alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 44 y 67.

(45) Vid. estudio monográfico sobre las mismas en POLAINO NAVARRETE: *Los elementos...* y POLITOFF: *Los elementos...* y también respecto de la evolución histórica del concepto, vid. JESCHECK: *Tratado...*, p. 435 y MEZGER: *Tratado... (I)*, pp. 333 a 336.

(46) MIR PUIG: *Derecho...*, p. 217.

(47) JESCHECK: *Tratado...*, p. 434, cursiva nuestra. En el mismo sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho Penal. Parte General* (en colaboración con MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, J. M.), ed. Marcial Pons, 2.^a edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, 1989, p. 307, y STRATENWERTH: *Derecho...*, p. 113, N. M. 311.

del hecho típico objetivo, y se concreta en «la voluntad de realización de un suceso determinado, y sin embargo, tal se encuentra *fuera* de la descripción del supuesto de hecho típico objetivo» (48). Y ello es lógico, pues toda intención dirigida a un elemento objetivo del tipo sería, ya de por sí, comprobada en el dolo. Con lo que merece una valoración crítica la inclusión como clases de elementos subjetivos los de trascendencia interna intensificada (49), ya que no son algo diverso del dolo directo de primer grado, subsistiendo sólo los de tendencia trascendente.

Resumiendo: la diferencia de la intención que configura el dolo y la de un elemento subjetivo distinto radica en que aquélla va dirigida a un elemento objetivo del tipo y ésta a otro diferente, del cual se va a hacer depender la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Así, por ejemplo, se considera una intención o subjetividad interna intensificada característica del contenido de un dolo de propósito o directo de primer grado, las conductas descritas en los arts. 418 y 419 del CP, en que los resultados lesivos para la indemnidad son de esa manera queridos por el sujeto activo, ya que en las mismas la conducta está dirigida a los propios elementos del tipo, entendidas no sólo como asunción del resultado, sino como su persecución. De tal modo que sin esa dirección de su voluntad dirigida directamente a la mutilación, inutilización, etc., nos tendríamos que situar en el ámbito de aplicación del art. 420 CP, aunque tal resultado se verificase.

Por el contrario, una intención o subjetividad conformadora de un específico elemento subjetivo del injusto la encontramos en el tipo del art. 424 CP, ya que dicha intención no se dirige a ningún elemento objetivo del mismo —mutilación— sino a una finalidad —persecución de un resultado— diferente, consistente en «la exención del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento».

Así, en las injurias, si se afirma que los elementos objetivos que la constituyen son la deshonra, descrédito o menosprecio, nada que suponga la intensificación de su producción podría, en modo alguno, constituir un elemento subjetivo del injusto diferente del dolo.

(48) STRATENWERTH: *Derecho...*, p. 113. N. M. 311, cursiva nuestra. En sentido semejante, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría...*, p. 238.

(49) Incluyen esta categoría dentro de los elementos subjetivos del tipo CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español. Parte General (I). Introducción. Teoría jurídica del delito/I*, ed. Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 1985, pág 337; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho... PG*, p. 301; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría...*, p. 240; JESCHECK: *Tratado...*, p. 437; MEZGER: *Tratado...*, t. I, p. 344; MIR PUIG: *Derecho...*, p. 218; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO: *Derecho...*, p. 137 y WELZEL: *Derecho...*, pág 114.

Con ello, incluso para los autores que entienden que el tenor literal del art. 456 va más allá que la referencia a la concreta valoración de los elementos normativos —como desde aquí se defiende— deberían concluir el carácter de dolo de propósito del mismo, pero nunca un elemento subjetivo trascendente a la propia asunción de los elementos que delinean las injurias. Postura esta que, como ya veremos, no puede ampararse en el tenor literal del precepto.

Tras este recorrido estamos en disposición de realizar una lectura crítica de los ya mencionados contenidos otorgados al *animus iniuriandi*. Lo afirmado por VIVES ANTÓN, de que se concreta en un conocer y asumir el resultado lesivo, se puede contraargumentar que si el dolo se compone de un elemento cognoscitivo (50), no es posible hacer la comprobación del conocimiento de esos elementos en otra sede que no sea el dolo. En efecto, como se afirmó, todo lo referido al conocimiento del supuesto de hecho típico nunca puede configurar un elemento subjetivo del tipo, que se limita al momento volitivo. Y respecto a la asunción de la lesión —introduciendo en esta línea de crítica a los que pretenden configurarlo como «especial intención» o «finalidad»— ésta se refiere a una intención dirigida a los propios elementos objetivos deshonra, descrédito y menosprecio, lo cual también corresponde al dolo.

Esta crítica también puede dirigirse a los autores que, aun siendo detractores de la teoría del *animus*, afirman que sí existiría un *animus iniuriandi* caracterizador del elemento volitivo del dolo (51), pues a la postre no hacen sino permutar el elemento subjetivo del injusto por un especial contenido del dolo, convirtiéndolo en un dolo de propósito, hecho para el que tampoco da pie la interpretación literal del art. 456.

Ambas posiciones llegan a resultados semejantes. Así, por ejemplo, volviendo a nuestro supuesto, imaginemos que el sujeto activo, conocedor del código de conducta, realiza el comentario sobre la infidelidad conyugal del otro hombre para, a continuación, expresar que tal no ha de valorarse negativamente, pues es una conducta que no puede ser condenada por moral alguna al no verse nadie perjudicado por ella. O el caso más conocido de diversas asociaciones de homosexuales norteamericanas que, a través de sus publicaciones, dan a conocer nombres de conocidas personalidades relacionándolas con tendencias y prácticas homosexuales, y cuya finalidad en ningún caso es la de menospreciar o menoscabar la situación personal o profesional del mismo, sino, al contrario, concienciar a la opinión pública de la normalidad y ubicuidad de un fenómeno que no los incapacita para los más importantes logros profesionales ni sociales.

(50) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho...* P. G., p. 446.

(51) *Vid.* nota 34.

En ambos casos, a pesar de concurrir los elementos objetivos del tipo y el conocimiento por parte de los sujetos activos de que en esas concretas circunstancias se puede producir un menoscabo de su honor, tanto los partidarios de la teoría del *animus*, como los que lo configuran como un dolo de propósito negarían que estas conductas fueran injuriosas, ya que en ningún caso se asumen/quieren los eventos dañosos (52). Los primeros porque no concurre el *animus iniuriandi*. Los segundos porque ésa no ha sido la finalidad de propósito perseguida, cuando, sin embargo, parecen cumplirse tanto los elementos objetivos, como los requisitos de la imputación subjetiva que requiere el dolo, y por lo tanto la tipicidad de su conducta.

2. Crítica a la resolución de conflictos a través del *animus*

La teoría del *animus* ha servido en numerosas ocasiones para destacar la importancia que tenía el *animus iniuriandi* como sede apta para la resolución de conflictos de intereses, fundamentalmente cuando concurre con otros *animi* —*informandi*, *criticandi*, *iocandi*...— (53). Esto produce una doble disfuncionalidad: la primera referida a la insuficiencia del proceso de intenciones para resolver conflictos institucionales entre derechos fundamentales, y la segunda porque indiferencia las funciones de cada categoría del delito, al producirse una confusión entre el ámbito de la tipicidad y el de la antijuridicidad (54).

(52) Aunque no haya nada más alejado de su intención, en el primer caso porque así lo hace manifiesto el sujeto al desvincularse del, para él, tan absurdo código moral y en el segundo porque la única finalidad es la propagandística.

(53) Vid. para los problemas de concurrencia entre estos diferentes *animi* QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado*..., pp. 1274 y ss., y BAJO FERNÁNDEZ: *Manual*..., pp. 242 y ss. Ns. Ms. 67 a 86.

(54) Hay autores que intentan solventar también el problema del conflicto de derechos en sede de tipicidad, pero no a través de los enfrentamientos entre *animi*, sino, como MORALES PRATS, a través de la adecuación social, siendo la tipicidad una sede apta para resolver «la tensión honor-libertad de expresión en cuanto problema objetivo-valorativo». *Adecuación*..., p. 254, y también ulteriormente en pp. 268 y 279, sin embargo, dejando un ámbito de actuación también en esa colisión al art. 8.1.1. *Adecuación* ..., p. 278. Por su parte ASUA BATARRITA introduce el problema del ejercicio del derecho en la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, referida al riesgo permitido que dentro del desarrollo de los límites derivados de la función de informar se reconocen en un Estado social y democrático de derecho. *La tutela*..., pp. 28-29. De modo que sólo la ausencia de alguno de los requisitos para el ejercicio de la libertad de información supondría la presencia de un riesgo no permitido que posibilitara afirmar la tipicidad de la conducta. *La tutela*..., p. 29. Crítica a esta vía de resolución de la imputación objetiva puede verse en MORALES PRATS: *Adecuación*..., ya que tal no es viable, para dicho autor, en los delitos de mera actividad, tal como caracteriza las injurias —«al no tener un resultado verificado en su

El primer aspecto ha sido claramente puesto de relieve por GARCÍA PABLOS al afirmar que «el conflicto entre el honor y la libertad de expresión (...), no puede resolverse en el ámbito *subjetivo* de los móviles (...) sino en el plano *objetivo* e *institucional* de los principios generales. Esto es, en el de las causas de justificación» (55); máxime si destacamos que para la mayoría de la doctrina la concurrencia de diferentes *animi* no es apta por sí sola para desplazar el *animus iniuriandi* (56), debiendo esperar a una posterior comprobación que dilucidara cuál de ellos es preponderante (57). Y esto sí, inequívocamente, corresponde a un juicio de antijuridicidad, en que además ha de comprobarse la concurrencia del resto de los elementos que permiten afirmar el carácter justificado de la lesión al honor —normalmente el del interés general de la información, su necesidad y su veracidad (58)—.

Ello nos pone en relación con la segunda crítica ya señalada, puesto que con el intento de resolución de conflictos a través de la concurrencia de *animi* se llegaría a la siguiente paradoja: todos los elementos subjetivos se comprueban en sede de tipicidad, incluyendo, en principio, también los concurrentes y con posible eficacia justificativa. Pues bien, una vez afirmados, se entra en el juicio de antijuridicidad para comprobar si se da el resto de los elementos que afirmarían la presencia de una causa de justificación —normalmente la libertad de información (59)—. Una vez también comprobados, ha-

efecto exterior separable espacio-temporalmente» (pp. 267-8)—, con lo que viene a entender que la adecuación social juega un papel paralelo en los delitos de mera actividad a la que en los de resultado juega la imputación objetiva, al dotar ambos de una significación normativo-valorativa al tipo, desde el enfoque teleológico, que exige una estructura construida en torno al bien jurídico protegido, p. 268.

(55) GARCÍA PABLOS y MOLINA: *La tutela...*, p. 400, cursiva en el original y también en *Delitos...*, p. 867; en el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 79, JAÉN VALLEJO: *Libertad de expresión...*, p. 234, y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos*, en *Estudios sobre la Constitución Española* (Homenaje a E. García de Enterría), ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 900-1.

(56) ASÍ BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho... PE*, p. 169; ESTRADA ALONSO: *El derecho...*, p. 110; MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117; VIVES ANTÓN: *Libertad de expresión...*, pp. 263-4 y 269.

(57) ASÍ INEQUÍVOCAMENTE QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, pp. 1275-6.

(58) *Vid.* en ese sentido más pormenorizadamente BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, pp. 22 a 24; BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, pp. 246 y ss. Ns. Ms. 98 a 108.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, pp. 121 y ss.; JAÉN VALLEJO, M.: «La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje a Sainz Cantero), núm. 12 (primer semestre de 1987), Granada, 1989, p. 181, e *idem*, *Libertad de expresión...*, pp. 271 y ss.; ROMERO COLOMA: «Derecho al honor y a la intimidad y libertad de expresión», en *Actualidad Penal*, 1988, pp. 1016-7.

(59) sobre la diferenciación entre la libertad de expresión y de información, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 241, N.M. 60; CABELLO MOHEDANO, F.: «El art. 20

bría que retrotraerse nuevamente, volviendo a la tipicidad (?), para en sede del elemento subjetivo del tipo desplazarle y concluir con el carácter atípico de la conducta (60). Pero, si ya hemos afirmado la tipicidad —incluyendo el *animus*—. ¿Cómo después, en virtud del juicio de antijuridicidad, puede concluirse que se niega lo previamente afirmado?

Es más, teniendo en cuenta que para hacer la comprobación de una concreta intención es necesario previamente saber si concurrían los elementos objetivos sobre los que recae el conocimiento/volición, en realidad lo que se está haciendo en sede del *animus iniuriandi* es solventar el conflicto entre derechos fundamentales (61), fundamentados en la mera subjetividad.

Una cosa es afirmar la lesión del bien jurídico honor y otra el que dicha lesión esté autorizada por la presencia de un interés preponderante —juicio de antijuridicidad— que nada nuevo puede añadir sobre la efectiva lesión del mismo, sino sólo sobre su conformidad a derecho.

Para ilustrar estas afirmaciones situémonos en los siguientes casos: a) un periodista publica un artículo afirmando que el director de cierta central nuclear, con el que mantiene una conocida enemistad, es un alcohólico y acude frecuentemente en estado de embriaguez a su trabajo; dicho extremo es cierto; b) un vecino en una reunión de la comunidad de propietarios imputa a otro su condición de alcohólico; ello no es cierto.

En ambos casos existe un *animus iniuriandi*, pero ¿cómo podría afirmarse además si concurre otro *animus*? y, en tal caso, ¿cuál de ellos sería preponderante? De acuerdo con la teoría del *animus*, ¿en qué se fundamentaría la presencia del *animus informandi*? Y en el segundo, ¿por qué se afirma su no concurrencia?

En los dos casos se estaría actuando, en sede del elemento subjetivo del injusto, intuitivamente, adelantando un análisis de la antijuridicidad. En el primero porque su concurrencia aparece inducida

CE. ¿Una nueva configuración de la *exceptio veritatis*?», en *Poder Judicial*, 1987, pp. 39 y ss., y ESTRADA ALONSO: *El derecho...*, pp. 122 y ss. Sin embargo hace una utilización indistinta de los mismos MORALES PRATS, en ese sentido *Vid. Adecuación...*, pp. 252-3, nota núm. 6.

(60) *Vid.* en este mismo sentido la crítica de BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 18, y también JAÉN VALLEJO: *La libertad de expresión...*, pp. 201 y 2.

(61) Esta misma posición en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 77, que la aplica sólo a los no defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, a la que él se adhiere, sin embargo esta misma confusión tipicidad-antijuridicidad que les achaca es aplicable a él mismo por la confusión entre elemento positivo-elemento negativo del tipo, pues la comprobación del elemento negativo —causa de justificación— no se produce con posterioridad a la afirmación del positivo —el tipo— sino dentro del elemento subjetivo de la parte positiva de la tipicidad. Crítica al mismo en JAÉN VALLEJO: *La libertad de expresión...*, pp. 204 y ss., especialmente 216 a 224.

de la presencia de una relevancia general pública de la imputación y por su carácter verídico, dato este que sin embargo hasta ese momento no ha podido ser comprobado, al no pertenecer al ámbito objetivo del tipo, sino al ámbito objetivo de la causa de justificación. En el segundo, igualmente, porque dichos extremos no se verifican. La preponderancia de un *animus* sobre el otro también es un juicio intuitivo y dogmáticamente ubicado de forma incorrecta, puesto que la comprobación del conocimiento de esa situación de justificación también corresponde a la antijuridicidad, si bien en este caso al de su elemento subjetivo.

Este carácter paradójico aparece en MUÑOZ CONDE (62), para quien en la mayoría de los casos en que se confirme la presencia del ejercicio de un derecho —segundo juicio sobre la conducta— faltaría ya el *animus iniuriandi* —primer juicio sobre la conducta—. Y sin embargo cabría preguntarse: ¿En qué casos minoritarios se estaría pensando en que esto no sea así? Realmente parece que no cabría nunca un juicio de antijuridicidad al negarse siempre la tipicidad. Ello es a su vez contradictorio con lo afirmado posteriormente por el mismo autor cuando señala que «el *animus* no sería técnica de resolución de conflictos entre libertad de expresión y honor sino que se resolvería a través del ejercicio legítimo de los derechos del art. 20.1 CE» (63).

Con estas reflexiones parece ponerse de manifiesto que si bien el *animus* fue una vía válida —la única probablemente— para la resolución de conflictos antes del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión, hoy no puede seguir manteniéndose por los problemas ya señalados que plantea. Por tanto, la finalidad dogmática de este concreto *animus* decae por innecesaria ante la presencia del art. 8.11 CP (64).

IV. DISFUNCIONES POLÍTICO-CRIMINALES

No obstante, no debe desconocerse la consistencia de sus beneficiosas consecuencias político-criminales (65): la exigencia del *animus iniuriandi* como una mejor selección criminalizadora de las conductas en función de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que se proclaman del Derecho penal. Con ello no todas las lesiones del derecho al honor serían constitutivas de un ilícito penal,

(62) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, pp. 117-8.

(63) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 121.

(64) Respecto de la aptitud del *animus iniuriandi* para resolver los problemas de la prueba de la verdad puede verse la crítica en ALONSO ÁLAMO: *Protección penal...*, pp. 146 y 151.

(65) Así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Delitos...*, p. 638, y CABELLO MOHEDANO: *Animus...*, p. 549.

sino tan sólo las más graves, que aparecen seleccionadas por la concurrencia en la conducta de esa especial intención que es el *animus iniuriandi*. Así pues, en principio, no toda conducta «dolosa» de lesión del honor se consideraría subsumible en el tipo de injurias, sino sólo aquellas a las que se una este elemento.

También, además, se trazaría una línea fronteriza en la difuminada —si no en ocasiones intencionalmente solapada— delimitación entre el ámbito del ilícito civil (66) y el penal.

Indirectamente también se produce un efecto despenalizador en el ámbito de las conductas imprudentes, que por exigencia del elemento subjetivo del tipo quedarán desplazadas a ser meros ilícitos civiles, por su imposible encuadre en las cláusulas generales de imprudencia —arts. 565 y 586 bis) del CP—.

Ante tan sugerentes y compartibles resultados político-criminales debe indagarse si realmente son tales, o bien, también pueden conseguirse a través de los presupuestos aquí delineados.

En el primer supuesto —tipos dolosos sin el elemento subjetivo— dicha función se muestra tan sólo como una pretensión dogmática irrealizable en el proceso penal. En este sentido debe partirse de la anteriormente afirmada identificación de contenido *animus iniuriandi*-dolo. Ante dicha confusión, en sede procesal, se produciría también una automática identificación entre ambas. La prueba del dolo presupondría la del *animus*, y ésta la del dolo, con lo que se confirma la falacia consistente en asignar una virtud político-criminal a esta teoría cuando en realidad carece de ella; a saber: que no toda lesión del honor dolosa fuera típica penalmente, si falta el *animus iniuriandi*.

Se puede todavía afirmar, en contestación a esta crítica, que no toda conducta dolosa sería típica si se actuara con *animus* concurrente o diferente del de injuriar —normalmente el de informar—. Sin embargo, las consecuencias que se extraen no sólo no son beneficiosas, sino contraproducentes, ya que ante una colisión de *animi* a resolver en el tipo subjetivo es cierto que se excluye la tipicidad penal, pero esto no prejuzga la exclusión de la posible responsabilidad civil, ya que «lo atípico penalmente puede perfectamente ser civil o administrativamente injusto» (67), cuando en realidad lo que se concluye es un juicio de adecuación a derecho de la conducta por el ejercicio de la libertad de información (68). Aparte, por supuesto, de la confusión

(66) Que reconduciría estas conductas a lo regulado en la LO 1/1982 de protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

(67) COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Presupuestos...*, p. 108.

(68) *Vid.* en el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 80 y MORALES PRATS: *Adecuación...*, p. 280, este último a partir de la resolución de un primer conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión en la tipicidad, a través de la adecuación social, argumenta que su exclusión por este motivo haría también inviable la responsabilidad civil de la conducta.

dogmática que ello produce tal como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior.

En el segundo supuesto —lesiones imprudentes del honor— su exclusión es dogmáticamente correcta, de acuerdo con la teoría del *animus*, pero negando la presencia de un elemento subjetivo del tipo no por ello abocamos a la posible incriminación por imprudencia si tal es imposible, como ahora veremos, a partir de la propia finalidad del precepto y de la naturaleza de los elementos normativos que lo conforman.

El legislador al tipificar el delito de injurias ha optado por hacerlo de tal manera que su subjetividad es patente. Por la relevancia fundamental que ha dado a la necesaria valoración que el sujeto ha de hacer de las circunstancias, modo y ocasión de la expresión proferida, ha excluido su incriminación culposa, remitiendo en tal caso su responsabilidad al ámbito civil.

Igualmente, sólo a esta conclusión puede llegarse a partir de la conformación de los elementos objetivos exclusivamente con elementos normativos, que, recordémoslo, para asegurar su presencia se exige sean previamente valorados por el sujeto. Si bien el sujeto puede generar mediante la lesión del deber de cuidado una situación de deshonra, descrédito o menosprecio, ello no puede fundamentar la responsabilidad por imprudencia, pues el tipo exige, además de la objetividad del menosprecio, que el sujeto sea consciente de que la situación va a producir ese menoscabo de las posibilidades participativas, y que así se verifique. Y eso sólo puede realizarse dolosamente.

Asimismo, la exigencia del *animus* produce un efecto político-criminal distorsionante por la insoportable tendencia subjetivizadora que conduce a «una peligrosa desprotección del bien jurídico honor» (69), y hace desplazar el carácter lesivo del honor, entendido normativamente (70) como posibilidades de participación y asunción de los roles sociales, únicamente a la valoración injuriosa que de las circunstancias concurrentes hace el sujeto activo, sin dar lugar a la necesaria comprobación que de las mismas haga el juez como lesivas del honor.

(69) BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 18, y en el mismo sentido MORALES PRATS quien afirma que «la exacerbada subjetivización del conflicto desatiende las exigencias del principio penal del hecho», *Adecuación...*, p. 277.

(70) En torno al concepto de honor como bien jurídico protegido, *vid.* ALONSO ÁLAMO: *Protección penal...*, pp. 139 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN: *El derecho...*, pp. 133 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *ADPCP*, 1984, pp. 305 y ss.; *idem*: *Honor...*, pp. 68 y ss., y COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: «Consideraciones de *lege ferenda* sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnias e injurias contra particulares», en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico núm. 6, 1983, pp. 254 y ss.

Por ello, si a lo que debemos atender, en orden a la comprobación del comportamiento típico, es a «los intereses que se pretenden defender» (71), y éstos son los emanados de un concepto normativo de honor, no puede hacerse depender únicamente la relevancia jurídico-penal de unas expresiones proferidas, de la evanescente trascendentalidad del *animus iniuriandi*, sino de la concreta valoración que de las circunstancias del hecho se realice en orden a la posible lesión ilegítima del honor de un sujeto y al menoscabo consecuente de su ingreso y progreso económico-social (72).

V. DISFUNCIONES PROCESALES: PRUEBA Y PRESUNCIONES

Una vez señalados los problemas de derecho material que supone la exigencia del *animus iniuriandi*, todavía es de destacar la problemática que se plantea en sede procesal y principalmente el de su prueba y correlativo uso de presunciones. Si bien ha de señalarse que la mayoría de las siguientes reflexiones no son insalvables para los defensores de la teoría del *animus*, ni de la simple defensa de la existencia de este elemento puede extraerse automáticamente la necesidad del uso de las presunciones.

Los elementos subjetivos del tipo, y en general todos los conceptos que reflejan una disposición o tendencia interna del sujeto —*Dispositions begriffe*— (73), no pueden ser directamente probados (74). Esto hace que de las mismas se afirme que sean «complicaciones de la prueba en el proceso» (75). Así no serían casos de ambigüedad —en la mayoría de las ocasiones aparece perfectamente delimitado a qué ha de referirse la prueba— sino que ésta es posterior y proviene de la interpretación de los indicios para comprobar dicha disposición.

Es obvio que compartiendo el *animus* la naturaleza de concepto que refleja una tendencia o disposición, su prueba no puede deducirse directamente, sino que necesita poder inducirse —que no presumirse— de otros hechos objetivos. Estos hechos se denominan por HASSEMER «indicadores» (76), correspondiéndoles las siguientes características: «ser observables, completos y revelar la disposición» (77).

(71) QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho...*, p. 232.

(72) *Vid.* en ese sentido COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Consideraciones...*, p. 255, siguiendo en ello a ARTZ.

(73) HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, Traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Ed. Bosch. Barcelona, 1984, p. 227.

(74) MUÑOZ CONDE: *Libertad de expresión...*, p. 853.

(75) HASSEMER: *Fundamentos...*, p. 227.

(76) HASSEMER: *Fundamentos...*, p. 228.

(77) HASSEMER: *Fundamentos...*, pp. 228-9.

Con ello la atribución de la disposición subjetiva por parte del juzgador ha de producirse a través de «un complejo proceso de decantación de la prueba» (78).

Entre la técnica de los indicadores y la de las presunciones existen virtuales diferencias ya que éstas, si bien son observables, no dan prueba completa —y por ello admiten la prueba en contrario— y no son aptas para revelar esa disposición sino sólo para apuntar «presumiblemente» dicha tendencia.

Sin embargo, la teoría del *animus* acaba afirmando la presencia del mismo en función de verdaderas presunciones *iuris tantum*. Presunciones que emanan de la concurrencia en el caso concreto de los elementos objetivos de la injuria (79). Estos elementos no vienen dados por la expresión proferida sino por las circunstancias, modo y ocasión en que tales han sido proferidos por el sujeto activo, con lo que se concluiría con el siguiente resultado político-criminal: a pesar de la subjetivización del delito de injurias por la presencia del *animus*, en realidad, por el juego de las presunciones, acaba convirtiéndose en una verdadera responsabilidad objetiva. Se produce en tal caso una doble solución constitucionalmente inaceptable: a) la de presumir el elemento subjetivo a partir de lo «objetivamente injurioso» de las expresiones que, con la identificación previamente realizada, pasa a ser una *presumptio doli* contraria a la presunción de inocencia del art. 24 CE (80) y b) la inversión de la carga de la prueba (81).

Ante semejantes problemas, la mayoría de los defensores de la teoría del *animus* han criticado la prueba del *animus iniuriandi* a través de las presunciones (82).

Los mayores problemas se plantean cuando son varios los *animi* concurrentes en la conducta, puesto que ello va a exigir una decisión acerca de en favor de cuál aparece la presunción, lo que a su vez condicionaría la carga de la prueba. Así, el *animus iniuriandi* aparece presunto a partir de «expresiones o circunstancias objetivamente injuriosas» (83) y el *animus informandi* a partir de las circunstancias

(78) MUÑOZ CONDE: *Libertad de expresión...*, p. 853.

(79) Elementos objetivos que a su vez no son descriptivos sino normativos-valorativos, y ha de tenerse en cuenta que no pueden considerarse elementos objetivos del tipo básico de injurias los referidos en el art. 458, ya que éstos sólo servirían para calificar de graves las mismas, hecho que sólo puede ser comprobado con posterioridad a la constatación del carácter menospreciativo de la acción ejecutada o expresión proferida, so pena de entender, lo cual sería absurdo, que el *animus iniuriandi* se ha de inducir no de los propios elementos de su tipo básico, sino del de su caracterización como graves.

(80) En ese sentido BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 18.

(81) En ese sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 78.

(82) *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 78, y CABELLO MOHEDANO: *Animus...*, pp. 548-9.

(83) Destaca la inexistencia de conductas injuriosas *per se* GARCÍA PABLOS, A.: *De los delitos contra el honor*, en VV.AA.: *Código Penal Comentado*, coordinado

objetivas de la situación de justificación. Sin embargo no parece de recibo entender que siempre que aquéllas se den estemos en presencia del *animus iniuriandi*, y sin embargo revertir esas consideraciones cuando, a pesar de lo mismo —pues en caso contrario no se darían ni siquiera los elementos objetivos del tipo—, concurren circunstancias objetivas del ejercicio de un derecho, y entonces lo que se presume es el *animus informandi*. Ello haría que arbitrariamente se produjera una situación casuística de responsabilidad en la carga de la prueba (84).

Es por tanto necesario entender que tanto el dolo de injuriar como la intención de ejercer la libertad de expresión son elementos que plantean las mismas complicaciones de prueba que el resto de los elementos subjetivos del delito, sin que sea de recibo realizar en su virtud unas presunciones inconstitucionales y aún menos emanadas de expresiones de las que, individualmente consideradas, se proclama su pretendido carácter objetivamente injurioso (85). De modo que los elementos llamados a probarse son el conocimiento y valoración previa realizados por el sujeto activo, acerca de las circunstancias, modo y ocasión en los que se afirma algo de alguien, sabiendo que dichas acciones o manifestaciones producen menosprecio, deshonra o descrédito. Pero entonces no es lo afirmado lo que indica el dolo sino el concreto modo en que tal se ha producido, y de ahí deriva su carácter circunstanciado. Con ello el tipo de injurias se aleja de los peligros de convertirse en una responsabilidad objetiva a la que se veía abocada por la automática identificación «expresión objetivamente injuriosa»-*animus iniuriandi*.

VI. CONCLUSIONES

— No puede entenderse que ni la argumentación gramatical, ni la derivada de la propia naturaleza del delito sean irrefutables en orden a la fundamentación de la existencia de un elemento subjetivo

por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS, ed. Akal/Iure, Madrid, 1990, p. 847.

(84) Sobre esta situación, *vid.* BALAGUER CALLEJÓN: *El derecho...*, p. 173, que la define como grave disfuncionalidad.

(85) Pues hasta donde alcanza el entendimiento de la concepción de un Estado social y democrático de derecho y pluralista no puede, en buena lógica, argumentarse, por ejemplo, que el ser homosexual o prostituta sean expresiones «objetivamente» injuriosas *per se*, pues sería lo mismo que afirmar el propio carácter de menosprecio, deshonra o descrédito de los portadores de estas características, lo cual es inaceptable, cuando la propia Constitución protege la no discriminación por razón de sexo —práctica sexual sea esta homófila o promiscua a través de una retribución económica—, por lo que dichas imputaciones, de ser falsas, no pueden por sí solas tacharse de injuriosas fuera del marco en que han sido verdidas, y en el caso de ser ciertas, al margen de lo anterior, suponen verdaderos ataques a la intimidad personal.

del tipo distinto del dolo, aunque sí para demostrar el carácter subjetivo con que el legislador ha delineado el comportamiento típico incriminado.

— Tanto la proposición «en» como la naturaleza subjetiva del supuesto de hecho tipificado se derivan del uso de elementos normativos, que exigen, para afirmar que concurre el dolo, una especial valoración de las circunstancias como momento cognoscitivo-intelectivo del mismo.

— El *animus iniuriandi* no tiene un contenido específico diferenciado del dolo, pues su contenido puede reconducirse o bien a la sede del momento cognoscitivo del dolo, como especial valoración de los elementos normativos, o bien a la sede del momento volitivo, como intención interna respecto de los elementos objetivos del mismo —dolo directo de primer grado—, pero nunca como contenido trascendente al mismo conformador de un elemento subjetivo del tipo.

— El *animus iniuriandi* tampoco se presenta como apto para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales por producir una confusión dogmática entre las funciones que a cada categoría del delito se otorga: 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. Igualmente ello supone trasladar la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, sometidos a presupuestos propios, al campo de la mera subjetividad.

— No son definitivas las virtudes político-criminales despenalizadoras de la teoría del *animus* pues ni tales se producen en las lesiones del honor dolosas, pero sin la concurrencia del *animus* por la imposible diferenciación material dolo-*animus*, ni es privativa de esta teoría la exclusión de la incriminación culposa de la misma.

— La imposible imputación culposa de las injurias, desde la perspectiva que defendemos, deriva de la propia voluntad del legislador y de la imposibilidad de concurrencia de elementos objetivos que han de ser previamente valorados por el sujeto activo, a través de la infracción del deber de cuidado.

— Se producen por parte de la teoría del *animus* disfuncionalidades político-criminales. En primer lugar al considerarse excluido el *animus iniuriandi* por otro/s concurrente/s no se prejuzgaría la posible responsabilidad civil. Por otro lado provocaría una tendencia subjetivadora que margina el principio penal de responsabilidad por el hecho.

— También se plantea como inviable la solución procesal de la teoría del *animus*: por la comprobación de su concurrencia a partir de presunciones de expresiones objetivamente injuriosas, que, por una parte, abocan a este tipo, de facto, a una responsabilidad objetiva,

y por otra invierte la carga de la prueba vulnerando el principio de presunción de inocencia.

— En contraposición a todo lo planteado, la tesis aquí defendida conduce a unas consecuencias igualmente beneficiosas: a) la ausencia de incriminación culposa y b) una mejor delineación de lo ilícito penal frente al civil. Y se evitan las disfunciones: a) desde el punto de vista material, la exacerbada subjetivización que supondría una desprotección del bien jurídico honor; b) desde el punto de vista procesal, la paradójica, aunque real, responsabilidad objetiva, y c) un esclarecimiento del contenido de los elementos subjetivos que comporta este tipo.

— Por lo tanto la prueba se concreta en: a) la concurrencia de los elementos objetivo-normativos en el caso concreto y b) la valoración de las circunstancias, modo y ocasión en que se ha efectuado la acción o expresión como lesivas del honor —conocimiento de los elementos objetivos-normativos como dolo del sujeto— y el quererlas de esa manera —elemento volitivo del dolo—.

La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal

ESTEBAN SOLA RECHE

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

I. EL DESVALOR DE LA ACCIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTADOR DE LO INJUSTO

1. Con la generalizada aceptación por la moderna Ciencia del Derecho Penal de las consecuencias estructurales de la teoría de lo injusto personal, algunos problemas de la dogmática jurídico-penal han sido replanteados a partir de la fructífera distinción en lo injusto del «desvalor de la acción» del «desvalor del resultado» (1). En

(1) V. WILHELM GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en «Festschrift für Bockelmann» (C. H. Beck), München, 1979, pp. 155-79 (*pássim*); SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad* (Tecnos), Madrid, 1984, *pássim*; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* (4.^a ed. Duncker & Humblot), Berlin, 1988, p. 215; HANS-JOACHIM HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, en «ZStW» (94), 1982, pp. 240-56; HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre in Festschrift für Reinhart Maurach* (C. F. Müller), Karlsruhe, 1972, pp. 51-73 (*pássim*); GÜNTHER STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht», en *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (O. Schwartz), Göttingen, 1975, pp. 177-93 (*pássim*); DIETHART ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (traducción de MARCELO-A. SANCINETTI) (Hammurabi), Buenos Aires, 1990, *pássim*; sobre la trascendencia de dicha distinción también CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre)* (C. H. Beck), München, 1992, pp. 198-9 (10/88-90). Crítico con la suficiencia de tal distinción GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre)*, (2.^a ed. De Gruyter) Berlin/New York, 1991, p. 167 (6/76). Su validez

particular, el fundamento de la punición de la tentativa (2) y de los delitos de peligro abstracto (3), la estructura de las causas de justificación (4), y en general, la determinación del contenido de lo injusto, han sido temas que, abordados desde esa perspectiva, han devuelto al debate dinamismo y a la vez concreción.

2. Cuando el contenido de lo injusto se analiza con esos parámetros, necesariamente surge la dificultad de poner en relación desvalor de la acción y desvalor del resultado por medio de la pregunta de si ambos deben concurrir irremisiblemente en la constitución de lo injusto (5). Pretendiendo revisar el planteamiento que Welzel hizo del problema no todas las versiones del mismo le son fieles. Al estimar como desarrollo natural del finalismo la obra de su discípulo

y utilidad, con una acepción alejada de la concepción subjetiva de lo injusto ha sido claramente demostrada por SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (2.ª ed. Bosch), Barcelona, 1982, pp. 60-5, y especialmente «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *ADPCP*, 1988, pp. 662 y 670-3.

(2) V. JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I (Introducción. Teoría General del delito/1)* (4.ª ed. Tecnos), Madrid 1994, pp. 393-8, especialmente notas 136, 140, 147, 150 y 153; ELENA FARRÉ TREPAT, *La tentativa. Doctrina y jurisprudencia* (Bosch), Barcelona, 1986, pp. 34-6 y 55-7; GALLAS, ob. cit. en n. 1, pp. 159-60; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 35-40/51-60 y 121-5; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General* (1.ª ed. Civitas), Madrid, 1977, pp. 334-5; HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte General* (traducción de JUAN BUSTOS RAMÍREZ y de SERGIO YÁÑEZ PÉREZ) (correspondiente a la 11.ª ed. Editorial Jurídica de Chile), Santiago de Chile, 1970, pp. 260 y 267; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 146/163 y 252-3. Cfr. RAINER ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat* (Dunker & Humblot), Berlín, 1989, pp. 104-5.

(3) V. WILHELM GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», en *Festschrift für Ernst Heinitz* (Walter de Gruyter), Berlín, 1972, p. 181; ECKHARD HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte* (O. Schmidt), Köln, 1973, pp. 73-7; ROXIN, ob. cit. en núm. 1, p. 205 (10/102-4); RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, pp. 59-60; ÁNGEL TORIO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», en *ADPCP*, 1981, pp. 835 (donde suscribe como punto de partida la postura de GALLAS, al identificar los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro posible, y obteniendo así en éstos el desvalor de la acción por el carácter peligroso del comportamiento), 838-40 y 846.

(4) V. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 455-60; GALLAS, ob. cit. en n. 1, pp. 172-9; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 75-120; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Bosch), Barcelona, 1978, pp. 116 y 200-3; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (3.ª ed. corregida y puesta al día. PPU), Barcelona, 1990, pp. 449-53; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 2, pp. 335-6; RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, pp. 57-9; JÜRGEN WOLTER, *Imputación objetiva y personal a título de injusto*. A la vez una contribución al estudio de la *aberratio ictus* en BERND SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ) (Tecnos), Madrid, 1991, pp. 112-3; ZIELINSKI, ob. cit. en núm. 1, pp. 313-5.

(5) V. sobre ello CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 394-7.

Kaufmann (6) y la del discípulo de éste, Zielinski (7), se le ha hecho participe de algún pronunciamiento que sólo a éstos corresponde (8): la extracción del desvalor del resultado del ámbito de lo injusto. Hay que recordar que no es ésta la conclusión necesaria de la afirmación de Welzel de que «el desvalor personal de la acción es el desvalor personal de todos los delitos en el Derecho Penal (...). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción» (9): que lo injusto pueda quedar constituido por el desvalor de la acción no empece que aquél pueda agravarse por el desvalor del resultado en los delitos dolosos (10); precisamente, el proceso de identificación del desvalor de la acción como elemento fundamentador de lo injusto se obtiene de que «lo injusto no queda agotado en la causación del resultado» (11). Y por consiguiente no es preciso deducir de ello la propuesta de eliminar el desvalor del resultado como elemento fundamentador de lo injusto; la gravedad de lo injusto del delito consumado sería mayor que la del delito intentado en directa proporción al mayor o menor desvalor del resultado (12); faltando el desvalor del resultado en la llamada tentativa inidónea, lo injusto sería menor que en la tentativa idónea que alcanza el concreto peligro para el bien jurídico y por tanto se le añade el desvalor del resultado (13).

(6) Respecto a lo que ahora nos interesa v. «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Hans Welzel* (Walter de Gruyter), Berlin/New York, 1974, pp. 403 y 410-1; y, el mismo, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Schwartz), Göttingen, 1959, pp. 50-2.

(7) Cfr. ob. cit. en n. 1, pp. 143-64, 231-48, 251-3 y 367-9.

(8) Cfr. GALLAS, ob. cit. en n. 1, p. 155; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 26-8; SANCINETTI, en ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, p. XXI.

(9) WELZEL, ob. cit. en n. 2, p. 92.

(10) Cfr., con otra opinión, por ejemplo, MIR PUIG, ob. cit. en primer lugar en n. 1, pp. 61-2 núm. 84.

(11) WELZEL, ob. cit. en n. 2, p. 91. Cfr. sin embargo ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, p. 1.

(12) Además de las referencias anteriores a KAUFMANN y a ZIELINSKI, cfr. en la literatura española, en relación con la irrelevancia para el injusto de la producción del resultado, considerando que basta la capacidad de producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos, por ejemplo, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», en *ADPCP*, 1983, p. 86; también, extrayendo de lo injusto la valoración sobre el resultado MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, pp. 145-6; RODRIGO-FABIO SUÁREZ MONTES, «Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?», en *Festschrift für Hans Welzel* (Walter de Gruyter) Berlin/New York 1974, pp. 388-91.

(13) Existe mayoritario acuerdo en entender como resultado objeto de desaprobación por la norma jurídico-penal el (concreto) peligro o la lesión del bien jurídico. La peligrosidad da lugar al correspondiente calificativo de la acción, y corresponde por tanto a su valoración; v. al respecto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 352-5 con notas 45-7; también, JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 216, y RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 2, pp. 331-3 especialmente n. 20.

3. En cambio, sería conforme a ese sentido la conclusión de que para que quede constituido lo injusto, el desvalor de la acción es necesario y suficiente; y el desvalor del resultado, contribuye a su agravación en las formas dolosas (14). Lo necesario del desvalor de la acción en la constitución de lo injusto se obtiene de la fundamentación imperativa de las normas penales, dirigidas a condicionar (prohibiendo u ordenando) determinados comportamientos humanos (15), quedando claro por tanto que el desvalor de la acción es elemento imprescindible en su composición. Lo suficiente del desvalor de la acción en la constitución de lo injusto de los delitos dolosos, se comprueba con la punición de la llamada tentativa inidónea y de los delitos de peligro abstracto (16). Sin embargo, es

(14) Cfr. de otra opinión CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 394-6, a pesar de que mantiene que el desvalor del resultado puede faltar, por ejemplo, en la tentativa inidónea (p. 363); HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 72-3; JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 215, que sin embargo asume la categoría injusto de acción (p. 216), y la de delito imprudente de resultado (p. 779); MANFRED MAIWALD, «Die Bedeutung des Erfolgswertes im Unrecht», en *Wiedergutmachung und Strafrecht (Simposion aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein)* (Wilhelm Fink), München, 1987; pp. 71-2; WOLTER, ob. cit. en n. 4, pp. 110-1. En otro sentido cfr. ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 162-4 y 368. Sin embargo, con la conclusión expuesta de que la concurrencia del desvalor del resultado supone la agravación de lo injusto en los delitos dolosos, se evita la equiparación entre tentativa acabada y delito consumado aunque, de momento, persiste la objeción en el ámbito de los delitos culposos de que lo injusto queda constituido por la conducta descuidada; cfr. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 215.

(15) Por todos, ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (traducción de ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER y ERNESTO GARZÓN VALDÉS) (Depalma), Buenos Aires, 1977, pp. 142, 184-8, 208-11 y 375-81; el mismo, ob. cit. en primer lugar en n. 6, pp. 393-6; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 133-41 y 367; v. también RICHARD HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, (Scientia) Aalen, pp. 187-9; HUERTA TOCILDO, ob. cit. en n. 1, pp. 17-20; MIR PUIG, ob. cit. en primer lugar en n. 1, pp. 60-5; RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 51.

(16) Cfr. por ejemplo RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, pp. 70-3, referencia en la que dicho autor hace partícipe a MAURACH de la idea sostenida por el *Reichtsgericht* de que el fundamento del castigo de la tentativa inidónea se encuentra en la lesión del general orden público por la manifestación volitiva contraria a Derecho; no obstante lo que MAURACH denuncia es que con ello se encubre el auténtico fundamento: el peligro abstracto que contiene la tentativa; cfr. REINHARD MAURACH, *Derecho Penal II* (traducción y notas de Derecho español por JUAN CÓRDOBA RODA) (Ariel), Barcelona, 1962, p. 194. En relación con lo injusto de la tentativa inidónea considero oportuno advertir aquí que un importante sector doctrinal, en general vinculándose al concepto social de acción, suscribe la llamada «teoría de la impresión», mediante la que obtiene un bien jurídico nuevo, consistente en la confianza de la comunidad en la vigencia del Ordenamiento Jurídico. Este bien jurídico, distinto de los tradicionalmente considerados, es destacado unas veces, por ejemplo cuando se quiere probar en la tentativa inidónea el desvalor del resultado y, otras veces, prácticamente en todos los demás delitos, se le hurta significación: esa confianza en la vigencia del

aún minoritariamente suscrita la suficiencia del desvalor de la acción para la constitución de lo injusto de los delitos culposos (17).

II. SIGNIFICADO DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN

4. Al reconocer en lo injusto un desvalor de la acción implícitamente se ha disgregado del objeto de valoración —la acción— otro factor diferenciado: el resultado (18). Que éste deba o no ser abarcado por el juicio de antijuridicidad es cuestión que no tiene por qué ser resuelta para admitir la corrección de un enjuiciamiento separado de la acción. Otra cosa es que al ser la acción el *prius* lógico del resultado, y por más que la una y el otro puedan ser valorados por separado como ya se ha dicho, deba ser tenido en cuenta que la

Ordenamiento Jurídico ¿no queda tanto o más socavada en el delito consumado que en el inidóneo intento de lesión del bien jurídico? Con esa discutible instrumentación resulta inmediata la construcción de un desvalor del resultado, y se elabora una preciosa máxima carente de excepciones: lo injusto sólo queda constituido cuando al desvalor de la acción se le añade el desvalor del resultado; cfr. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, pp. 478-9; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 2, p. 335. Al respecto, pesimista con el futuro de esta teoría en el ámbito de la tentativa, v. por ejemplo THOMAS WEIGEND, «Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre», en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften I)* (Duncker & Humblot), Berlin, 1989, pp. 121-4. Sobre la suficiencia del desvalor de la acción, precisamente en relación con la punibilidad de la tentativa inidónea como supuesto de no concurrencia del desvalor del resultado cfr. GÜNTER SPENDEL, «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», en *NJW*, 1965, p. 1881.

(17) WELZEL, ob. cit. en n. 2, pp. 193-4; y como desarrollo de esta posición KAUFMANN, ob. cit. en primer lugar en n. 6, p. 411; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 176-79, 220 y 368; FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, «Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* (Walter de Gruyter), Berlin/New York, 1974, pp. 557-63 y 578; MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, pp. 301-3; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (PPU), Barcelona, 1989, pp. 37-9 y 367-77. Nótese sin embargo que admitir la suficiencia del desvalor de la acción en los delitos culposos no implica el acuerdo respecto al papel del resultado aunque en general se acepta que, además de no ser necesario el desvalor del resultado para que se dé lo injusto del delito imprudente, la aparición del mismo tampoco incrementaría lo injusto. Ello daría lugar a una decisiva distinción sistemática entre los delitos dolosos y culposos, de modo que la actualidad de la afirmación de que «el tipo imprudente es residual, sin estructura dogmática propia, construido a partir de modificaciones puntuales del tipo doloso» de CORCOY BIDASOLO (p. 34), puede ser, cuando menos, cuestionada. Expresamente en contra de eliminar el desvalor del resultado como elemento de necesaria concurrencia en lo injusto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 441-3 con notas; CARLOS-MARÍA ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)* (Bosch), Barcelona, 1981, pp. 211-2 y 225-8.

(18) Incluso cuando éste se entienda ajeno a lo injusto, y se le otorgue, o no, relevancia —por ejemplo como elemento selectivo, o como condición objetiva de punibilidad.

configuración de la acción se obtiene de su orientación a un resultado (19): quien con voluntad homicida sólo alcanza a causarle unas lesiones graves a la víctima, realiza una acción distinta de la de quien produciría las mismas lesiones siendo ése su objetivo (20); en los delitos culposos la norma de cuidado se configura por la capacidad del comportamiento que no la observe para producir determinados lesiones a determinados bienes jurídicos (fin de protección de la norma). La vulneración de la norma por más que en su formulación haya considerado un bien jurídico —constituyendo el sustrato valorativo positivo—, significa la infracción de un mandato o de una prohibición *por un comportamiento humano* (21) —sustrato valorativo negativo (22), objeto del juicio de antijuridicidad—. Y para decidir de qué acción se trata —por ejemplo de matar o de lesionar—, el resultado como aparición de la lesión o el peligro para el bien jurídico no sirve para aclarar qué norma ha sido vulnerada (23).

5. Con este planteamiento, la pregunta inmediata, y decisiva, es la de ¿cómo se entiende vulnerada la norma de determinación?, o tomando ya la referencia de la acción: ¿qué características de ésta la hacen jurídicamente disvaliosa? La respuesta se obtiene al explicar el contenido posible del desvalor de la acción. El juicio de antijuridicidad tiene sentido en la medida en que el comportamiento considerado constituya una manifestación de voluntad del sujeto (24); y dicho comportamiento es ilícito en cuanto contraviene la norma de determinación implícita en la ley. Sin embargo estas ideas no son más que el resumen de evaluaciones más detalladas que, sobre todo la doctrina, se ha encargado de estructurar.

6. Cuando se habla del tipo doloso o del tipo imprudente, no estamos haciendo más que formalizar la previa caracterización de una acción como dolosa o como imprudente; por tanto carece de sentido discutir la corrección de integrar dolo e infracción del cuidado objetivamente debido en el conjunto del desvalor de la acción: son

(19) Cfr. RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 61.

(20) De admitir la equivalencia de resultados, es en el análisis de la acción —ordenada a un resultado— donde obtenemos los rasgos que permiten diferenciar entre una tentativa acabada de un delito consumado.

(21) Por todos KAUFMANN, ob. cit. en n. 15, *ibidem*. Esta idea, aunque generadora de un concepto solamente formal de ilícito, ya estaba presente en la idea de Derecho de THON, v. ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 6-7 y 12-3.

(22) V. por ejemplo, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos calificados por el resultado y causalidad* (reimpr. Centro de Estudios Ramón Areces), Madrid, 1990, pp. 107-8; LUIS GRACIA MARTÍN, *Proyecto docente y de investigación en Derecho Penal*, 1990, pp. 80-101. Como primera referencia KAUFMANN, ob. cit. en n. 15, *ibidem* y pp. 90-7.

(23) Tampoco en los delitos culposos: un resultado de lesiones o un resultado de daños puede ser producto de la infracción de la misma norma, que vendría a exigir una conducción diligente.

(24) Así MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, p. 665.

calificativos de una acción, que resulta disvaliosa precisamente por vestir esas características.

En el desvalor de la acción *de los delitos dolosos* (25) se estima el modo y la forma en la que se lleva a cabo la acción (26); su grado de realización (27); la efectiva concurrencia del dolo y en su caso la de los restantes elementos subjetivos de lo injusto; y si se trata de delitos especiales, la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor. El dolo supone la manifestación de la voluntad de lesionar un bien jurídico a través de un determinado comportamiento (integrada en el elemento volitivo, como voluntad de alcanzar el resultado típico mediante la realización de la conducta típica) (28). Pero además la conducta debe objetivamente dirigirse a la lesión del bien jurídico (como factor del que depende la concurrencia del elemento intelectual del dolo) (29); si no es así, entonces real-

(25) Sobre la identificación de los diferentes factores que aquí se integrarán en el desvalor de la acción de los delitos dolosos, v. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 393; WELZEL, ob. cit. en n. 2, pp. 91-2; JESCHECK, ob. cit. en n. 1, pp. 216-8; RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 65; GÜNTHER STRATENWERTH, «Handlungsund Erfolgswert im Strmfrecht», en *ZStrR*, 1963, p. 236.

(26) De ahí que puedan apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que supongan un mayor o menor desvalor de la acción, y por tanto mayor o menor injusto; v. JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II (Teoría jurídica del delito/2)* (Tecnos), Madrid, 1990, pp. 103-7.

(27) Este factor permite establecer un menor injusto en la tentativa que en la frustración, y en ésta que en el delito consumado. V. así cómo MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, p. 370, obtiene un fundamento objetivo-subjetivo para la menor punibilidad de la tentativa frente a la frustración: la realización parcial de la ejecución en la tentativa no prueba *todavía* que el autor hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución.

(28) El elemento volitivo del dolo falta, por ejemplo, en los denominados supuestos de tentativa irreal, pues aunque existe voluntad de producción del resultado no existe la voluntad de realizar la conducta típica: quien reza para conseguir la muerte de su enemigo, se representa y desea el resultado típico, pero no por un comportamiento típico pues con sus rezos no estaría matando; distinto sería si quisiera alcanzar el resultado disparándole. Sin embargo, el elemento volitivo concurre en la acción que genera un riesgo por más que su mínima entidad no dé lugar a su desaprobación jurídica: quien con la esperanza de acabar con la vida de otro le envía al bosque en un día de tormenta o le insta a que realice frecuentes viajes en aviones no muy seguros, crea una situación que, caso de producirse el resultado, no puede serle negada su contribución; y de ahí la diferencia de la tentativa irreal pues, volviendo al ejemplo, los rezos en nada contribuyen a hacer posible la muerte del enemigo; v. *infra* n. 12; cfr., no obstante, CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 356.

(29) La concurrencia de este elemento resulta relevante cuando se dé el elemento volitivo, de modo que no se apreciaría ni tentativa «cuando el autor, a pesar de ejecutar acciones *objetivamente adecuadas al resultado*, no coja en su voluntad el evento típico» (MAURACH, ob. cit. en n. 16, p. 172; la cursiva ha sido añadida). Cfr. *infra* n. 12. V. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* (2.^a ed. Tirant Lo Blanch), Valencia, 1989, p. 61.

mente no existe conciencia de las circunstancias que objetivamente concurren en el momento de iniciar la acción: existe sólo creencia —por lo demás, equivocada—, a pesar de que el autor haya evidenciado con su comportamiento su voluntad delictiva (30). Se distingue así entre el comportamiento de quien quiere producir el resultado a través de una conducta típica, pero en la situación concreta aparece su acción objetivamente inidónea —que podría dar lugar a una tentativa imposible—, del de quien incluso conociendo perfectamente la situación su acción en modo alguno encajaría en el tipo —tentativa irreal.

Pues bien, precisamente de constatar objetivamente que la conducta del autor se dirige a la lesión del bien jurídico, se ocupa el juicio de peligrosidad: presente el elemento volitivo, la decisión de si la conducta es jurídico-penalmente disvaliosa depende, o debería depender (31), de que fuese peligrosa.

No cabe duda de que la idea de peligrosidad se obtiene del juicio que recae sobre la acción y vista así es requisito básico de su desvalor (32). Si no se aprecia la peligrosidad de la conducta no concurre el elemento intelectual del dolo; no basta con reconocer la voluntad de lesión típica en el sujeto para castigar su comportamiento; debe exigirse además, que su actuación aparezca como peligrosa para los bienes jurídicos protegidos (33). Y si no hay dolo la conducta no es jurídico-penalmente disvaliosa (en el ámbito de los delitos dolosos).

El desvalor de la acción *en los delitos culposos* supone la inobservancia del cuidado objetivamente debido (34): «el Derecho exige para realizar las diversas acciones de la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social» (35). Este deber de cuidado es un deber objetivo (36) que debe ser determinado «con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario

(30) Cfr. WOLFGANG FRISCH, *Vorsatz und Risiko* (Carl Heymanns) Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, pp. 196-8 y 310-2.

(31) Cfr. *infra*. núms. 7 y 8.

(32) V. MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado* (Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Edersa), Madrid, 1992, p. 54.

(33) Así, explícitamente, RUDOLPHI, *ob. cit.* en n. 1, p. 62. Cfr., no obstante, WOLFGANG FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (C. F. Müller) Heidelberg 1988, pp. 40-3.

(34) Así CEREZO MIR, *ob. cit.* en n. 2, p. 401; JESCHECK, *ob. cit.* en n. 1, p. 510-1.

(35) CEREZO MIR, *ob. cit.* en n. 2, p. 415 y v. también su nota 71.

(36) CEREZO MIR, *ob. cit.* en n. 2, p. 416.

para evitar las lesiones de los bienes jurídicos» (37). Un principio tal, limitativo de la responsabilidad penal, está presente ya en la tendencia objetivadora del deber de cuidado en los delitos imprudentes, por el cual no puede desconocerse el carácter peligroso o no del comportamiento. En este campo peligrosidad y previsibilidad del resultado van unidas (38). Y, en definitiva, el deber de cuidado teniendo siempre como objetivo la salvaguardia de los bienes jurídicos deberá ser elaborado considerando, nuevamente, el factor peligrosidad de la conducta para la producción del resultado (39); factor este determinante (de la infracción) del deber de cuidado en modo que, prescindir de él, supondría desvirtuar la vinculación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos, con las negativas implicaciones en relación con el principio de intervención mínima que a continuación revisamos desde esta perspectiva.

III. LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA COMO EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

7. El rechazo de la peligrosidad de la conducta como elemento de necesaria concurrencia en la construcción del tipo de lo injusto, doloso o culposo, propiciaría la extralimitación de la legitimidad del Estado en el castigo de comportamientos. A pesar de que este aspecto ha sido frecuentemente asumido, quizás ha sido insuficientemente destacado. Su importancia para conformar el juicio de antijuridicidad, y resumiendo la argumentación hasta aquí seguida, queda plasmada en la siguiente idea de Mir Puig: «aunque la norma deba dirigirse a la mente del sujeto y sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización» (40). El principio de intervención mínima así

(37) CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 421 con n. 103.

(38) CEREZO MIR, *ibidem*.

(39) De ese modo también se consigue la relación con el resultado el desvalor de la acción radica en la infracción del objetivo deber de cuidado, y éste a su vez se configura a partir de las acciones que previsiblemente pueden acarrear el resultado que pretende ser evitado; de ahí que para que el resultado sea «imputado» deba ser de los que la norma de cuidado infringida quería evitar. V. al respecto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 421-2 y 435-40.

(40) Ob. cit. en segundo lugar en n. 1, p. 671. V. también HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en BERND SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ) (Tecnos), Madrid, 1991, p. 83. Claramente la formulación de MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit. en n. 32, p. 54: «la peligrosidad como característica de la acción,

lo exigiría, y de ese modo se llega al carácter fragmentario del Derecho Penal, por el que se debe evitar sancionar todas las conductas tendentes a la lesión de bienes jurídico-penales, limitándose sólo a las más peligrosas (41); con más razón deben dejar de castigarse conductas que no son ni peligrosas, que no alcanzan el mínimo de gravedad exigible para que sean sancionadas con pena. Otro tanto puede aducirse de la peligrosidad como contrapeso de la legitimidad del legislador para establecer delitos de peligro abstracto.

8. Mas con ello no se quiere validar la ampliación consistente en que toda conducta peligrosa deba ser tipificada; en ese sentido son considerables los esfuerzos —principio de insignificancia, criterio de adecuación social, riesgo permitido, etc.— para eludir una injustificada hipertrofia del Derecho Penal a la que conduciría una ampliación tal. Además, la composición con correctivos subjetivos también limita el alcance de lo punible: con la peligrosidad de la conducta debe ser considerada la finalidad (42). Para ser calificada de antijurídica la conducta peligrosa, debe ser manifestación de la voluntad del sujeto. De no ser así se castigarían comportamientos que mostrándose peligrosos no representan la voluntad infractora de su autor (fundamento de la contravención, que en los delitos culposos se refiere a la norma de cuidado). Y tampoco significa que, por objetiva, la medida de la peligrosidad deba ignorar los especiales conocimientos del autor.

9. Se es consciente que en este punto aún no se ha hecho más que acercarse al problema. El fondo de éste consiste en concretar los criterios que deben informar el juicio de peligrosidad. Afrontar ello excede de los objetivos propuestos para esta ocasión. No obstante creo que pueden apuntarse como principios configuradores de una solución satisfactoria los siguientes:

1.º El juicio de peligrosidad deberá atender en todo momento al principio de protección de bienes jurídicos.

2.º Al consistir en un compuesto de criterios de valoración referidos a la acción, puede ser elaborado con independencia relativa de cómo se construyan los correspondientes a la valoración del resultado. Así, mientras que para la acción debe adoptarse la perspectiva *ex ante*, la entidad del resultado y la posible agrava-

como un elemento reconocible y enjuiciable *ex ante*, constituye un *requisito básico del desvalor de la acción*, y ello, tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos y cuya exigencia se deriva (...) de la comprensión de las normas penales como normas de determinación».

(41) MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, p. 99. V. también MANFRED MAIWALD, «Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts», en *Festschrift für Reinhart Maurach* (C.F. Müller), Karlsruhe, 1972, pp. 22-3; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal* (Bosch) 1975, pp. 59 y 72.

(42) MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 665-6.

ción de lo injusto a la que podría dar lugar, puede ser calibrada *ex post* (43).

3.º La causalidad debe tener un fundamento naturalista. Por eso debe basarse en un factor de probabilidad cuyo incremento por la acción sea mayor que cero ($\Delta p > 0$) (44). Sobre ello debe, posteriormente, proyectarse la valoración jurídica.

4.º La acción es susceptible de ser jurídico-penalmente valorada sólo en la medida que sea orientada por la voluntad (sentido finalista de la acción).

5.º Los parámetros de valoración objetiva deben referirse al conocimiento ontológico (todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por el juez, más las conocidas por el autor), y al conocimiento nomológico (experiencia común de la época sobre los cursos causales) (45).

IV. LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA COMO CRITERIO LIMITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. SU UBICACIÓN EN EL SISTEMA

10. Con el objeto de limitar la responsabilidad penal atendiendo a las características de la acción, y muy especialmente por lo que se refiere a los delitos culposos viene desempeñando un lucido papel la idea de imputación. A través de la denominada «moderna teoría de la imputación objetiva» se consigue resolver de forma sencilla y casi inmediata la cuestión de la punibilidad o impunidad de una serie de supuestos con aspectos imbricados en los diferentes elementos conceptuales del delito. Básicamente parte de la pregunta de si el resultado puede ser atribuido (imputado) al autor como «su obra» (46), y viene a destacar que ni basta la existencia de causalidad, ni tampoco la sola voluntad de causación del resultado para que

(43) Sobre ello v. MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 671-3. Pero sobre todo, del mismo autor, «La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal», en *ADPCP*, 1983, pp. 10-3; ZIELINSKI, ob. cit. en n. 1, pp. 153 y 214-20; cfr. URS KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat* (Vittorio Klostermann), Frankfurt am Main, 1989, pp. 60-1.

(44) El deber de cuidado, cuya infracción podría generar la responsabilidad por imprudencia, representa la posible lesión del bien jurídico por la conducta que no se realice conforme a aquél.

(45) CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 353-4. También, acerca del criterio objetivo v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en *Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos 1: Presupuestos para la Reforma Penal*, Universidad de La Laguna 1992, p. 130.

(46) GEORG KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik* (Duncker & Humblot), Berlin, 1990, p. 83; JOHANNES WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat und ihr Aufbau)* (21.ª ed. actualizada. C.F. Müller), Heidelberg 1991, p. 53; ROXIN, ob. cit. en n. 1, p. 187 (10/54); HONIG, ob. cit. en n. 15, p. 179 con n. 2.

éste sea imputado (47). Así irrumpe en la teoría del delito como intento de superar las consecuencias inaceptables a las que conduciría afirmar en todo caso la responsabilidad penal de quien causalmente contribuye a que se produzca; que causalidad e imputación objetiva tienen distinto campo operativo se deduce de la posibilidad de imputar resultados a comportamientos no causales (así, los delitos impropios de omisión) (48); y de que pueda negarse la imputación objetiva y con ella la responsabilidad penal, incluso cuando se afirma la relación de causalidad: se «recorta el alcance de la causalidad» (así, en los delitos de acción culposos, cuando el resultado no es de los que la norma infringida quería evitar) (49). Con la nomenclatura imputación objetiva se reúnen «toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad (50), que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla —desde la causalidad hacia la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, infracción del deber de cuidado, resultado típico): permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también —lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle— la imputación objetiva. (...) Un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes* en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)» (51). Ciertamente una «Su-

(47) Así MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 665-6. Valiéndose del ejemplo de la tormenta y sintetizando el pensamiento de Larenz, ELENA LARRAURI PUJUAN, «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», en *ADPCP*, 1988, p. 734, plantea en esa forma la cuestión: desde el punto de vista causal puede ser evidente que el comportamiento del autor es causa de la muerte del otro, pero lo que se trata de resolver es si se le puede imputar el hecho como propio. Por otro lado, cuando se da la relación de causalidad, y a ésta antecede la peligrosidad, puede resultar jurídicamente insuficiente si no hay voluntad de producción del resultado ni supone la infracción de una objetiva norma de cuidado, y así falta el desvalor de la acción: tomemos el ejemplo del contratista que envía a los operarios a la construcción de un túnel, cuando estadísticamente es predecible la muerte de alguno de ellos, y como efectivamente sucede.

(48) Cfr. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 344-5 n. 9.

(49) V. sobre todo ello JESCHECK, ob. cit. en n. 1, pp. 249-50 y 255-9.

(50) Se pretende con este principio vincular la idea de imputación objetiva a la tipicidad como criterio limitativo de ésta.

(51) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed. Tecnos) Madrid 1990, p. 212.

percategoría» (52), que relativiza incontinentemente el concepto de delito.

11. Así, no es de extrañar que su aceptación por la doctrina en la teoría del delito siga siendo fraccionaria, y sobre todo, se discuta su significado en cuanto al criterio o criterios (de imputación objetiva) en que debe materializarse (53). Prácticamente su intromisión en el sistema hipoteca los objetivos de generalidad: de una parte debería ser replanteada la uniformidad que viene proporcionando como presupuesto la causalidad (54); de otra, parece obligado acudir a una diversidad de criterios de imputación objetiva para obtener el tratamiento razonable de grupos de problemas (55); y en última instancia la discusión acerca de su ubicación y engarce en el sistema demanda ciertas cautelas en su recepción (56).

12. No obstante, concebida la imputación objetiva como criterio limitativo de la responsabilidad, si anticipamos que la falta de conexión objetiva en el plano jurídico entre acción y resultado se traduce en la falta de desvalor de la conducta, su integración en la antijuridicidad puede quedar justificada. Para ello está llamada a jugar un papel decisivo la idea de peligrosidad. Con la construcción aquí seguida al menos hemos determinado qué emplazamiento ha de tener la discusión: en la elaboración de los criterios que deben conformar el juicio de peligrosidad. Todo criterio de imputación, por más que parta de la producción de un resultado jurídico-penalmente relevante, debe sintonizar con el principio de contravención de las normas (57); sólo cuando ese resultado se corresponda con un comportamiento que infrinja la norma puede indagarse la responsabilidad penal del autor y, por lo aquí dicho no compete a las normas jurídico-penales prohibir u ordenar comportamientos que objetivamente no sean peligrosos.

Sometida tal conclusión a crítica intrasistemática, el primer escollo que podría encontrarse surge de la, en principio razonable, inducción de la legitimidad de la defensa frente a conductas aparentemente peligrosas. Tomemos el siguiente ejemplo: en una acalorada

(52) KÜPPER, ob. cit. en n. 46, p. 116 con n. 216 siguiendo a FRISCH.

(53) V. LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, p. 715; ampliamente v. los importantes trabajos de CORCOY BIDASOLO, ob. cit. en n. 17, y de MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit. en n. 32.

(54) Así LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, pp. 768-9.

(55) LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, p. 769; MARTÍNEZ ESCAMILLA, ob. cit. en n. 47, p. XXIV; ÁNGEL TORIO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, 1986, p. 47.

(56) Sobre ello v. LARRAURI PIJOAN, ob. cit. en n. 47, sobre todo p. 770.

(57) V. CLAUS ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el Derecho Penal en Problemas básicos del Derecho Penal (traducción de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA)* (Reus) Madrid 1976, p. 130.

discusión entre los vecinos A y V en presencia de la esposa de éste último, A, ofuscado, amenaza con matar a V si en breve plazo no retira la cerca con la que ha invadido su jardín. Pasado el tiempo sin que nada de ello ocurriera, y casi olvidado el asunto, cuando A prueba la mira telescópica de su arma de caza, descargada, dirigiéndola por un instante adonde se encuentra el vecino, es visto por la esposa de V, y en la creencia de que va a cumplir sus amenazas le lanza una piedra ocasionándole lesiones.

Ciertamente el comportamiento de A revestiría peligrosidad si se atiende sólo a las circunstancias externas y desde ahí se promueve la antijuridicidad de su comportamiento —aparentemente peligroso—. Pero de nuevo surge aquí la tensión entre lo objetivo y lo subjetivo del juicio de peligro: desconociendo el observador todas las condiciones del comportamiento de A —el arma está descargada—, y finalmente, que no tiene ninguna intención de atentar contra la vida de V, la acción defensiva contra A ¿debe quedar justificada? Han de ser advertidos los siguientes aspectos del problema: en las condiciones en las que debería realizarse el juicio de peligro (58), el desconocimiento inevitable de aquello que sólo el autor conoce hace creer al observador en la existencia del peligro. Prescindiendo de la observación simultánea de la acción de A, a nadie se le ocurriría *ex post* considerar su comportamiento merecedor de sanción (59). Sin embargo, ¿debe correr con los riesgos de una acción aparentemente peligrosa y, por tanto, debe quedar justificada la acción defensiva? Recientemente MUÑOZ CONDE (60) ha planteado de forma clara la relevante distinción entre «creencia racional y fundada» y «creencia puramente personal»; desde ahí deja expedito el camino para fundamentar una respuesta afirmativa a esa última cuestión: en relación con la acción defensiva, en el análisis de lo que es *creencia racional y fundada* «comparamos la acción realizada y los standards objetivos de conducta, y no hay ninguna razón para no valorar como antijurídica la conducta que esté por debajo del standard de una persona razonable. (...) Estamos, incluso cuando la agresión inexistente pero racional, razonable y objetivamente puede presumirse su existencia, ante un riesgo jurídicamente permitido y, por tanto, en una conducta conforme a derecho que no engendra responsabilidad penal o civil para el que se defiende o para terceros que le ayuden a hacerlo». Queda por resolver, no obstante, el juicio sobre el comportamiento aparentemente peligroso, ya que si puede fundamentarse la justificación de una acción defensiva frente al mismo ¿no debería tener como

(58) V. *supra* n. 9.

(59) La necesidad de considerar la voluntad y el conocimiento del autor opera como correctivo de la perspectiva *ex ante* y en su caso, determina la existencia de tentativa. En el supuesto planteado permite decidir que A no ha intentado atentar contra V.

(60) MUÑOZ CONDE, ob. cit. en n. 45, pp. 127-35 especialmente p. 134.

presupuesto su valoración negativa? La dificultad radica en el mantenimiento en el juicio de peligrosidad los elementos voluntad del autor y las circunstancias sólo por éste conocidas. Si se prescinde de estos datos se abre la puerta a un enunciado inaceptable: todas las conductas *aparentemente* peligrosas son antijurídicas. La vía de solución pasa por identificar una norma de cuidado por la que deben evitarse conductas cuya apariencia razonablemente motivase una acción defensiva (61). Así, en definitiva, y volviendo al ejemplo, A voluntariamente contraviene la norma de cuidado y puede volverse a hablar de un desvalor de la acción paralelo a lo que en su momento se dijo respecto a los delitos culposos.

En segundo lugar, podría discutirse la capacidad de un concepto tal de peligrosidad para diferenciar el tratamiento de supuestos que, no por casualidad, han ilustrado la discusión sobre la necesidad de criterios de imputación objetiva. ¿Cómo podríamos llegar a las mismas soluciones, castigar y dejar impune respectivamente, que la imputación objetiva ofrece para los conocidos casos de Thyren (62), y el de la tormenta (63), siendo el resultado producido el pretendido, y habiendo fundamentado la peligrosidad en la posibilidad mayor que cero de que se produzca? Bastará aquí con justificar la impunidad del segundo caso. Inicialmente debe hacerse notar que no se trata de darle vueltas a algo tan palmario como que nadie puede matar con el rayo de una tormenta; la formulación correcta es la de que se coloca a alguien en una situación que propicia (hace posible cuando antes objetivamente no lo era —en el sentido del incremento del riesgo—) la producción del resultado pretendido (64). Por otra parte véase que el recurso a la imputación objetiva obvia algunas fases del juicio de antijuridicidad que, para decidir la impunidad de la conducta, cuando menos deben ser recordadas; sobre ello ha sabido llamar la atención STRUENSEE (65), al llevar a cabo la revisión de

(61) Y es que las obras trascienden a su autor; así lo advertía en su conocida frase Rimbaud respecto a la valoración de las propias ideas: «es falso decir: yo pienso. Se debería decir: me piensan».

(62) «A, completamente inexperto en el manejo de las armas, dispara contra B, con dolo de matar, desde tal distancia que incluso a un tirador excelente le sería difícilísimo acertar; no obstante, la bala de A alcanza a B matándole»; ejemplo construido por THYRÉN, *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, p. 126, que tomo de GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit. en n. 22, p. 39 con n. 104.

(63) A, en un día de tormenta manda a V al bosque con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, como efectivamente sucede.

(64) Compárese con el ejemplo del sargento A que, queriendo acabar con la vida del soldado V, le ordena que acuda a un determinado barracón a retirar unos enseres, justo a la hora en la que con conocimiento de A, iba a ser blanco de unas prácticas de bombardeo. Tampoco A mata con las bombas que hicieron blanco en el barracón.

(65) EBERHARD STRUENSEE, «Dolo de causar y causalidad putativa» (traducción de JOSÉ-LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO) en *ADPCP*, 1990, p. 940.

en qué forma deben asociarse relación de causalidad y dolo en lo injusto: tomando el ejemplo de la tormenta (66), advierte cómo la impunidad justificada a satisfacción de la doctrina dominante con la negación de la imputación objetiva del resultado, no es suficiente para negar la tentativa de homicidio; según este autor, es necesario para descartar la tentativa que la configuración del curso causal imaginado sea irrelevante (67). Esto es, que la respuesta decisiva corresponde a la pregunta de si la acción es disvaliosa o no. Para ello no basta con negar la imputación objetiva del resultado: primero, porque si se decide que en las formas dolosas el desvalor de la acción puede constituir por sí solo lo injusto sin necesitar de la concurrencia del desvalor del resultado, no puede mantenerse ahora que el desvalor de aquélla desaparece cuando éste no sea objetivamente imputable; y segundo, consecuencia además de lo anterior, porque por más que hayamos aceptado que el resultado no es imputable, queda por resolver si se da o no el desvalor de la acción de la tentativa (68) (piénsese en los supuestos de anticipación del resultado por irrupción de un curso causal independiente). De ahí que algún sector de la doctrina, y sobre el mismo supuesto, se apresure a negar la realización del tipo del homicidio atribuyendo al autor la convicción de que la producción del resultado queda fuera de su posibilidad de influencia (69), que en definitiva lo que supone es la negación de la causalidad (70). Pero la empresa de averiguar el dato que niegue la causalidad puede resultar irrealizable. Las dificultades que se vienen manifestando en el ámbito de los delitos dolosos para implantar la imputación objetiva puede tener que ver con su origen como criterio limitativo para atribuir resultados imprudentemente ocasionados (71). Los requisitos de una determinada relación de riesgo (72), o de que la acción haya creado un peligro jurídicamente desaprobado que se

(66) Ya utilizado por TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 8 tomado de HONIG, ob. cit. en n. 15, p. 186.

(67) STRUENSEE, ob. cit. en n. 65, p. 940.

(68) V. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, «Aberratio ictus e imputación objetiva», en *ADPCP*, 1984, pp. 368-9, para quien la no concurrencia de la relación de imputación objetiva no impide que se dé lo injusto, aunque no quepa el castigo por el delito consumado.

(69) Cfr. CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 385; ROXIN, ob. cit. en n. 1, p. 230 (11/36); WELZEL, ob. cit. en n. 2, p. 97.

(70) Lo que para algún autor no impide que excepcionalmente pueda darse la imputación objetiva; cfr. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 250.

(71) V. ARMIN KAUFMANN, «"Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck* (Duncker & Humblot) Berlin, 1985, p. 258.

(72) MIR PUIG, ob. cit. en n. 4, p. 229; GÜNTER STRATENWERTH, «Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung», en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag* (Walter de Gruyter), Berlin/New York, 1973, pp. 227 y 236-9; WOLTER, ob. cit. en n. 4, p. 108.

ha realizado en el resultado típico (73), o que suponga la creación de un peligro por transgredir el riesgo permitido (74), o que pueda controlarse el curso causal (75), dan lugar a soluciones satisfactorias mientras podamos contar con la lesión del bien jurídico —que falta en la tentativa— y pueda añadirse la relación de causalidad. Pero sin la lesión aparecen esas dificultades para negar, o afirmar, lo injusto de la tentativa. La pregunta sigue siendo ¿cómo se decide el desvalor de la acción? Volviendo al ejemplo: si el sujeto no es alcanzado por el rayo ¿puede negarse que se ha intentado matarlo? El lugar donde debe ser obtenida la solución puede ser objeto de una ulterior aco-tación; al comparar el mismo supuesto con los de tentativa irreal —tomando como ejemplos el de la joven inexperta que cree poder producirse un aborto con baños de agua jabonosa, o el del campesino que acude a diario a la iglesia para pedir la muerte de su vecino convencido de que sus plegarias obtendrán respuesta— podemos hacer las siguientes consideraciones: mientras que en el caso de la tormenta objetivamente podemos decir que la probabilidad de que el resultado se produzca, aunque sea ínfimamente, se incrementa ($\Delta p > 0$), en los de tentativa irreal, objetivamente en nada se ha incrementado el riesgo ($\Delta p = 0$). Admitiendo entonces un incremento en la probabilidad natural de producción del resultado en el ejemplo de la tormenta, resultará difícil cuantitativamente distinguirlo del caso THYRÉN. Sin embargo, lo que *matemáticamente*, en un cálculo si se quiere infinitesimal, puede probar un incremento probabilístico, puede que no resulte *jurídico-penalmente* relevante —en ello se fundamenta también la idea correctora del riesgo permitido—. De ese modo, puede concluirse que jurídicamente la configuración del curso causal imaginado resulta irrelevante (76). Y en última instancia, no habría desvalor de la acción.

13. Esa puede ser también la conclusión en los delitos culposos. Que la responsabilidad de un resultado lesivo por imprudencia quede supeditada al fin de protección de la norma de cuidado (77), es en definitiva resultado de vincular la norma a una concreta forma de protección de determinados bienes jurídicos, y aunque causalmente

(73) JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 257-8.

(74) ROXÍN, ob. cit. en n. 1, p. 248 (11/85).

(75) V. JESCHECK, ob. cit. en n. 1, p. 258.

(76) STRUENSEE, ob. cit. en n. 65, p. 940 con n. 32, participando de la idea de JAKOBS en los siguientes términos: «el dolo debe extenderse a un curso causal objetivamente imputable».

(77) Así CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 438-9, utilizando el ejemplo de quien conduciendo descuidadamente atropella a un suicida que se tira a las ruedas del coche en modo que ni conduciendo cuidadosamente hubiera sido posible esquivarlo, y que infringe con su comportamiento, ciertamente, una norma de cuidado, y sin embargo no puede asociársele el resultado de muerte del suicida (no es de los resultados que harían relevante la infracción de la norma de cuidado).

puedan asociarse acción y resultado, sólo cuando jurídico-penalmente esa relación sea relevante alcanza el necesario grado el desvalor de la acción (congruencia entre desvalor de la acción y desvalor del resultado).

V. CONSIDERACIONES FINALES

14. Dependiendo de los condicionantes del juicio de peligrosidad, si son aceptados los referidos, se abre camino a la impunidad de la tentativa no peligrosa (78). A su vez, se impone alguna limitación del alcance de las causas de justificación; así, no cabe legítima defensa frente a la tentativa inidónea (no peligrosa) (79).

15. La elaboración de criterios restrictivos de la punibilidad se asientan, en definitiva, en la idea de peligrosidad jurídico-penalmente relevante, que condiciona el desvalor de la acción. Y si bien los factores que informan el juicio de peligrosidad, en particular la adopción de la perspectiva *ex ante* y la suficiencia del mínimo incremento de la probabilidad de producción del resultado, llevan a una importante ampliación del concepto, corresponde al filtro normativo reducir los posibles excesos. Adecuación social (80), riesgo permitido, fin de protección de la norma, etc., son formas de ratificar la idea troncal: no deben castigarse conductas no peligrosas, pero no toda conducta peligrosa debe ser castigada. El juicio de valor no es ni más ni menos que la abstracción de un fenómeno empíricamente contrastado que, vinculado a éste, debe proyectar el sentido de lo soportable y de lo intolerable para la convivencia (81).

16. Los problemas destacados por la moderna teoría de la imputación objetiva quizás prueban que el impulso del finalismo ha resultado insuficiente para asumir un estudio circunscrito a la acción, al margen de la idea de resultado (82). De ello ha tenido también culpa que se adoptara como método de análisis la subjetiva rebeldía del autor frente a las normas. Esa excesiva internalización y subje-

(78) Conectando con la referencia a las normas: la infracción de la norma debe ser objetivamente considerada; un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos que asuma el principio de intervención mínima no debe darse por satisfecho para someter a pena un comportamiento con la creencia del autor de que su comportamiento infringe la norma. v. MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, p. 670.

(79) CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, p. 436; ROXIN, ob. cit. en n. 1, pp. 409 (15/1) y 412 (15/9).

(80) Cfr. RUDOLPHI, ob. cit. en n. 1, p. 63.

(81) V. BERND SCHÜNEMANN, «Prólogo a la edición española», en BERND SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales (introducción, traducción y notas de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ)* (Tecnos), Madrid, 1991, p. 23.

(82) Cfr., sin embargo, KÜPPER, ob. cit. en n. 46, p. 115.

tivismo tampoco justifica un extremo posicionamiento en lo objetivo (83). Y que lo decisivo sea el desvalor de la acción no debe obstaculizar la introducción en el mismo de la objetiva potencialidad de lesión de bienes jurídicos, que tiene bastante que ver con la categoría nada nueva de «peligrosidad de la conducta» (84).

(83) La valoración puramente objetiva de un comportamiento lleva a la impunidad de las conductas aparentemente no peligrosas. Sin embargo, al considerar en el juicio de peligro los particulares conocimientos del autor, puede ser contrario a la norma lo que aparentemente no lo es. Otra cosa es que incluso con esos datos, la conducta se manifieste no peligrosa, restando el solo desvalor de la intención: «el hecho realizado es una conducta correcta —por mucho que se realice con la peor de las intenciones—». V. GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit. en n. 51, p. 216. El problema surge si se invierte la situación de legítima defensa putativa: el sujeto ignora que concurren los elementos objetivos de la causa de justificación cuando resuelve atentar contra un bien jurídico. La conducta de quien aparentemente se defiende sigue siendo peligrosa. Pero lo aparente no es la capacidad lesiva de su comportamiento, sino la voluntad que entraña. El observador puede racionalmente creer que se trata de una acción defensiva, como sucedía en la legítima defensa putativa, pero obsérvese que, mientras que en ésta concurre junto al tipo objetivo (construido con base en la apariencia razonable y fundada) el tipo subjetivo de la causa de justificación, éste falta en la acción aparentemente defensiva. No creo que el resultado típico deje de ser objetivamente imputable porque el comportamiento externo sea objetivamente (aparentemente) correcto y por ello deba quedar impune; v. al respecto CEREZO MIR, ob. cit. en n. 2, pp. 455-60; cfr., sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, *ibidem*.

(84) V. MIR PUIG, ob. cit. en segundo lugar en n. 1, pp. 665-71.

CRÓNICAS EXTRANJERAS

La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia (*)

Con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas

KAI AMBOS (1)

SUMARIO: I. Contexto y ubicación del problema.—II. La situación legal. 1. General (Derecho constitucional y penal). 2. Legislación especial. 2.1. Colombia. 2.2. Perú. 2.3. Bolivia. 3. Síntesis de las conclusiones.—III. Problemas desde el punto de vista del estado de derecho. 1. La Convención Americana sobre derechos humanos como parámetro para el análisis. 2. Falta de determinación del fundamento material de la injerencia, especialmente del concepto de «terrorismo». 3. Métodos prohibidos de obtención de la declaración durante el encarcelamiento. 4. ¿Comprobación de la conformidad a derecho del encarcelamiento por medio del *habeas corpus*? 4.1. Significación del *habeas corpus* y situación legal. 4.2. ¿Restricción admisible sobre la base del estado de excepción?—IV. Conclusiones y recomendaciones.

El presente artículo analiza la detención provisional en Colombia, Perú y Bolivia desde el punto de vista del Derecho positivo (II) y de la situación real de los derechos humanos (III), con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas. En él se explicará que la detención provisional constituye una especie de *acción preparatoria* para posibilitar la prisión preventiva, la cual puede conducir fácticamente a un encarcelamiento durante años [la problemática de los llamados *presos sin condena* (I)].

(*) Traducción de PATRICIA ZIFFER. Agradezco a F. VELÁSQUEZ, profesor de Derecho penal y abogado de Medellín, por sus comentarios críticos a este artículo.

(1) Doctor en Derecho por la Universidad de Munich. Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional, Freiburg/Br.

Desde el punto de vista del *Derecho positivo* se comprueba que en los países investigados la legislación especial (II.2) agrava la legislación general (II.1) mediante *presupuestos simplificados para la detención provisional y la prolongación del encarcelamiento*. Solamente en Perú es ya la legislación general la que prevé en el artículo 2.20.g) de la Constitución encarcelamiento hasta quince días y el artículo 79 CPP, incomunicación hasta diez días. Perú registra también, con quince días, la detención sin orden judicial más prolongada. En Colombia, sin embargo, este plazo —en caso de prolongación judicial hasta veintiún días— puede ser superado, mientras que en Bolivia solamente está permitida una prolongación de hasta 48 horas. También la *incomunicación* es en Perú, con 10 días, la más prolongada, delante de Colombia (5-10 días) y de Bolivia (48 horas).

Desde el punto de vista de la *situación jurídica real* la legislación descrita favorece prácticas de las fuerzas de seguridad, que —consideradas a la luz de la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH, III.1)— se revelan como criticables desde el punto de vista del Estado de Derecho o, directamente, como evidentemente antijurídicas. La indeterminación del fundamento material de la injerencia, en particular la amplia definición de terrorismo en Colombia y Perú, conduce a arbitrarias *detenciones masivas* y a *desapariciones* de miembros de la oposición legal o de otras organizaciones, sin que a estas personas les puedan ser efectivamente comprobadas actividades terroristas o en relación con las drogas (III.2.). La ampliación temporal del encarcelamiento luego de una detención provisional viene acompañada de la aplicación de *métodos prohibidos de obtención de la declaración*, especialmente de torturas. Estos abusos conducen, a su vez, a una gran desconfianza de la justicia frente a los resultados de la instrucción policial, ya que no pocas veces son el producto de actividades coactivas (III.3). El recurso de *habeas corpus*, previsto constitucionalmente y en el Derecho internacional (CADH) contra la detención provisional, es *restringido* considerablemente por la legislación especial. Esto constituye una lesión contra las garantías de la CADH y conduce a una pérdida inadmisibles de la efectividad de este recurso (III.4).

En *conclusión*, desde el punto de vista del Estado de Derecho, las reformas resultan ineludibles. En lo esencial, ellas deberían orientarse hacia dos objetivos: por un lado, se trata de limitar las posibilidades de detención de las fuerzas de seguridad en la legislación especial, a fin de que no tantas personas estén expuestas a posibles abusos; por otro lado, se debe asegurar al detenido una protección jurídica más eficiente. De ello se derivan exigencias legislativas concretas, las cuales, no obstante, no deben inducir a engaño, ya que el poder fáctico de las fuerzas de seguridad, especialmente de los militares, ha impedido hasta hoy reformas conforme al estado de derecho, y las lesiones a los derechos humanos en el curso de las deten-

ciones provisionales continuarán produciéndose en tanto la doctrina militar de la «seguridad nacional» ordene la destrucción de la «subversión» por medio de una «guerra sucia» (IV).

I. CONTEXTO Y UBICACIÓN DEL PROBLEMA

La detención provisional es el inicio de una privación de libertad que, mediante una prisión preventiva no comprobada judicialmente, puede convertirse en un encarcelamiento durante años. Éste es el destino de los llamados *presos sin condena*, que constituyen la mayor parte de los presos latinoamericanos. En el año 1991 en los establecimientos penitenciarios colombianos casi el 50 por 100 eran «presos sin condena», y 73,2 por 100, en los peruanos; la situación en Bolivia sería similar (2).

La detención provisional constituye una especie de *acción preparatoria* para posibilitar la prisión preventiva. dado que los límites entre detención provisional y prisión preventiva resultan fluidos. Frente a este trasfondo, es comprensible que los ordenamientos jurídicos analizados en modo alguno emprendan una distinción normativa entre detención provisional y prisión preventiva que se corresponda con la Ordenanza Procesal penal alemana (Strafprozeßordnung §§ 112 ff., 127). Esta distinción se vuelve, de todos modos, totalmente teórica, cuando, como todavía queda por demostrar, la duración de la detención provisional es ampliada considerablemente en la legislación especial y cuando, en la práctica, incluso los plazos ampliados tampoco son respetados.

Tras estas cuestiones formales aparecen los problemas decisivos materiales y reales de los *presupuestos de la detención provisional* y de la *situación del detenido* entre la detención y su presentación ante el juez, o en su caso, su excarcelación. Si el Estado se encuentra,

(2) En Colombia, al 30-10-91, de un total de 27.906 presos (25.893 hombres y 2.013 mujeres), 13.136 se encontraban acusados y 14.770, condenados, de éstos, 4.222 en primera instancia y 10.548 en segunda instancia (Datos del Ministerio de Justicia, según BELTRÁN, Dirección de Presos, Ministerio de Justicia, entrevista, Bogotá, 10-1-92). En Perú, a agosto de 1991, de un total de 14.970 presos (13.608 hombres y 1.362 mujeres), 10.955 no estaban condenados. De ellos 9.987 hombres y 968 mujeres (INPE, *Población penal por situación jurídica y sexo*, Lima, separata, noviembre de 1991). Respecto de Bolivia, la cárcel de mujeres de La Paz proporciona las únicas cifras actuales; allí, en octubre de 1991, de un total de 211 detenidas, 17 (8,1 por 100) estaba condenada (Ministerio del Interior, Migración, Justicia y defensa social), separata, La Paz, octubre de 1991). Según investigaciones de CARRANZA *et al.* en 1989 en Colombia 16.780 de un total de 31.077 presos, es decir, 54 por 100, estaban detenidos sin condena firme; en Perú en 1986, 9.560 de un total de 14.819, es decir, 65 por 100 y en Bolivia en 1982, 653 de 728, es decir, 89,7 por 100 [CARRANZA, 1990, p. 11 (tabla 2); CARRANZA/MORA/HOUED/ZAFFARONI, 1988, p. 5 (tabla 1)]. Acerca de la situación carcelaria en general, *vid.* también AMBOS, 1992.

desde el punto de vista oficial, en «lucha contra el narcotráfico y el terrorismo» en «defensa de la democracia» (3), como ocurre en Colombia (4) y Perú (5), o por lo menos, también en una «guerra contra la droga», como en Bolivia (6), no sólo crea una legislación especial que facilita la detención provisional (*vid.* II.2), sino que frecuentemente la aplica a través de sus fuerzas de seguridad (militares, policía o servicios de inteligencia) en forma tan generosa, que la legislación general (II.1) pasa a un segundo plano. La aplicación mediante las fuerzas de seguridad expone así al detenido a métodos de obtención de la declaración que, generalmente orientadas (7) al objetivo de la defensa de la «seguridad nacional» y a una lucha eficiente contra la

(3) *Vid.* BARCO, 1990.

(4) La democracia constitucional colombiana se ve amenazada por dos frentes: por un lado, por un movimiento guerrillero todavía fuerte, el *Ejército de Liberación Nacional* (ELN, creado en 1965) y las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC, 1966) [los otros grandes grupos guerrilleros *Ejército Popular de Liberación* (EPL, 1967), y *Movimiento 19 de abril* (M19, 1970), en el curso de los años ochenta, con interrupciones, han abandonado las armas en el marco del proceso de pacificación]; por otro lado, por una «mafia de la droga», formada por varias organizaciones, de las cuales el grupo más violento, el así llamado «Cartel de Medellín». Sin embargo, ha disminuido los atentados terroristas con la finalización de las extradiciones de narcotraficantes (art. 35 de la nueva Constitución de junio de 1991) (al respecto, *vid.* AMBOS, 1991c, p. 12, y mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 3-12-91-11). Ambos conflictos tienen su origen en procesos históricos y ponen de manifiesto deficiencias estructurales y contradicciones del sistema político y socioeconómico colombiano, que pueden verse en: Comisión Internacional de Juristas/Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 68; PEARCE, 1990, p. 49; MAYER, 1990; Americas Watch, 1990 y 1992a).

(5) La democracia constitucional del Perú se vio amenazada por un movimiento de guerrilla dividido pero fuerte [especialmente *Sendero Luminoso* (SL)] y el *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru* (MRTA) y se encuentra en una «guerra contra la droga» financiada por los Estados Unidos, contra el cultivo y la comercialización de la coca. La lucha contra la subversión y el control de la droga, de este modo, se superponen parcialmente, *vid.* Latin American Bureau, 1985; DEGREGORI, 1990; GORRITI, 1990; Americas Watch/Comisión Andina de Juristas, 1990, pp. 64 y ss.; Comisión Especial del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú, 1989, así como mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 8-1-92-11. El 7 de abril de 1992, sin embargo, el Presidente Fujimori rompió el orden constitucional, disolviendo el Congreso y cesando la Justicia (véase Decreto-ley 25.418, en Normas Legales, Trujillo, núm. 191, abril 1992, p. 177; *cfr.* además, AL, 1992 b, p. 10 y ss.; AW, 1992b, p. I y ss.)

(6) Si bien Bolivia, ante la ausencia de una oposición armada importante, resulta, en comparación con Perú y Colombia, pacífica, como segundo productor de coca después de Perú juega igualmente un importante rol en la «guerra contra la droga» de los Estados Unidos, *vid.* Comisión Andina de Juristas, 1988; BEDREGAL/VISCARRA, 1989; NOHLEN, 1982, pp. 109 y ss., *vid.* también mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín,

(7) *Vid.* TOCORA, sin año, pp. 121 y ss.; WERZ, 1991, pp. 163 y ss. (175 y ss.); SPITTA, 1991, pp. 141 y ss.

«subversión», plantean importantes problemas desde el punto de vista del Estado de Derecho (III). Tanto más urgente resulta la garantía de los recursos procesales, especialmente del derecho de *habeas corpus* (III.4).

II. LA SITUACIÓN LEGAL

1. General (Derecho constitucional y penal)

En principio, las *Constituciones* (8) prohíben la detención realizada ilegítimamente, es decir, sin orden judicial [art. 23 Constitución colombiana en su antigua redacción (Const. col.) —28 n. red., 2.20, letra g), Constitución peruana (Const. per.)—, artículo 9 de la Constitución boliviana (Const. bol.]. Junto a los delitos en flagrancia [art. 24, Const. col ant. red., art. 32, n. red., art. 2.20.g), Const. per., artículo 10, Const. bol.], son exceptuadas las normas de leyes especiales o «casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilegal de drogas» [art. 2.20.g), Const.per.]. Esta última regulación de la Constitución del Perú es la que llega más lejos en la materia, autorizando el arresto policial hasta 15 días en los casos mencionados, sin perjuicio de la notificación al Ministerio Público y al juez competente, quienes, sin embargo, no están obligados a actuar en ninguna forma.

En principio, todo detenido en los términos del artículo 2.20.g), Const. per., o en flagrancia (art. 10, Const. bol.), debe ser presentado ante el juez dentro de dos horas. La nueva Constitución colombiana (art. 28) dispone la presentación ante el juez dentro de 36 horas. Sin embargo, considerando las excepciones a este principio que todavía queda por señalar, su efectividad resulta dudosa.

La *incomunicación* está también, en principio, prohibida [art. 2.20.i), Const. per., art. 9 Const. bol.], ello, no obstante, sin perjuicio de excepciones formuladas en forma indeterminada. Es admisible «en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito» conforme regulación legal particular (Const. per.) o «en casos de notoria gravedad», pero no más de 24 horas (Const. bol.). La Constitución colombiana en su antigua redacción también callaba al respecto, mientras que la nueva prohíbe muy vagamente sólo las «medidas de seguridad imprescriptibles» (art. 28). Teniendo en cuenta las excepciones indeterminadas de las Constituciones peruana y bo-

(8) PEÑA, P., R. E., Constitución Política de Colombia de 1886, Bogotá, 1990 (= Const. col.); el 6-7-91 fue promulgada una nueva Constitución (publicada en «El Espectador», Bogotá, 8-7-91 y ahora también por Temis, Bogotá); Constitución Política del Perú del 12-7-79, Lima, 1979 (= Const. per.); República de Bolivia, Constitución Política del Estado (Ley del 2-2-67), La Paz, 1983 (= Const. bol.) (todas trad. del autor).

liviana queda sin respuesta qué regulaciones ofrecen la protección más efectiva en la práctica.

Los *Códigos de Procedimientos Penales* (CPP) (9) concretan estas regulaciones, aunque, como ya se señalara, sin distinguir claramente entre detención provisional y prisión preventiva. Solamente el CPP colombiano diferencia detención en flagrante delito (*captura*, arts. 393 y ss. antigua redacción, 370 y ss. de la nueva, CPP) y otra detención provisional (*detención preventiva*, arts. 421 y ss. antigua redacción, 397 y s. de la nueva, CPP). El (nuevo) CPP peruano distingue la detención en flagrancia solamente de la detención provisional fundada en terrorismo, tráfico de drogas y espionaje (arts. 106 núm. 8, 109). El CPP boliviano regula en forma conjunta todos los *fundamentos de la detención* bajo «detención preventiva» (art. 194).

Junto al caso de flagrancia se reconoce como fundamento una escala penal mínima junto con la sospecha fundada (10) y, en su caso, una serie de delitos considerados de especial gravedad (art. 421, núm. 2 ant. red., 397 núm. 3, n. red., CPP col.).

La *excarcelación* se hace depender, en principio, de la gravedad del hecho expresada en su escala penal (11) o de la duración de la detención en relación con la pena esperada (12). Sin embargo, con relación a los delitos codificados en leyes especiales se la exceptúa en forma expresa (13), mediante la remisión a la legislación especial

(9) En Colombia, en las reformas procesales penales de los últimos cuatro años fueron promulgados dos nuevos Códigos de Procedimiento Penal (CPP) (Decreto 50 de 1987, en ORTEGA, 1990, pp. 123 y ss.; Decreto 2700, del 30-11-91, en «Diario Oficial», Bogotá, 30-11-91). El nuevo CPP, que entró en vigencia el 1-7-92 (art. provisional 1), introduce el sistema acusatorio (arts. 24, 320, 330, 333 y s., 352) y a este efecto crea una Fiscalía General de la Nación (*vid.* art. 118-130 CPP y Estatuto Orgánico de la Fiscalía, Decreto 2699 del 30-11-1991). En Perú, el 25-4-91 fue promulgado un nuevo CPP, que igualmente introduce el sistema acusatorio (Decreto Legislativo 638, en redacción revisada en «El Peruano», Lima, 1-6-91 y ahora también, Ramírez, 1991). Entró en vigencia el 1-4-92 (art. 2 D.Leg. 638). En Bolivia continúa rigiendo el CPP del gobierno militar de Banzer (Decreto-ley 10.426 del 23-8-72 en Harb, 1987, pp. 421 y ss.).

(10) *Art. 421 (ant. red.)*, 397 núm. 2 nuevo CPP col.: dos años y más; *CPP per. (art. 46 núm. 2)*: más de cuatro años, y «motivos suficientes para la consideración de la razonabilidad de la medida»; *Art. 194 CPP bol.*: más de dos años e «indicios manifiestos y graves».

(11) *Art. 441, núm. 4 ant. red. CPP col. a contrario*: menos de tres años; *art. 49 CPP per.*: máximo de seis años según ponderación judicial (núm. 2); *art. 182 núm. 1 nuevo CPP per.*: no más de cuatro años; *art. 196 CPP bol.*: máximo de cuatro años.

(12) *Art. 439 núm. 2 ant. red.*, 415 núm. 2 nueva red. CPP col.: pena total «merecida» ya cumplida; *art. 182 núm. 1 nuevo CPP per.*: más de los dos tercios de la pena solicitada por el Ministerio Público; *art. 196 núm. 3 CPP bol.*: mitad de la pena prevista.

(13) *Vid.*, p. ej., art. 53 del nuevo Código de Ejecución penal peruano del 31-7-91 (D.Leg. 654, en «El Peruano», Lima, 1-8-91), que excluye expresamente la

(artículo 52 CPP per.) o, en última instancia, sobre la base de los límites de las escalas penales ya mencionadas (nota 9) (más detalladamente *infra*). La ampliación desproporcionada de la detención provisional debe ser contrarrestada mediante plazos determinados de exclusión. Conforme el artículo 422 del CPP col. (ant. red.), luego del vencimiento de los plazos para la declaración del imputado (*indagatoria*, arts. 376 y ss. CPP) y luego de aclarada su situación jurídica, esto es, luego de ocho días como máximo (art. 406: 48 horas; 413: 5 días) debe ser solicitada la disposición judicial de la prisión preventiva o la libertad por parte del director del establecimiento carcelario. Si ella no se produce dentro de las 12 horas de realizada la solicitud, el detenido debe ser puesto en libertad (art. 422, párr. 2). Conforme el artículo 439 núm. 4 (ant. red.), 425 (nueva red.) del CPP col., el imputado debe ser puesto en libertad en la fase instructoria si luego de 120 días de privación de libertad el juez no resolvió aún acerca del procedimiento principal por parte del juez competente [calificación, arts. 467 y ss. (ant. red.), 438 (nueva red.) CPP col.]

La *incomunicación* es admitida según el artículo 140 del nuevo CPP peruano con orden judicial hasta 10 días hábiles, debiendo estar fundada y garantizándose el contacto entre el detenido y el defensor. El nuevo CPP colombiano no permite la incomunicación.

2. Legislación especial

2.1. COLOMBIA

Debido a la «violencia generalizada» y a «la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico», recientemente «concretada (en) ... la muerte violenta del Procurador General de la Nación (Hoyos)» (14) el gobierno dictó el decreto de estado de sitio 180/1988, el 27-1-88 (15), mejor conocido como «Estatuto para la defensa de la democracia». Con él fue dictada una típica norma antiterrorista en

«liberación condicional» en casos de terrorismo y tráfico de drogas. En forma similar, art. 197 núm. 3, del CPP *boliviano* con relación al terrorismo.

(14) Fundamentos del Decreto 180/1988, en BARCO, 1990, p. 437.

(15) El estado de sitio fue declarado por último el 1-5-84 por Decreto 1038/1984 y levantado sólo después de la promulgación de la nueva Constitución el 4-7-91 por Decreto 1686; rigió durante 35 años, entre 1949 y 1991 (GALLÓN, 1991b, p. 4). Durante su vigencia, el presidente puede tanto según la antigua como según la nueva Constitución (arts. 121 y 213 respectivamente) dictar decretos con fuerza de ley que suspendan la vigencia de leyes ordinarias. La nueva Constitución, que habla de *estado de conmoción interior*, en lugar de *estado de sitio*, restringe en forma considerable las facultades del Ejecutivo durante el estado de emergencia (*vid.* art.. 214 y GALLÓN, 1991a y 1991b). A pesar de ello, ya fue declarado dos veces (Decreto 1155 del 11-7-92 y...).

nombre de la «guerra contra el narcotráfico» (16). Fue adoptado parcialmente por la comisión formada en el curso hacia la nueva Constitución, la Comisión Especial, como legislación ordinaria (17). Esto muestra la confusión, sintomática para la situación colombiana, entre lucha contra la «subversión» y contra el narcotráfico mediante instrumentos jurídicos que ofrecen fundamento para la injerencia en los dos niveles.

Conforme el artículo 40.a) las fuerzas de seguridad (militares, policía y servicios de inteligencia) pueden, entre otras facultades, «aprehender» a personas por sus «actividades terroristas» sin orden judicial. Según el artículo 41 sólo luego de cinco días deben informar al juez dentro de las 24 horas, es decir, en realidad, seis días, y sólo deben entregar al detenido luego de otros cinco —sin consideración del traslado—, pudiendo este último plazo ser nuevamente prolongado por el juez en 10 días (art. 42). Esto significa que el detenido puede permanecer hasta 21 días bajo arresto policial. Sin embargo, los artículos 40-42 del Decreto 180/1988 fueron modificados por la *Comisión Especial* (vid. nota 17). El Decreto 2790/1990 (Estatuto para la defensa de la Justicia, EDJ), dictado en noviembre de 1990, modificado por decretos 99/1991 (14.1), 390/1991 y 1676/1991, y adoptado en lo esencial por la *Comisión Especial* (18), posibilita la detención provisional en delitos de «orden público» (artículo 9), entre los cuales se cuenta también el terrorismo y el tráfico de drogas, hasta 18 días, y hasta 35, en caso de que se trate de más de cinco personas (19).

(16) El decreto contiene, entre otros, el «auxilio a las actividades terroristas» (art. 3), «omisión de informes sobre actividades terroristas» (art. 4), «concierto para delinquir» (art. 7), «instigación al terrorismo» (art. 8), «instrucción y entrenamiento» (art. 15), «secuestro» (art. 22), «extorsión» (art. 25), «atentados terroristas contra complejos industriales y otras instituciones» (art. 27) y «delitos... contra los funcionarios públicos» (Cap. III), vid. AMBOS, 1989, pp. 71 y ss., con otras referencias; también CANCINO/ MONROY/GRANADOS, 1990, pp. 69 y ss., con otras referencias.

(17) Según el artículo provisional 8.º de la Constitución regían los decretos dictados en razón del estado de sitio durante un máximo de 90 días, esto es, como máximo hasta el 18-10-91, dentro de los cuales debían ser presentados por el gobierno a una *Comisión Especial Legislativa* (también llamada "*Congresito*") para posibilitar su revisión constitucional. Esta comisión, formada por los 36 miembros elegidos para la Asamblea constituyente, podía adoptar los decretos en su totalidad, que se convertirían así en legislación ordinaria, o rechazarlos total o parcialmente (artículo provisional 6). En este procedimiento fueron adoptados los artículos. 1 y ss., 4, 6-8, 12, 14-26, 28-36 del Decreto 180/1988 (art. 4 del Decreto 2266/1991, en Derecho Colombiano, Bogotá, núm. 359, noviembre de 1991, pp. 423-428).

(18) Arts. 3, 46 del Decreto 2271/1991, del 4-10 (en «Derecho Colombiano», Bogotá, núm. 359, noviembre de 1991, pp. 444-476).

(19) Según el art. 26 del Decreto 2790/1990 en redacción del 99/1991 el juez competente debe ser informado cinco días después de la detención, quien luego tiene otros 13 días —en caso de tratarse de más de cinco personas, hasta 30— hasta el

Luego de una ola de atentados del Cartel de Medellín en agosto de 1989 (20) fueron dictados el 18 de agosto numerosos decretos frente a «la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico» (21). Entre ellos, fue autorizada por el Decreto 1859/1989 la *incomunicación* hasta siete días. El EDJ posibilita la *incomunicación* hasta ocho días; en caso de tratarse de más de dos personas, hasta diez, y de más de cinco, hasta quince días (22).

La *excarcelación* y la suspensión de la «libertad provisional» quedan, en principio (23), excluidas (arts. 59 y s. EDJ en su redacción del decreto 99/91).

2.2. PERÚ

En Perú los problemas del terrorismo y de la droga son tratados desde el punto de vista normativo en forma separada.

El artículo 4 de la Ley 24.651, del 20-3-87, permite la *detención provisional* de autores o partícipes sospechosos de *terrorismo* hasta 15 días hábiles con noticia al *Ministerio Público* o al juez competente dentro de 24 horas. Mientras que la información al Fiscal podía ser realizada según la Ley 24.700 del 22-6-87 también por parientes o por organizaciones de derechos humanos (artículo 2), según la Ley 25.031 del 2-6-89 (artículo 2) vigente, esto es ahora atribución sólo de la policía. A diferencia de esto, continúa siendo ordenada la presencia del Ministerio Público para «defensa de la legalidad» y en «respeto por los derechos humanos» (*idem*). Al mismo tiempo se posibilita, sin embargo, la *incomunicación* hasta diez días (*idem*). La liberación de prisión condicional queda excluida (artículo 5 Ley 24.651).

esclarecimiento de la situación jurídica (art. 32 en la redacción de los arts. 6 y ss. del Decreto 1676/1991).

(20) En el lapso de 48 horas fueron asesinados Carlos Valencia, magistrado del Tribunal Superior en Bogotá el 16-8-89, Valdemar Franklin Quintero, jefe de policía en Antioquía, y Luis Carlos Galán, senador liberal y candidato a presidente, ambos el 28-8, con lo cual fue declarada por el presidente Barco la «guerra contra la droga» que estaba teniendo lugar en ese momento.

(21) Fundamentación del Decreto 1859/1989, en BARCO, 1990, p. 927.

(22) Según el art. 26 EDJ, luego de la detención, puede haber hasta 5 días hasta la primera audiencia judicial (*indagatoria*), a los cuales se pueden agregar 3, o, en su caso, 5 (dos o más personas) o diez días (cinco o más personas) (art. 32 EDJ en su redacción del art. 6 del Decreto 1676/1991).

(23) La *excarcelación* es posible cuando el detenido ha cumplido en prisión preventiva el lapso correspondiente al delito o es mayor de setenta años; en lugar de la suspensión es posible en casos excepcionales el alojamiento en un establecimiento médico. Estas regulaciones constituyen una atenuación con respecto a la anterior situación legal, según la cual la *excarcelación* y la suspensión de la pena quedaban excluidas sin excepción (art. 4 Decreto 1203/1987 y art. 7, Decreto 1860/1989).

En el curso del «autogolpe» del presidente Fujimori del 5 de abril de 1992 (*vid.* nota 5), el 6-5-92 fue dictado un nuevo decreto para combatir el terrorismo (24), el cual también contiene normas acerca de la *detención provisional*. Según el artículo 12.c) del decreto mencionado, la policía puede proceder a la detención de los «presuntos implicados» hasta 15 días hábiles, debiendo ser informado —tal como con la anterior situación legal— dentro de 24 horas el fiscal o el juez penal competente. Conforme el artículo 12.d) se posibilita una «incomunicación absoluta de los detenidos por el máximo de ley», cuando «las circunstancias lo requieran... para el mejor esclarecimiento de los hechos». Además, el 27 de septiembre de 1992, Fujimori dictó un decreto según el cual el plazo de la detención preventiva en el caso de «traición a la patria» —es decir, «terrorismo»— se extiende a 30 días. Así, estos inculpados pasarán más tiempo en la estación policial que en el proceso judicial, siendo un procedimiento sumario según el Código de Justicia Militar (24a).

En la parte procesal todavía vigente de la «Ley de represión de tráfico ilícito de drogas (Decreto-ley 22.095 del 21-2-78) se prevé —al igual que en la legislación en materia de terrorismo— la *detención provisional* de «traficantes, cómplices o encubridores» hasta 15 días «con conocimiento del Juez Instructor» [artículo 71 a)].

El nuevo CPP adopta la duración de la detención de hasta 15 días para terrorismo, tráfico de drogas y espionaje (artículo 109). El Fiscal debe ser notificado por escrito dentro de 24 horas o «en el término de la distancia». El juez debe visitar al detenido y, especialmente, hacer revisar su estado de salud.

Según la Ley 24.388 del 5-12-85 («Ley de descriminalización») en principio no se garantizan la excarcelación, libertad condicional, condena de ejecución condicional, conmutación y disminución de pena (25). El nuevo Código de Ejecución Penal (26) confirma esta tendencia y excluye expresamente (arts. 47, 48, 53) la «redención de la pena por el trabajo y la educación» (arts. 44-47), salida controlada (arts. 48-52) y la libertad condicional (arts. 53-57) para terrorismo y tráfico de drogas.

(24) Decreto-ley 25.475, del 6-5-92, en Normas Legales, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Trujillo, núm. 192, mayo 1992, pp. 139 y ss.

(24a) IA 71, octubre 1992, pp. 6 y ss.

(25) En este ámbito fueron introducidas reformas anuales entre 1981 y 1985: Ley 23.490, del 5-11-82, Ley 23.689, del 11-10-83, Ley 23.956, del 29-10-84, art. 2, de la Ley 24.388, del 5-12-85, *vid.* RUBIO, 1988, pp. 14 y ss., 85 y ss., 88.

(26) Código de Ejecución Penal = DLeg. 654 del 31-7-91, en «El Peruano» del 1-8-91.

2.3. BOLIVIA

Dado que en Bolivia no hay en este momento una situación seria de terrorismo, no hay una ley especial antiterrorismo. Sin embargo, existe como *ley de drogas* la «Ley del Régimen de la Coca y sustancias controladas» del 19-7-88 (Ley 1008), que contiene regulaciones correspondientes. Conforme el artículo 95, la policía puede «aprehender e incomunicar» a los sospechosos, salvo delitos en flagrancia en presencia del Fiscal (artículo 96). Los detenidos deben ser entregados dentro de 48 horas al juez competente (artículo 97). De este modo, la *incomunicación* puede durar hasta 48 horas, a pesar de que el artículo 9 Const. bol. autoriza solamente 24 horas. Queda excluida la excarcelación (artículo 109).

3. Evaluación resumida

Básicamente, la legislación especial agrava la legislación general mediante *presupuestos simplificados para la detención preventiva y prolongación de la detención*. Solamente en Perú es ya la legislación general la que prevé mediante el artículo 2.20.g) de la Constitución y ahora también el artículo 109 CPP una detención de hasta 15 días y el artículo 140 CPP, incomunicación de hasta 10 días.

Perú presenta también la detención sin orden judicial más prolongada hasta 15 días. En Colombia, sin embargo, este plazo puede ser superado con una prolongación judicial hasta 21 días, mientras que en Bolivia solamente están permitidas 48 horas.

También la *incomunicación* es, con 10 días, más prolongada en Perú que en Colombia (5-10) y Bolivia (48 horas).

La regulación peruana aparece algo atenuada por la presencia del fiscal, expresamente prevista, «en respeto por los derechos humanos» y por medio de la garantización del contacto con el defensor también durante la incomunicación (artículo 140 CPP). La significación práctica de estos controles es, sin embargo, dudosa, si se piensa que es solamente la policía la que —normativa y fácticamente— puede informar de la detención provisional, y que en la mayoría de las zonas de excepción rurales los militares poseen el monopolio de la información. De este modo, los órganos judiciales están —también en Colombia y en Bolivia— totalmente sujetos a la disposición a cooperar de las fuerzas de seguridad. Por ello, no es sorprendente que según una investigación realizada en Perú (27) resulte «notorio el ausentismo de los representantes del *Ministerio Público* durante la investigación policial» y que «la mayoría de los acusados... no han visto al Fiscal provincial durante todo su paso por la policía».

(27) MEJÍA. 1989, p. 420.

Ya el análisis normativo señala, de acuerdo con esto, importantes problemas desde el punto de vista del Estado de Derecho que serán considerados con más detalle en lo que sigue.

III. PROBLEMAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para el análisis

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 sirve como parámetro para el análisis (CADH) (28) y, como «tratado internacional» en el sentido del artículo 38.1.a) del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya, constituye una norma jurídica de Derecho internacional y origina obligaciones de Derecho internacional luego de la ratificación voluntaria de los Estados parte y de su entrada en vigencia (29). Conforme el artículo 74.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigencia el 18-7-78, luego del depósito del undécimo instrumento de ratificación o incorporación (30). Hasta febrero de 1991 había sido firmada por 23 de los 31 países de la OEA, y ratificada por 22 (31).

Su *vigencia estatal interna* y su *rango* dependen —como tratados de Derecho internacional normales, en el sentido mencionado— del ordenamiento jurídico nacional (32). En tal medida, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos exigen, también Colombia, Perú y Bolivia, leyes especiales de transfor-

(28) También Pacto de San José, Costa Rica, en español en Comisión Andina de Juristas, 1988, pp. 57 y ss., y en alemán en EuGRZ 80/435; también Simma/Fastenrath, 1992, pp. 534 y ss.

(29) *Vid.* artículos 11 y ss, 24 y ss. de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; VERDROSS/SIMMA, 1984, 70 y ss; adviértase la distinción entre «vinculación» («consent becomes irrevocable») y «entrada en vigencia» («obligations are to be performed»). *Vid. idem* 716 y ss., nota 37.

(30) *Vid.* THUN, 1989, p. 60; КОКОТТ, 1986, p. 25, nota 109.

(31) Cronológicamente (ratificación): Costa Rica (8-4-70); Colombia (31-3-73); Venezuela (9-8-77); Honduras (8-9-77); Haití (27-9-77); Ecuador (28-12-77); República Dominicana (19-4-78); Guatemala (25-5-78); Panamá (22-6-78); El Salvador (23-6-78); Grenada (18-7-78); Perú (28-7-78); Jamaica (7-8-78); *Bolivia* (19-7-79); Nicaragua (25-9-79); México (3-4-82); Barbados (27- 11-82); Argentina (5-9-84); Uruguay (19-4-85); Surinam (12- 11-87); Paraguay (24-8-89); Chile (21-8-90); Estados Unidos (sólo firma) [Organización de los Estados Americanos, 1991, p. 575 (Anexo A); también Boletín de la Comisión Andina de Juristas, núm. 23, diciembre de 1989, pp. 50 y ss.].

(32) VERDROSS/SIMMA, 1984, 852 y ss. con otras referencias.

mación (33), a las cuales se les otorga rango constitucional, supralegal o de ley (34).

El tipo de *aplicabilidad de derecho interno* de las normas jurídicas de un tratado depende del carácter de éstas. La aplicabilidad inmediata (*self-executing*), esto es, en el sentido originario del Derecho internacional, sin el dictado de Derecho nacional que las concrete, en principio, sólo entra en consideración en el caso de normas que conceden derechos subjetivos y que se encuentran formuladas en forma suficientemente determinada (35). Con relación a la CADH se sostiene, en tal medida, la opinión de que los derechos fundamentales y humanos contenidos en ella resultan inmediatamente aplicables (36).

Aunque la detención provisional no está en principio prohibida, solamente está permitida bajo ciertos presupuestos, los cuales surgen del artículo 7 CADH. En primer lugar, la privación de libertad debe estar legalmente determinada (7.2) y no puede ser arbitraria (7.3). Se le deben comunicar al detenido las razones de la detención (7.4) y debe ser llevado ante el juez «sin demora» y ser condenado o puesto en libertad dentro de un plazo «razonable» (7.5). Mientras que con respecto al derecho a la presentación ante el juez «sin demora» se ha establecido como regla de Derecho internacional un lapso de 72 horas hasta «pocos días» (37), falta con relación al plazo «razonable» una determinación positiva (38). La Comisión de dere-

(33) *Vid.*, por ejemplo, arts. 76 núm. 18 Const. col.; 102 Const. per.; 59 núm. 12 Const. bol.; 121 núm. 4 Const. de Costa Rica; 138 núm. 11 Const. nicaragüense.

(34) *Rango constitucional*: Perú (art. 105 para tratados de derechos humanos); *rango supralegal*: Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144 y ss.), Guatemala (el art. 46, que rige en materia de derechos humanos, les otorga rango supraconstitucional, *vid. infra*), Paraguay (art. 9), Honduras (art. 17), Perú (art. 101); *rango de ley*: Argentina (art. 31), México (art. 133), Uruguay (art. 6), Ecuador (arts. 3, 137), Venezuela, República Dominicana (art. 3). Bolivia, Chile, Cuba y Panamá no reconocen derecho de los tratados con vigencia de derecho interno. El que llega más lejos es el artículo 46 de la nueva Constitución de Guatemala (1985): «.. en materia de derechos humanos... los tratados “aceptados y ratificados” tienen preeminencia sobre el Derecho interno», *vid. TREJOS*, 1991, pp. 65 y ss.; también MINVIELLE, 1988, pp. 72 y ss.

(35) VERDROSS/SIMMA, 1984, 863 y ss., con otras referencias; JIMÉNEZ, 1988, p. 34.

(36) O'DONNELL, 1988, pp. 45 y s.; LLOBET, 1990, pp. 581 y ss.; MINVIELLE, 1988, pp. 75 y ss.; TREJOS, 1991, pp. 78, 81 y ss., estas últimas con referencia al dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica. *Vid.* también art. 2 CADH (obligatoriedad de los derechos humanos y procedimiento para la aplicación de la CADH). Diferente, el punto de vista oficial de los Estados Unidos. *vid. JIMÉNEZ*, 1988, pp. 40 y ss., TREJOS, 1991, pp. 81 y s.

(37) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (72h) y Comisión de Derechos humanos del PIDCP, *vid. O'DONNELL*, 1988, pp. 133 y ss.

(38) *Vid. MINVIELLE*, 1988, p. 107; ZAFFARONI, 1986, pp. 146-147; TARUSELLI, 1989, pp. 73-79; MAIER, 1981, pp. 123-154.

chos humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vid. artículo 28 PIDCP), sin embargo, ha decidido en dos casos latinoamericanos con relación a la norma similar del artículo 9.3 PIDCP que la detención por algo más de un año, luego de lo cual el proceso fuera sobreesido por falta de pruebas, o durante seis meses hasta el inicio del procedimiento y otros dos años hasta la sentencia, van más allá de un plazo «razonable» (39).

Las regulaciones aquí analizadas, en parte, no se corresponden con los plazos mencionados. En todo caso, una presentación ante el juez luego de seis días en Colombia (artículo 41 Decreto 180/1988) y el mero conocimiento o notificación en el Perú (Ley 24.651, D-L. 22.095) no constituyen una presentación «sin demora» en los términos del 7.5 de la CADH. Con él se corresponden solamente las 48 horas según el artículo 97 de la Ley boliviana 1008, respecto de la cual, sin embargo, se critica su no aplicación práctica por parte de los jueces (40).

Además de estos derechos puestos en peligro por la detención provisional, el arresto policial de las personas detenidas implica la posibilidad de lesiones jurídicas mediatas, tales como del derecho a la vida (artículo 4 CADH), a un tratamiento digno (5), a un procedimiento justo (8) y al respeto de la esfera de privacidad (11) (también simultáneamente). Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

«Puesto que la detención lo priva a uno de la libertad, es de crucial importancia que... tales penas no pueden ser impuestas arbitrariamente a discreción o complacencia de la autoridad ejecutiva. A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho, *todos los demás derechos* quedan en precario. Mientras exista la posibilidad de la detención arbitraria, las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías...» (el destacado me pertenece) (41).

Teniendo en cuenta la importancia de la libertad personal en una democracia conforme al Estado de Derecho, y la situación jurídica descripta, se debe concluir necesariamente que la detención provisional debe constituir la excepción y no la regla (42), y que, por ello, debe estar sujeta a estrictos presupuestos.

(39) FALS BORDA c. Colombia (46/1979) y PIETROROIA, c. Uruguay (44/1978), citados según O'DONNELL, 1988, p. 140.

(40) J. ALDERETE, *Interview*, La Paz, 25-10-90; PAREDES/MERCADO, *Interview*, La Paz, 1-11-90; *vid.* también US Department of State, 1991, p. 517 y 1992, p. 507: «En la práctica, muchos detenidos permanecen encarcelados por más de este período, sin que se le hayan formulado cargos» (traduc. del inglés).

(41) Citado según O'DONNELL, 1988, pp. 144 y s.

(42) *Vid.* también art. 9 (3) p. 2 PIDCP: «La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general»; en concordancia, O'DONNELL, 1988, pp. 141 y ss.

2. Falta de determinación del fundamento material de la injerencia, especialmente del concepto de «terrorismo»

La detención provisional, según la legislación especial aquí investigada, tiene lugar con fundamento en el delito de terrorismo o del de tráfico de drogas. De ello se sigue que el círculo de potenciales destinatarios de los fundamentos de la injerencia depende de las definiciones de terrorismo o de tráfico de drogas respectivamente utilizadas.

El estatuto antiterrorista *colombiano* (artículo 1 Decreto 180/1988, nota 16), entiende por terrorista a aquel «que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población... mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones...» o «mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, vídeo, casete...».

La ley *peruana* 24.953, el nuevo CP de abril de 1991 (art. 319) y el Decreto que lo modifica 25.475 (43) describen como terrorista a aquello que «provoca, crea o mantiene en estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física... o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos... o cualquier otro bien o servicio, empleando métodos violentos... o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública...».

La indeterminación y la amplitud de estas definiciones se complementa con una expansión del derecho material, a través de la configuración de los tipos como delitos de peligro abstracto y de la criminalización de delitos de colaboración, preparación y organización, tal como ya se señalara en otra oportunidad (44).

De este modo todo ciudadano activo políticamente termina por convertirse en un autor potencial en los términos del Derecho penal del terrorismo y en un destinatario de sus medidas de coacción de Derecho procesal penal, especialmente de la detención provisional y de la incomunicación.

Como consecuencia de la situación legal descrita, en Colombia fueron detenidas en el lapso de diez días, luego del dictado de los decretos de agosto de 1989, más de 11.000 personas (!), las cuales en su mayoría debieron ser puestas en libertad poco tiempo después, ya que no se pudo confirmar respecto de ellas ni la sospecha de terrorismo ni la de tráfico de drogas (45). Los ataques se dirigen

(43) Art. 2.22 Decreto-ley 25.475 del 6-5-92, en «Normas Legales», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Trujillo, núm. 192, mayo de 1992, pp. 139 y ss. (vid. nota 24).

(44) AMBOS, 1989, pp. 83 y ss., 102 y ss.

(45) Comisión Andina de Juristas SC 1990a, p. 101; Americas Watch, 1990b, p. 48: en el curso de estas acciones fueron allanados y ocupados, además, 467 terre-

contra la oposición legal de izquierda, especialmente, la Unión Patriótica, al igual que contra los movimientos sindical y de derechos humanos. Así, en marzo de 1990 fueron detenidos en Cali (Departamento de Valle) numerosos dirigentes sindicales por sospecha de terrorismo, pero luego de la revisión judicial de la detención debieron ser nuevamente liberados (46). En octubre de 1989 fueron detenidos cuatro miembros del Instituto Popular de Capacitación en Medellín, quienes también debieron ser liberados por orden judicial (47). Tales detenciones, especialmente contra esta organización y contra los grupos que colaboran con ella, se repiten constantemente. Según el Departamento de Estado norteamericano, también en 1991 se comprobaron nuevamente «numerosos ejemplos de arresto o detención arbitraria» (48). Según informes de testigos presenciales, la represión se dirige más contra el pueblo y contra las clases populares que contra el tráfico de drogas, y las fuerzas de seguridad abusan de los derechos que les fueron concedidos en el marco de la guerra contra la droga (49).

En Perú se producen regularmente detenciones masivas bajo el reproche de «actividades subversivas». Según Amnesty International, «prácticamente todos los presos políticos... lo son bajo cargos de "terrorismo" (50). Así, por ejemplo, en junio de 1989 fueron detenidas en el suburbio de Lima conocido como «zona roja», *Villa El Salvador*, 1.200 personas, en abril de 1990, 2.500 en Lima, a principios de mayo de 1991, luego de una ola de atentados de las organizaciones armadas *Sendero Luminoso* y *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru*, 2.500, y en junio de 1991, 150. También en las zonas rurales, especialmente en aquellas que se encuentran bajo estado de emergencia (51), se informa acerca de detenciones masivas. Las de-

nos, y secuestrados 1.313 automóviles, más de 1.000 armas, 28 yates, 346 aviones y 28.521 animales.

(46) Amnesty International, 1991, p. 70, con otros casos. Cfr. también, AI 1992a, pp. 91 y ss.: Americas Watch, 1992a, pp. 26 y ss.

(47) Comisión Andina de Juristas SC 1990a, p. 110.

(48) US Department of State, 1992, p. 539 (traduc. del original).

(49) Conversaciones y entrevistas durante una visita a las zonas afectadas (*nororiental y noroccidental*) de Medellín, septiembre de 1990 (al respecto, AMBOS 1991a, pp. 29 y ss.) y octubre de 1991 (al respecto, mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 3-12-91), al igual que los informes de derechos humanos citados.

(50) Amnesty International, 1991, p. 185; también US Department of State, 1991, p. 741.

(51) Según el art. 231 de la Constitución el presidente puede decretar y prolongar el estado de emergencia por 60 días en caso de «perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación»; en la zona afectada el control es asumido por un «comando político militar» de las Fuerzas Armadas y los derechos fundamentales existentes son restringidos. A fines de 1990 se encontraban bajo estado de emergencia 88 de las 183 provincias del país, 25 por 100 de la población vivió todo el año bajo estado de emergencia y otro 35 por

tenciones selectivas se dirigen, al igual que en Colombia, contra la izquierda legal, sindicalistas y activistas de derechos humanos, al igual que contra las universidades, especialmente la *Universidad Mayor de San Marcos* y la *Universidad Nacional «Enrique Guzmán y Valle la Cantuta»*, cuyos miembros fueron víctima de acciones de contrainsurgencia por última vez en abril de 1989 y en septiembre de 1990 (52). Algunos ejemplos del informe anual 1990/91 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual de la totalidad de 86 casos, 51 fueron contra Perú (53), muestran claramente esta tendencia:

— Luego de que *O. Delgado Vera*, secretario general del Sindicato de Aduana, fuera citado, se le tomara declaración y fuera nuevamente liberado por el teniente Solís Zevallos por sospecha de terrorismo el 9-12-88, fue seguido y detenido por miembros de la unidad policial antiterrorista DIRCOTE en Lima; la policía negó su detención, a pesar de lo cual desde entonces no volvió a aparecer.

— Luego de una manifestación de campesinos el 9-2-89 en Pucallpa (Depto. de Ucayali), *Hugo Blanco G.* fue detenido y colocado bajo arresto del DIRCOTE en Lima. El 20-2 el Fiscal competente comprobó que una acusación no se encontraba justificada, debido a que la sospecha resultaba insuficiente, de modo tal que Blanco debería haber sido puesto en libertad. En lugar de eso, fue trasladado de regreso a Pucallpa en un avión militar —la línea civil de aeronavegación *Aeroperú* se había negado al transporte, ante la resistencia de Blanco—. Se teme que haya sido asesinado allí por un grupo paramilitar.

— El 15-1-89 N. P. Romo A., estudiante de Derecho y miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Villa El Salvador (suburbio

100, la mitad del año, o sea que en total se vieron afectados el 60 por 100 de los habitantes del Perú (aproximadamente 13,2 millones). A fines de 1991 el número de provincias en estado de emergencia se redujo a 59 —por primera vez desde 1980—, de las cuales 11 estaban en parte bajo estado de emergencia; 45 por 100 de la población peruana vivió bajo estado de emergencia (US Department of State, 1991, p. 736; *idem* 1992, p. 708; con relación a las lesiones a los derechos humanos bajo estado de emergencia, Amnesty International, 1988; US Department of State, 1991, pp. 741 y ss.; *idem*, 1992, pp. 712 y ss.). Sin embargo, con el golpe de Estado del presidente Fujimori el 5-4-92, todo el país fue puesto bajo estado de emergencia (*vid.* nota 5 con otras referencias).

(52) Respecto de todo esto, Americas Watch/Comisión Andina de Juristas, 1990, pp. 80 y ss. Amnesty International, 1989; Amnesty International, 1991, p. 182, 185; AI. 1992a, pp. 213 y ss.; AI 1992b, p. 26; US Department of State, 1991, pp. 742 y s.; US Department of State, 1992, pp. 712 y s.; Americas Watch, 1992b, pp. 5 y s., Comisión Andina de Juristas: Informativo Andino (Lima), especialmente núm. 47/octubre 90/7; 54/mayo 91/pp. 7 y s.; 55/junio 91/p.5.

(53) *Vid.* OEA, 1991, pp. 35 y ss. (27 y ss.); los casos descritos se encuentran en las páginas 359 y ss. (O. DELGADO), 362 y ss. (H. BLANCO) y 378 y ss. (N.P. ROMO A.).

de Lima), fue detenido en Lima. La visa de entrada a Nicaragua en su pasaporte fue considerada por la policía como prueba suficiente para imputarle, entre otras cosas, «terrorismo».

En el ámbito del *Derecho penal de drogas* el círculo potencial de destinatarios de la detención provisional es ampliado mediante dos «técnicas». Por un lado, se mezclan terrorismo y tráfico de drogas en el *narcoterrorismo* y ambos son tratados normativamente del mismo modo (54). Por otro, se produce una expansión de los tipos de derecho material en la legislación en materia de drogas, similar a lo que ocurre con el terrorismo (55) Así, el tipo básico del D-L. peruano 22.095 en redacción del D.Leg. 122 (1981) codifica doce acciones, desde «sembrar y cultivar», pasando por la producción, hasta el «vender y distribuir» drogas y el artículo 296 CP, con todo, siete, que van desde el cultivo hasta el tráfico. En forma similar, la Ley boliviana 1008 intenta abarcar todas las acciones a nivel de la producción y comercialización, aunque en preceptos separados (arts. 46 y ss.). Resultado de esta «sobrecriminalización» es un ámbito de aplicación de la detención provisional considerablemente ampliado. Desde el pequeño cultivador de coca, pasando por los *pisacoca*, que actúan en la elaboración de la coca en cocaína, hasta los intermediarios, cualquiera puede ser detenido por sospecha. Correspondientemente, con frecuencia se producen detenciones provisionales en las principales zonas coqueras, el Alto Huallaga (Perú) y la región de Chapare (Bolivia), las cuales, según las organizaciones de derechos humanos, si bien están formalmente fundadas, responden con frecuencia a la arbitrariedad policial y a acciones ciegas (56). Algunos casos de la región coquera de *Chapare* muestran esto con claridad (57).

— El 15-8-90, a las 9.30 horas el conductor de autobús Lucio López Claros fue detenido por la policía de drogas sin orden de detención, se le tomó declaración durante varias horas, luego su casa

(54) Así, en Colombia, mediante el Decreto 180/1988 ya tratado. En Perú, el gobierno de Fujimori ha atacado públicamente al «narcoterrorismo» en forma reiterada, e inclusive fue codificado penalmente —en el marco del lavado de dinero (D.Leg. 736).

(55) Esto se corresponde con la práctica internacional, *vid.* ALBRECHT, 1991, pp. 70 y ss., MEYER, 1987, pp. 740 y ss.; ALBRECHT/VAN KALMTHOUT, 1989, pp. 429 y ss., todos con otras referencias.

(56) Americas Watch/Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 114; Federación de Campesinos del Alto Huallaga (FEDECAH): Comunicado 002, UCHIZA, 12-10-90; *vid.* también GARCÍA SAYAN, D.: «las víctimas de la represión son los campesinos», entrevista en *La República* (Lima) del 8-10-90.

(57) Documentación de la Asamblea de Derechos Humanos de Cochabamba, visita, copias y entrevista con su presidente padre F. AGUILÓ, Cochabamba, 29-10-90 y 2-11-91 (también AMBOS, 1991a, pp. 31 y s.). *Vid.* asimismo la toma de posición de la «Comisión Interinstitucional de Derechos Humanos», Cochabamba, 3-8-91, en donde se habla de una «serie de abusos de la UMOPAR».

fue allanada, ingresándose también a habitaciones ajenas a ella, y por último, se le tomaron huellas digitales y se elaboró una declaración escrita.

— El 26-7-90 a las 8 horas Víctor Soria Galvarro fue detenido cuando regresaba a su hogar por la policía de drogas, luego de lo cual se llevó a cabo un allanamiento de su casa. Al realizarse el acta en la guardia se le expresó que sería dejado en libertad a cambio de U\$S 5.000 que debían ser entregados por su hermana, una farmacéutica, en su farmacia. En caso de que denunciara esta «oferta», sería detenido nuevamente y puesto en prisión. Un día después, el 27-7, el bioquímico Gerardo Manrique observó cómo Hilda Soria Galvarro, la hermana de Víctor, entregaba en su farmacia U\$S 4.000 a un hombre vestido de civil. Ante la pregunta de si esto correspondía a una compra de medicamentos, H. Soria G. respondió que era por «un asunto especial» que tenía que ver con su hermano.

— El 14-2-91 la señora Julia Romero fue detenida en su domicilio en Cochabamba y éste allanado, todo ello sin orden de detención o de allanamiento. Cuando su esposo se puso en contacto con la policía de drogas local, el teniente Torrico presente le pidió U\$S 1.000 por la liberación de J. Romero. El esposo solamente pudo pagar U\$S 300, con lo cual Romero fue liberada.

3. Métodos prohibidos de obtención de la declaración durante el encarcelamiento

La posibilidad de una detención de varios días en arresto policial o militar, especialmente si esto viene acompañado de la incomunicación del detenido, conlleva el peligro de la aplicación de métodos prohibidos de obtención de la declaración por parte de las fuerzas de seguridad, dado que éstas están interesadas en utilizar las posibilidades de detención ampliadas para la obtención de nuevas informaciones que sirvan para la lucha contra la «subversión». Esto no queda solamente en la aplicación de métodos prohibidos para la obtención de la declaración, especialmente de la tortura (58), sino que la detención provisional sirve también como acción preparatoria para la así llamada «desaparición» de opositores del régimen (59).

(58) *Vid.* también al respecto la «Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura», firmada el 9-12-85 en Cartagena (Colombia) por 20 Estados, y entrada en vigencia el 28-12-87, ratificada por (cronológicamente, estado a febrero de 1991): República Dominicana, Guatemala (ambas 29-1-87), México (22-6-87), Surinam (12-11-87), Chile (30-9-88), Argentina (31-3-89), Brasil (20-7-89), Paraguay (9-3-90) [OEA, 1991, p. 587; texto en: Serie sobre Tratados, OEA, núm. 671. El Congreso Peruano la ha ratificado el 14-12-90 (Normas Legales 173, diciembre de 1990, p. 70).

(59) Esta táctica se origina en la «guerra sucia» durante la dictadura militar

Con relación a la situación *colombiana* la sección colombiana de la Comisión Andina de Juristas comprueba, por esto: «... el interés de mantener a los capturados detenidos e incomunicados, sin la asistencia de un abogado y por fuera de cualquier trámite jurisdiccional, salta los parámetros en los que se enmarca cualquier Estado de Derecho y constituye un marco de impunidad para la realización de torturas y desapariciones, práctica de común ocurrencia en Colombia» (60).

Similar es la crítica formulada por la organización norteamericana de derechos humanos Americas Watch:

«Autorizar al personal de las fuerzas de seguridad a la detención en incomunicación por siete días hábiles es... invitar a la inflicción de torturas en el curso del interrogatorio. Desde que ninguna autoridad judicial es responsable por las circunstancias del prisionero durante la detención en incomunicación... se crea un período muy peligroso durante el cual se puede hacer desaparecer al prisionero» (61).

Los informes de derechos humanos y entrevistas con representantes estatales y no estatales de las organizaciones de derechos humanos ya citados prueban que estos temores resultan fundados (62). Tal como señala el «Fiscal General de Derechos Humanos» y actual *Defensor del Pueblo*, J. Córdoba:

«La legislación extraordinaria ha abierto algunos espacios para las Fuerzas Armadas y la policía... evitando los controles propios del Estado de Derecho tales como la actividad de los fiscales del Ministerio Público o de la Procuraduría de Derechos Humanos, quienes realmente no pueden asistir a las declaraciones ni recibir las informaciones necesarias... en muchos casos hemos constatado que las fuerzas de seguridad han aprovechado estas facultades... definitivamente han permitido a las fuerzas de seguridad violar los derechos humanos, principalmente en los siguientes ámbitos: mediante la tor-

argentina, y se cuenta hoy entre el repertorio de la lucha contra las rebeliones de numerosas fuerzas de seguridad latinoamericanas, especialmente colombianas y peruanas. Cfr. los informes de derechos humanos de Amnesty International y de Americas Watch citados en la bibliografía, así como también WALDMANN, 1991, p. 38, quien sostiene la correcta tesis de que esta técnica se origina en la idea de que «de esta forma se puede escapar al reproche de la opinión pública mundial» (traduc. del original); esto finalmente no ocurre, como lo prueba no en último término el surgimiento de numerosas organizaciones latinoamericanas de parientes de desaparecidos nacionales —ASFADES (Col.), COFADER (Perú), ASOFAMD (Bol.)— y suprarregionales (*Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos* = FEDEFAM).

(60) Comisión Andina de Juristas SC, 1990, pp. 101 y ss. (105).

(61) Americas Watch, 1990, p. 45 (traduc. del original).

(62) *Vid.* US Department of State, 1991, p. 553: «... existen informes confiables de que la policía y las fuerzas de seguridad golpea y tortura a los detenidos, especialmente en el período que sigue inmediatamente a la detención» (*idem.* 1992, p. 539); o Amnesty International, 1991, p. 67: «fue reportada la tortura de detenidos políticos mantenidos ilegalmente en instalaciones del ejército».

tura, que ha adquirido mayor importancia y que se practica en las declaraciones en ausencia del defensor y del Fiscal... por medio de tratamientos muy sutiles, que normalmente no dejan huellas... violencia psíquica y a veces también física; además existen numerosos casos de detenciones ilegales, es decir, sin orden previa y sin que se trate de un delito cometido en flagrancia...» (63).

En Perú, donde la detención provisional está admitida constitucionalmente hasta 15 días [2.20.g)], también se reprocha a las fuerzas de seguridad la utilización sistemática de torturas durante las declaraciones y el hacer «desaparecer» luego al detenido:

«Grupos de derechos humanos formulan la imputación de que los sospechosos de subversivos tenidos por el gobierno son habitualmente torturados...; esto es confirmado por abogados y otras personas familiarizadas con la policía y el sistema judicial. El Ministerio Público advirtió que la mayoría de los detenidos por autoridades militares mostraban signos de maltratos o tortura» (64).

«Las personas que luego de una detención “reaparecen”... describen numerosas torturas durante las declaraciones... Cuando son descubiertos los cuerpos de los “desaparecidos”, éstos muestran muchas huellas de tortura» (65).

Sin embargo, la mayoría de los detenidos «provisionales» no vuelven a aparecer, sino que permanecen «desaparecidos». De este modo «desaparecieron» en Perú entre 1983 y 1991 más de 5.000 personas luego de una detención (provisional) fundada en la mayoría de los casos en actividades subversivas (66). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ello, ha condenado al Perú en los casos mencionados en la forma que sigue: «... tal hecho configura una grave violación al derecho a la vida, la integridad personal, derecho a la libertad personal y al derecho a las garantías judiciales (arts. 4, 5, 7, 8 de la CADH) (por parte del Estado peruano)» (67).

(63) *Entrevista*, Bogotá, 16-11-90; similar H. PINZÓN (CNPDH), *entrevista*, Bogotá, 17-9-90; JESÚS MARÍA VALLE, *entrevista*, Medellín, 149-90; *vid. también* Americas Watch, 1990, pp. 98 y ss.; Comisión Internacional de Juristas/Comisión Andina de Juristas, 1990, pp. 119 y ss. Amnesty International, 1988a, así como la respuesta del gobierno colombiano: Presidencia de la República, 1988.

(64) US Department of State, 1991, p. 741; similar, *idem*, 1992, p. 712: «... son comunes los cargos de trato brutal de los detenidos» (traduc. del original). También Amnesty International 1991, p. 184: «La tortura y el maltrato como medios de interrogación e intimidación de los detenidos políticos son reportadas con frecuencia» (traduc. del original).

(65) Americas Watch/Comisión Andina de Juristas, 1990 pp. 84 y ss., F. SOBERON (APRODEH), *entrevista*, Lima, 10-10-90; C. CHÁVEZ (entonces Defensor del Pueblo), *entrevista*, Lima, 10-10-90.

(66) *Vid.* US Department of State, 1991, pp. 740 y s.; Amnesty International, 1991, pp. 83 y s.; IA 58, Lima, septiembre de 1991, p. 7. Sin embargo, durante 1991 se redujo la cantidad de desaparecidos (*vid.* US Department of State, 1991, p. 711).

(67) OEA, 1991, pp. 35 y ss., 277 y ss., p.e. pp. 279 y s.

En Bolivia, debido a la ausencia de una oposición armada seria, tales lesiones flagrantes a los derechos humanos son informadas con menor frecuencia. A pesar de ello, también aquí los fundamentos de injerencia demasiado generosos favorecen las lesiones a los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad en el marco de la detención provisional, como lo muestra un reciente caso: a fines de 1990, por lo menos doce de los secuestradores del empresario Lonsdale fueron torturados brutalmente durante las declaraciones, otros de los detenidos no quisieron admitir los maltratos por temor a las represalias amenazadas (68). Según un informe de la Washington Office on Latinamerica, una organización norteamericana de derechos humanos no estatal, en la primera mitad de 1991 proliferaron las lesiones a los derechos humanos de los órganos estatales de seguridad (69). Según el Departamento de Estado norteamericano, existen «alegatos de tortura, cargos dignos de crédito de crueldad y tratamiento degradante de los detenidos...» (70).

Estos abusos por parte de las fuerzas de seguridad han conducido a una gran desconfianza de la justicia, especialmente de los jueces, respecto de los resultados de la instrucción policial. Según una investigación de Mejía, las actas de declaraciones policiales no respetan principios esenciales en materia probatoria y numerosos procedimientos debieron ser sobreseídos debido a falta de pruebas, incluido el recurso a confesiones obtenidas por medio de violencia y coacción (71). Por ello, además de los déficit formales y técnicos, especialmente los medios prohibidos de obtención de la declaración aplicados por la policía son responsables de que la mayoría de los jueces —95-98 por 100 en Perú (72)— no confíe en los resultados de la instrucción policial y que numerosas denuncias policiales terminen en sobreseimientos o absoluciones.

(68) IA 55, junio 1911, p. 2; respecto de este caso, también Amnesty International, 1991, p. 45; US Department of State, 1991, pp. 515 y s.; respecto de anteriores lesiones a los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, 1988a, pp. 76 y ss.

(69) Según IA 55, junio 1991, pp. 1 y s.

(70) US Department of State, 1992, p. 507.

(71) MEJÍA, 1989, pp. 407 y ss. (417 y ss.); también *efreistas y conversaciones* con jueces, entre otros juristas, especialmente E. SAAVEDRA, Bogotá, 19-9-90; J. ALDERETE, La Paz, 25-1-90; PAREDES/MERCADO, La Paz, 1-11-90.

(72) MEJÍA, 1989, pp. 411, 418 y s.

4. ¿Comprobación de la conformidad a derecho del encarcelamiento por medio del *habeas corpus*?

4.1. SIGNIFICACIÓN DEL *HABEAS CORPUS* Y SITUACIÓN LEGAL

Desde el punto de vista de los abusos posibles y efectivos con posterioridad a la detención provisional, aparece como ineludible para el Estado de Derecho el control judicial de la conformidad a derecho de la detención. Tal control puede ser logrado por medio del recurso de *habeas corpus*, el cual se remonta al Acta de *habeas corpus* inglesa de 1679, y que resulta comparable con el examen de la detención de los §§ 117 y ss. StPO. Por medio de él, las detenciones arbitrarias en la vía administrativa, especialmente la policía, pueden ser prohibidas mediante la posibilidad de un control judicial de la juricidad de la medida, o en su caso, limitadas, o cuando menos «reparadas» *a posteriori* —por medio de la confirmación de la conformidad a derecho de la detención o la liberación del detenido— (73). De allí que la CADH prevea en su artículo 25 que el *habeas corpus* «constituye un recurso sencillo y rápido» para la protección frente a la detención arbitraria y que no pueda ser ni «restringido ni abolido» si está previsto por los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 7 núm. 6, *vid.* también art. 8 de la Declaración General de los derechos humanos, 2. núm. 3 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos = PIDCP). Dado que las Constituciones referidas contienen tales regulaciones (arts. 23 a. red./ 28 n. red. Const. col., 295 Const. per., 18 Const. bol.) la restricción normativa o fáctica del *habeas corpus* resulta en principio inadmisibles.

A pesar de ello, en todas las legislaciones especiales se encuentran limitaciones al *habeas corpus*.

En Colombia el *habeas corpus* fue limitado por el Decreto 182/1988, del 27-1-88, pudiendo ser interpuesto a partir de él solamente ante jueces de una instancia superior (*jueces superiores*), y no ya ante cualquier juez de primera instancia conforme el artículo 456 CPP, a pesar de que aquéllos tienen su asiento solamente en las ciudades más grandes y no funcionan durante la vacancia judicial. Por otro lado, la decisión judicial se hizo depender temporalmente de la del *Ministerio Público*, con lo cual se la dilata innecesariamente (74). Aunque la Corte Suprema de Justicia, en el marco del control constitucional conforme el artículo 121 Const., negó una limitación del *habeas corpus* mediante el Decreto 182/1988 (75), el (nuevo)

(73) *Vid.* FIX-ZAMUDIO, 1989, pp. 139 y ss., con otras referencias.

(74) Así también los votos en disidencia de Mantilla, Saavedra. Martínez en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3-3-88 respecto de la constitucionalidad, en Barco, 1990, pp. 491 y ss. (496 y ss.); concordantemente, VELÁSQUEZ, 1989, pp. 242 y ss.; AMBOS, 1989, pp. 108 y ss.; MATYAS, 1988, pp. 96 y ss. (98).

(75) Sentencia del 3-3-88 (*idem*), en BARCO, 1990, pp. 491 y ss. (494).

gobierno comparte la opinión aquí sostenida, y ha atenuado las restricciones al *habeas corpus* permitiendo su interposición también ante el juez penal más «próximo» (art. 62 Decreto 99/1991). Sin embargo, el Decreto 1156, del 11-7-92, dictado sobre la base del primer Estado de Conmoción Interior (véase Acta 15), excluyó el derecho a un *habeas corpus* para los detenidos de «orden público» (particularmente ¡narcotráfico y terrorismo!), declarando inaplicable el artículo 145 del nuevo CPP.

En Perú, el *habeas corpus* es incluso expresamente excluido —tanto en la legislación en materia de terrorismo (6.^a disposición complementaria de la Ley 24.700) como de drogas (artículo 71 D-L. 22.095)—. A esto se agrega que la jurisprudencia considera suficiente para la detención provisional una mera sospecha fundada en terrorismo o tráfico de drogas (76), lo cual ha conducido a una criticable pérdida de efectividad del derecho de *habeas corpus*. Según una investigación de Eguiguren/Maraví (77), entre 1983 y 1990, de los recursos de *habeas corpus* interpuestos contra detenciones provisionales solamente fue declarado admisible en el 9,5 por 100 de los casos impugnados, y en los casos de incomunicación, en solamente 4,3 por 100. Esto se explica, según la investigación, en que el control judicial se limita a la duración de la detención, sin revisar la conformidad a derecho formal y material de la restricción de la libertad.

En Bolivia, aunque no existe una restricción normativa expresa del *habeas corpus*, los jueces señalan que su efectividad práctica es escasa (78).

4.2. ¿RESTRICCIÓN ADMISIBLE SOBRE LA BASE DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN?

En todo caso puede justificarse una limitación del *habeas corpus* en que Colombia y Perú se encuentran en estado de excepción —*Estado de sitio* según artículo 121 ant. red. / *conmoción interior* según arts. 213 y s. n.red. Const. col. y *estado de emergencia* según artículo 231 Const. per. respectivamente (notas 15, 51)— y en que para la restauración del orden público es necesaria (también) una suspensión del *habeas corpus*, lo cual en el caso del Perú solamente es válido para una parte del territorio (nota 51). La Constitución colombiana posibilita al Ejecutivo la suspensión de leyes (y garan-

(76) De otra opinión la doctrina mayoritaria, que exige la flagrancia, *vid.* EGUIGUREN, 1990, pp. 108 y ss.

(77) EGUIGUREN/MARAVÍ, 1991, pp. 9 y ss. (15 y ss.); cifras para el período 1983-87 se encuentran también en Eguiguren, 1990, pp. 89 y ss.; también Amnesty International, 1991, p. 183: «En las zonas de emergencia el *habeas corpus* no fue suspendido, pero los tribunales generalmente no implementan este derecho...»

(78) PAREDES/MERCADO, *entrevista*, La Paz, 1-11-90.

tías) que resulten «incompatibles» con el «estado de sitio» (art. 121 a.red.) o la «conmoción interior» (213 n.red.). La Constitución peruana permite —como en el caso de terrorismo y narcotráfico— la detención provisional hasta 15 días [art. 231 en relación con el 2.20.g)]. Esto ha conducido en ambos países a una amplia restricción del *habeas corpus* por medio de la jurisprudencia. En Colombia, la *Corte Suprema de Justicia* ha afirmado la constitucionalidad del Decreto 182/1988 (formal) con la referencia a su *ratio* («restauración del orden público»), negando una restricción material del *habeas corpus*. En Perú, la jurisprudencia mayoritaria sostiene la opinión conocida como *tesis negativa*, según la cual el establecimiento del estado de emergencia constituyen «cuestiones políticas no judiciales», que no permiten el control judicial de la restricción de la libertad mediante el *habeas corpus* (79).

Sin embargo, argumentos de naturaleza dogmático-jurídica y de práctica jurídica hablan en contra de estas opiniones.

El punto de vista que subyace a las jurisprudencias colombiana y peruana, en cuanto a que la vigencia y aplicación del *habeas corpus* impide la restauración del orden público, y que por ello se debe negar un examen de su conformidad a derecho material, resulta cuestionable desde la perspectiva del Estado de Derecho. El texto de la CADH no aclara indubitadamente esta cuestión, a pesar de la prohibición de restricción del artículo 7 número 6 mencionada, ya que el artículo 27 que regula el estado de excepción solamente prohíbe expresamente la suspensión de los derechos de los artículos 3-6, 9, 12, 17, 18, 20, 23 (art. 27, núm. 2), pero no los derechos que garantizan el *habeas corpus* (art. 7, números 6 y 25). Se plantea por tanto la cuestión de la relación existente entre la regulación del estado de emergencia (art. 27) y el artículo 7 número 6 como así también 25. En tal medida, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha establecido en dos dictámenes el rol fundamental del *habeas corpus* y la imposibilidad de su supresión que de ello se sigue. En la *Opinión Consultiva* 8/1987 se dijo: «... es esencial la función que cumple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

De ello sigue, que el *habeas corpus* (y los otros procedimientos de los Arts. 25.1 y 7.6 de la CADH) «no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades...» (80).

(79) Vid. EGUIGUREN, 1990, p. 113..

(80) Opinión Consultiva OC-9/87 del 30-1-87, 35, 42 y s., en OEA. 1988a. pp. 17 y ss. (26 y ss., 29); al respecto también GARCÍA SAYÁN, 1988, pp. 53 y ss.;

En la Opinión Consultiva (OC) 9/1987 se reforzó este punto de vista y se resolvió: «... deben considerarse como garantías judiciales indispensables... el *habeas corpus* o cualquier otro recurso efectivo entre los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no esté autorizada por la misma Convención» (81).

Con esto se corresponde también la opinión de la Comisión de Derechos Humanos del PIDCP (art. 28), que considera incompatible con la pretensión de un control de la conformidad a derecho de la detención la exclusión del *habeas corpus* en ciertas situaciones de excepción, tal como la detención por razones de seguridad nacional (82).

La necesidad de un control (también) de derecho material de la detención provisional, especialmente de su vinculación con las causas del estado de excepción y su proporcionalidad (83), se sigue, además, de razones de práctica jurídica. Según la investigación peruana de Eguiguren/Maraví ya citada, claramente la mayoría de los *habeas corpus* (41,2 por 100) interpuestos entre 1983 y 1990 lo fueron por detenciones provisionales (84). Como ya se señalara más arriba, en todos los países se conocen casos en los cuales la policía detuvo a personas bajo la imputación de actividades terroristas o delitos de drogas, para abusar con métodos prohibidos de obtención de la declaración de los plazos de detención e instrucción más prolongados para la obtención de información que surgen de la legislación especial. El *habeas corpus* adquiere, por ello, una especial importancia justamente en el caso de la incomunicación: «... torturas y apremios... suelen ocurrir especialmente durante prolongados períodos de incomunicación, en los cuales el detenido carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. Es precisamente en estas circunstancias cuando el recurso de *habeas corpus* adquiere su mayor importancia» (85).

concordantemente, EGUIGUREN, 1990, pp. 113 y ss.; también O'Donnell, 1988, pp. 135 y ss.; acerca de la pretensión a un recurso eficiente, *idem*, pp. 191 y ss.

(81) Opinión Consultiva OC-8/87 del 6-10-87, 41, en OEA, 1988b, pp. 13 y ss. (23 y ss.).

(82) *Vid.* el pedido de dictamen de la Comisión del 10-10-86, en OEA, 1988a, pp. 13 y ss.; también GARCÍA SAYAN, 1988, p. 136.

(83) Así, la tesis del «control judicial parcial»; más amplia, la tesis del «control judicial amplio o completo», que exige adicionalmente el control de la juridicidad del estado de excepción, *vid.* EGUIGUREN, 1990, pp. 113 y ss.; *vid.* también los votos en disidencia de Mantilla, Saavedra, Martínez en la sentencia respectiva de la Corte Suprema colombiana (nota 70).

(84) EGUIGUREN/MARAVÍ, 1991, pp. 14 y s., 868 del total de 2019, luego siguen, libertad individual (13,8 por 100), integridad personal (8 por 100), detención en incomunicación (5,4 por 100), derecho de defensa 85 Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citado según OC 8/87 (nota 68) 36 (OEA, 1988, p. 27); también en GARCÍA SAYAN, 1989, p. 59; O'DONNELL, 1988, p. 139.

(85) Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citado

A fin de impedir abusos de los órganos estatales de seguridad o, al menos, limitarlos, resulta imprescindible un amplio control judicial de la detención, lo cual puede ser intentado mediante el *habeas corpus*. Este examen es especialmente necesario durante el estado de excepción, en particular con respecto a los derechos humanos no suprimibles del artículo 27.2 CADH. Las limitaciones del *habeas corpus* referidas, según esto, van en contra de las normas de la CADH citadas.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta los abusos de la detención provisional posibles y efectivos que se producen como consecuencia de la legislación especial vigente, en particular para eliminar la oposición política y social, resultan ineludibles reformas conforme al Estado de Derecho en el nivel normativo. Tales reformas deberían orientarse en lo esencial a dos objetivos: por un lado, se trata de limitar las posibilidades de detención de las fuerzas de seguridad que surgen de la legislación especial, a fin de que no tantas personas se vean expuestas (III.2) a la *posibilidad de abusos*; por otro lado, se debe garantizar al detenido una protección jurídica más eficiente.

De ello resultan, en particular, las siguientes exigencias *de lege ferenda*:

— Mayor determinación y concreción de los presupuestos o fundamentos de la detención provisional, mediante una formulación más estricta de los tipos de terrorismo y tráfico de drogas respectivamente (III 2) y detenciones sólo fundadas en una sospecha concreta y vehemente (86).

— Inmediata notificación a los órganos judiciales (fiscal o juez) —como máximo dentro de las 48 horas— o a los parientes o amigos del detenido; la dilación culpable de tales notificaciones debería estar amenazada con sanciones.

— En general, especialmente en Colombia y Perú, plazos de arresto más breves; los prolongados plazos previstos hacen caer en abusos (III.3), y ciertamente, tampoco hacen más eficiente la lucha contra el delito, ya que una gran parte de los detenidos deber ser

según OC 8/1987 (nota 68), 36 (OEA, 1988a, p. 27); también en GARCÍA SAYAN, 1989, p. 59; O'DONNELL, 1988, p. 139.

(86) *Vid.* en esta medida el artículo 202 del Código Procesal Modelo para Iberoamérica elaborado en 1988 por Bernar/De la Rúa/Pelligrini/Maier: el decreto de la *prisión preventiva*. (!) exige, según éste, «convicción suficiente» de la «probabilidad» de que el imputado es autor o partícipe así como el peligro concreto de fuga u obstrucción; la aprehensión solamente es admisible en casos de flagrancia, persecución del autor u orden judicial (arts. 200 y s.), *vid.* Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 1989.

liberado ya por la policía, ya por sobreseimiento del procedimiento (III.2), y por lo demás, los abusos pueden producir la solidarización de parte de la población.

— Eliminación de la incomunicación completa, ya que esto deja totalmente expuesto al detenido a la arbitrariedad estatal, sin resultar particularmente útil para la lucha contra el delito; en esa medida el artículo 79 CPP per. contiene un estándar mínimo al garantizar el contacto entre detenido y defensor.

— Garantía irrestricta del *habeas corpus* en el sentido de las normas de la CADH, esto es, control completo de derecho material de la conformidad a derecho de la detención (III.4); en caso de una considerable prolongación de los plazos de detención también resulta pensable el control de la detención en razón de la función.

Tales exigencias normativas, que tan bien suenan, no deben engañar en cuanto al hecho de que el poder fáctico de las fuerzas de seguridad, especialmente de los militares, ha impedido la introducción de reformas acordes con el Estado de Derecho. Por lo demás, la sola introducción de leyes conforme al Estado de Derecho no evitará las lesiones a los derechos humanos en el curso de la detención provisional en tanto la doctrina militar de la «seguridad nacional» continúe imponiendo la destrucción de la «subversión» por medio de una «guerra sucia» (87).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, H. J./VAN KALMTHOUT, A. (comp.): *Drug policies in Western Europe, Freiburg/Br. (Kriminologische Forschungsberichte aus dem MPI für ausländisches und internationales Strafrecht)*, 1989.
- ALBRECHT, H. J.: *Suchtgifgesetzgebung im internationalen Vergleich, Forensia Jahrbuch*, tomo 2, Berlín/Heidelberg, 1991, pp. 69-88.
- AMBOS, K.: *Terrorismo y Ley. Análisis comparativo: RFA, Gran Bretaña, Perú y Colombia, Lima (CAJ)*, 1989.
- AMBOS, K. (1991a): «Anden. Der Krieg ohne Öffentlichkeit», en *Lateinamerika Nachrichten*, 202, abril 1991, pp. 29 y ss.
- AMBOS, K. (1991b): «Derechos Humanos y persecución penal en América Latina», en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, Lima, núm. 31, diciembre 1991, p. 42, y en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, núm. 53, 1991, p. 101.
- AMBOS, K. (1991c): «USA-Kolumbien: Ende der Auslieferung?», en *Neue Kriminalpolitik*, 4/91, p. 12.
- AMBOS, K.: «Auf dem Weg zur Hölle. Lateinamerikanische Gefangnisse von innen», en *Lateinamerika Nachrichten* 217/218, julio/agosto 1992, p. 80.
- AMERICAS WATCH/COMISION ANDINA DE JURISTAS (AW/CAJ): *Una guerra desesperada: Los Derechos Humanos en el Perú después de una Década de Democracia y Violencia*, Lima, 1990.

(87) Vid. TOCORA, sin año, pp. 121 y ss.; WERZ, 1991, pp. 163 y ss. (175 y ss.); SPITTA, 1991, pp. 141 y ss., este último con cita de K. SCHMITT: «Los partisanos sólo pueden ser combatidos en la manera de los partisanos.»

- AMERICAS WATCH: *The «drug war» in Colombia. The neglected tragedy of political violence*, Nueva York, 1990.
- AMERICAS WATCH (1992a): *Murder and Reform in Colombia. The violence continues*, Nueva York, 1992.
- AMERICAS WATCH (1992b): *Peru. Civil Society and Democracy under fire*, Nueva York, 1992.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Caught between two fires*, Londres, noviembre 1989.
- AMNESTY INTERNATIONAL: Colombia. Serie Documentos, 1988a.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Menschenrechtsverletzungen in den Gebieten unter Ausnahmezustand*, Frankfurt, 1988b.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Report 1991*, Londres, 1991.
- AMNESTY INTERNATIONAL (1992a): *Report 1992*, Londres, 1992.
- AMNESTY INTERNATIONAL (1992b): *Human Rights during the government of Pres. A. Fujimori*, Londres, 1992.
- BARCO, V.: *En defensa de la democracia y las libertades ciudadanas: La lucha contra el narcotráfico y el terrorismo en Colombia*, Bogotá, 1990.
- BEDREGAL, G./VISCARRA, R.: *La lucha boliviana contra la agresión del narcotráfico*, La Paz, 1989.
- CANCINO/MONROY/GRANADOS: *La legislación de emergencia y la justicia penal*, Bogotá, 1990.
- CARRANZA, E.: «Situación y perspectivas penitenciarias en América Latina y el Caribe», en *Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Costa Rica (ILANUD), 1990.
- CARRANZA/MORA/HOUED/ZAFFARONI: *El "preso sin condena"*, en *América Latina y el Caribe*, San José (ILANUD), 1988.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ): *Bolivia: Neoliberalismo y derechos humanos*, Lima, 1988a.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS-SECCIONAL COLOMBIANA (CAJ SC): «Las otras caras de la guerra a la mafia», en *Informativo Legislativo y jurisprudencial*, Bogotá, febrero 1990, pp. 101 y ss.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Normas internacionales sobre derechos humanos*, Lima, 1988b.
- COMISIÓN ESPECIAL del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú: *Violencia y Pacificación*, Lima (DESCO/CAJ), 1989.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS/COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Violencia en Colombia*, Lima, 1990.
- DEGREGORI, C. I.: *Sendero Luminoso*, Lima (IEP), 1990.
- EGUIGUREN, F.: *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima (CAJ), 1990.
- EGUIGUREN, F./MARAVI, M.: «Análisis de las principales tendencias cuantitativas en la jurisprudencia de *Habeas Corpus* en el Perú (1983-1990)», en *Boletín de la CAJ*, núm. 28, marzo 1991, pp. 9 y ss.
- FIX-ZAMUDIO, H.: *Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, en HORN, H. R./WEBER, A.: *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, Spanien und Portugal, Baden Baden, 1989, pp. 129 y ss.
- GALLÓN, G. (1991a): *Un estado en su sitio, versión preliminar*, Bogotá (CINEP-informe de investigación 2), 1991.
- GALLÓN, G. (1991b): *Del estado de sitio al estado de excepción*, Bogotá (CAJ-SC), octubre 1991.
- GARCÍA SAYÁN, D.: «*Habeas Corpus*» y *Estados de Emergencia*, Lima, 1988.
- GORRITI, G.: *Sendero Luminoso*, Lima, 1990.

- HARB, B.: *Código Penal boliviano*, La Paz, 1987.
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: *Código Procesal Modelo para Iberoamérica*, Argentina, 1989.
- JIMÉNEZ, E.: «La Convención Americana como Derecho interno», en *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Uruguay, 1988, pp. 27 y ss.
- KOKOTT, J.: *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Heidelberg (MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht), 1986.
- LATIN AMERICAN BUREAU: *Perú: Paths to Poverty*, Londres, 1985.
- LLOBET, J.: «Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva», en *Ciencias Penales* (Costa Rica), núm. 2 (1990), pp. 23 y ss.
- MAIER, J.: *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Argentina, 1981.
- MATYAS, E.: «Colombia: Estatuto de Defensa o via crucis de la democracia», *Boletín de la CAJ*, núm. 18, julio 1988, pp. 96 y ss.
- MAYER, H.: *Kolumbien: Der schmutzige Krieg*, Hamburg, 1990.
- MEJÍA, M. B.: «La ley y los procesos por narcotráfico», en LEÓN, F./CASTRO DE LA MATA, R.: *Pasta básica de Cocaína*, Lima (CEDRO), pp. 407 y ss.
- MEYER, J.: *Rechtsvergleichender Querschnitt*, en Meyer, Jürgen (comp.): *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa*, Freiburg, 1987, pp. 729 y ss.
- MINVIELLE, B.: «Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Doctrina Penal*, Argentina, nro. 41, 1988, pp. 64 y ss.
- NOHLEN, D. y otros: *Bolivien*, en Idem/NUSCHELER, Franz (comp.): *Handbuch der Dritten Welt*, tomo 2 (Sudamerika), Hamburg, 1982, 2.^a edición, pp. 109 y ss.
- O'DONNELL, D.: *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima (CAJ), 1988.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987*, Washington D.C., 1988a.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988*, Washington D.C., 1988b.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, Washington D.C., 1991.
- ORTEGA T., Jorge: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal (Decreto 50 de 1987)*, Bogotá, 1990.
- PEARCE, J.: *Colombia. Inside the labyrinth*, Londres (Latin American Bureau), 1990.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: *La lucha contra la violencia y la impunidad: un empeño democrático*, Bogotá, 1988.
- RAMÍREZ, R.: *Código de Procedimientos Penales*, Lima, 1991.
- RUBIO, C. M.: *Legislación peruana sobre drogas a partir de 1920*, Lima (CEDRO), 1988.
- SIMMA, B./FASTENRATH, U.: *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz*, Munich, 3.^a ed., 1992.
- SPITTA, A.: «Partisanen kann man nur auf Partisanenart bekämpfen», *Über die ideologischen Wurzeln und Rechtfertigungen der «guerra sucia» in Lateinamerika (insbesondere in Argentinien)*, en TOBLER, H. P./WALDMANN, P. (comp.): *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt, 1991, pp. 133 y ss.

- TARUSELLI, C.: «Aplicación del criterio “razonabilidad” en causas donde se ha procesado por delitos inexcarcelables», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1989.
- THUN, K.: «Das “Verschwindenlassen” von Menschen vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte», en *Lateinamerika. Analysen-Daten-Dokumentation*, Hamburg, núm. 6, 1989, 11/12, pp. 59 y ss.
- TOCORA, F.: «Política Criminal y dictaduras militares de seguridad nacional en América Latina», en *Capítulo Criminológico*, núm. 14, Venezuela, pp. 121 y ss.
- TREJOS, G.: «La Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala constitucional de Costa Rica», en *Revista de Derecho Constitucional*, 1, San José (Corte Suprema de Justicia). enero-abril. 1991, pp. 65 y ss.
- US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1989*, Washington D.C., febrero 1990, resumen en español en *Boletín de la CAJ*, núm. 25 (junio 1990), pp. 101 y ss.(111).
- US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*, Washington D.C., febrero 1991.
- US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1991*, Washington D.C., febrero 1992.
- VELASQUEZ, F.: *La actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas en Colombia*, Medellín, 1991 (disertación en la Conferencia sobre Política en materia de drogas en Málaga, España, mayo 1991).
- VELÁSQUEZ, F.: *Las drogas*, Medellín, 1989.
- VERDROSS, A./SIMMA B.: *Universelles Völkerrecht*, Berlín, 1984, 3.ª ed.
- WALDMANN, P.: *Staatliche und parastaatliche Gewalt: ein vernachlässigtes Forschungsthema*, en TOBLER/WALDMANN (comp.): *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt, 1991, pp. 163 y ss.
- ZAFFARONI, E.: *Sistemas Penales y Derechos humanos en América Latina (Informe Final)*, Argentina, 1986.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Resolución de 20 de enero de 1994, de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte e incapacidades temporales y permanentes que resultan de aplicar durante el año 1994 el sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación (BOE de 1 de febrero de 1994)

Por Orden de 5 de marzo de 1991, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 11, el Ministerio de Economía y Hacienda dio publicidad al «Sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación», recomendó su aplicación y utilización por las Entidades aseguradoras, declarándolo, además, procedimiento idóneo para el cálculo de la provisión para siniestros pendientes de liquidación o de pago correspondiente al ramo del seguro de «Responsabilidad Civil: Vehículos terrestres automotores».

El citado Sistema incorpora un mecanismo de actualización anual automática de los importes de las indemnizaciones de tal modo que éstas son el resultado de multiplicar el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento por un número determinado de mensualidades. Así, las tablas de indemnizaciones que fueron publicadas en anexo en el citado «Boletín Oficial del Estado», de 11 de marzo de 1991, están fundamentadas en el salario mínimo interprofesional fijado para dicho año 1991 y, por tanto, deben resultar de aplicación exclusivamente en dicho ejercicio.

El Real Decreto 2318/1993, de 29 de diciembre, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» del 31, ha fijado el salario mínimo interprofesional mensual en 60.570 pesetas para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

A la vista de todo lo anterior, y con el fin de facilitar la difusión y aplicación del «Sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación», esta Dirección General ha acordado:

Dar publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte e incapacidades temporales y permanentes que resultan de aplicar durante el año 1994 el «Sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación» a que se refiere la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, mediante la publicación de dichas cuantías como anexo a la presente resolución.

ANEXO

TABLA I
Indemnizaciones básicas por muerte
(En miles de pts.)

Beneficiarios de la indemnización	Edad de la víctima			
	Hasta 18 años	de 19 a 65 años	De 66 a 80 años	Más de 80 años
<i>Sólo cónyuge</i>		11.716	9.100	6.484
<i>Cónyuge con hijos menores</i>				
Con un hijo		14.332	11.716	
Con dos hijos		16.948	14.332	
Con tres hijos		19.451	16.948	
Por cada hijo a partir de tres		2.616	2.616	
Concurriendo hijos mayores (cada hijo)		1.365	1.365	
<i>Cónyuge con hijos mayores</i>				
<i>Convivencia de hijos con la víctima</i>				
Con un hijo		12.967	11.716	7.735
Con dos hijos		14.332	12.967	8.417
Con tres hijos		15.583	14.332	9.100
Por cada hijo a partir de tres		1.365	1.365	682
<i>Concurriendo hijos sin convivencia (cada hijo)</i>		682	682	682
<i>Sin convivencia de hijos con la víctima</i>				
Con un hijo		11.716	9.100	6.484
Con dos o más hijos		12.967	10.351	7.735
<i>Cónyuge con ascendientes</i>				
Con los padres de la víctima		12.967	9.100	
<i>Sólo hijos menores</i>				
Uno y dos hijos		15.583	12.967	

Beneficiarios de la indemnización	Edad de la víctima			
	Hasta 18 años	de 19 a 65 años	De 66 a 80 años	Más de 80 años
Tres hijos		19.451	16.948	
Cuatro hijos		22.067	19.451	
Por cada hijo a partir de cuatro		2.616	2.616	
Concurrencia de hijos mayores (cada hijo)		682	682	
<i>Sólo hijo mayores</i>				
Convivencia de los hijos con la víctima				
Uno y dos hijos		10.351	10.351	5.232
Tres hijos		11.716	11.716	6.484
Por cada hijo a partir de tres		682	682	0
Sin convivencia de los hijos con la víctima				
Uno y dos hijos		9.100	6.484	5.232
Tres hijos		10.351	9.100	5.232
Por cada hijo a partir de tres		682	682	0
<i>Sólo ascendientes</i>				
Padres				
Convivencia con la víctima	10.465	11.716	7.735	0
Sin convivencia con la víctima	7.735	7.735	6.484	0
Abuelos (sin padres)	5.232	5.232	0	0
<i>Sólo colaterales</i>				
Convivencia con la víctima				
Uno y dos hermanos	7.735	7.735	6.484	5.232
Tres o más hermanos	9.100	9.100	9.100	6.484
Sin convivencia con la víctima				
Uno y dos hermanos	5.232	6.484	5.232	3.867
Tres o más hermanos	7.735	9.100	6.484	3.867

INDEXACIÓN AUTOMÁTICA ANUAL EN BASE AL S.M.I. 1994:
60.570 PTAS./MES.

IMPORTANTE: LAS RELACIONES DE HECHO CONSOLIDADAS, SE ASIMILARÁN A LAS SITUACIONES DE DERECHO PARA LA APLICACIÓN DE ESTA TABLA Y DE LOS FACTORES DE CORRECCIÓN CORRESPONDIENTES.

TABLA II
Factores de corrección para la valoración de las indemnizaciones
por muerte
(Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas de la Tabla I)

Descripción	Porcentaje de aumento	Porcentaje reducción
— <i>Perjuicios económicos</i> (Pérdida de ingresos familiares a consecuencia del fallecimiento) Hasta 3.028.500 ptas. anuales (50 unidades del SMI mensual) (*) ... Desde 3.028.500 ptas. anuales hasta 6.057.000 ptas. (de 50 hasta 100 unidades del SMI mensual) (*) ... Más de 6.057.000 ptas. (más de 100 unidades de SMI mensual) (*) ...	Sin aplicación Hasta 25 % Hasta 50 %	
— <i>Circunstancias familiares especiales</i> Minusvalía física o psíquica acusada del heredero perjudicado (según circunstancias) Víctima hijo único (según edad, convivencia y estado civil) Fallecimiento de ambos padres en el accidente Sin hijos menores Con hijos menores o incapacitados Fallecimiento de mujer embarazada, con pérdida de feto Si el concebido fuera el primero hijo Si tuviera más hijos	Hasta 100 % (1) Hasta 50 % Hasta 25 % Hasta 100 % (2) Hasta 40 % Hasta 25 % (3)	
— <i>Circunstancias sociales u ocupacionales relevantes de la víctima</i> (Cargo, función, prestigio social, popularidad, perspectiva profesional futura, etc.) .	Hasta 20 %	
— <i>Criterios jurídicos</i> (Concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias)	—	Hasta 75 %

(1) Sobre la cuota correspondiente a un hijo menor.

(2) Sobre la indemnización conjunta de ambos padres, en función de la edad de los hijos y demás circunstancias relevantes.

(3) Sobre la indemnización de la madre fallecida.

(*) SMI 1994: 60.570 ptas./mes.

TABLA III
Valores del punto para determinar las indemnizaciones básicas por
incapacidades permanentes

Puntos	Menos de 20 años	21 a 40 años	41 a 55 años	56 a 65 años	Más de 65 años
1	59.279	54.880	50.480	46.471	41.594
2	62.783	57.994	53.205	49.066	43.410
3	66.286	61.109	55.930	51.661	46.335
4	69.789	64.223	58.655	54.256	47.043
5	73.292	67.337	61.380	56.852	48.859
6	76.796	70.451	64.104	59.446	50.676
7	80.300	73.565	66.829	62.042	52.493
8	83.802	76.680	69.554	64.637	54.310
9	87.306	79.393	72.279	67.231	56.126
10-14	90.810	82.907	75.005	69.827	57.943
15-19	109.510	100.237	90.962	84.358	66.347
20-24	127.846	117.226	106.606	98.605	74.588
25-29	145.819	133.880	121.943	112.573	82.666
30-34	163.441	160.210	136.981	126.268	90.585
35-39	180.717	166.219	151.722	139.694	98.350
40-44	197.655	181.916	166.176	152.857	105.983
45-49	214.259	197.302	180.345	165.760	113.428
50-54	230.540	212.389	194.237	178.412	120.743
55-59	246.501	227.178	207.855	190.815	127.816
60-64	262.148	241.678	221.209	202.974	134.948
65-69	276.471	255.893	234.298	214.897	141.844
70-74	292.530	268.831	247.133	226.583	148.603
75-79	307.274	283.494	259.716	238.042	155.230
80-84	321.731	296.890	272.051	249.277	161.727
85-89	336.902	310.024	284.145	260.290	168.098
90-99	349.798	322.900	296.001	271.089	174.343
100	363.420	336.522	307.626	281.674	180.486

* Representa seis mensualidades del SMI de 1994 (60.570 ptas./mes).

TABLA IV
Factores de corrección para la valoración de las indemnizaciones
por incapacidades permanentes
 (Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas)

Descripción	Porcentaje de aumento	Porcentaje reducción
— <i>Perjuicios económicos</i> (Pérdida de ingresos familiares a consecuencia de la incapacidad permanente) Hasta 3.028.500 ptas. anuales (50 unidades del SMI mensual 1994) (*) . . . Desde 3.028.500 ptas. anuales hasta 6.057.000 ptas. (de 50 hasta 100 unidades del SMI mensual (*) Más de 6.057.000 ptas. (más de 100 unidades de SMI mensual) (*)	Sin aplicación Hasta 25 % Hasta 50 %	
— <i>Perjuicios morales y de disfrute o placer</i>	(1)	
— <i>Necesidad de ayuda de otra persona</i> Derivada de la incapacidad de la víctima para realizar por sí misma las actividades elementales de la vida diaria	Estimación del coste	
— <i>Criterios jurídicos</i> (Concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o agravación de las consecuencias de éste)	—	Hasta 75 %
— <i>Incapacidades anteriores o ajenas al accidente</i> Según su influencia en la escuela final resultante	—	Hasta 50 %

GRANDES INVÁLIDOS, ESTADOS DE COMA Y OTROS INCAPACITADOS EXCEPCIONALES

Para la mejor protección de los intereses de la víctima, la indemnización para satisfacer los perjuicios económicos y su asistencia personal y sanitaria, podrá consistir en una renta vitalicia mediante el Depósito Bancario necesario o póliza de Seguro de Vida.

En casos excepcionales, podrá otorgarse una indemnización mixta consistente, además de la renta vitalicia, en una indemnización de cuantía fija para el incapacitado y familiares que con él convivan.

Normalmente, de la indemnización resultante, a excepción del supuesto previsto en el párrafo anterior, se destinará un 10-20 % como pago inmediato para atender gastos inherentes a la adecuación de la vivienda y otros similares, por razón de la minusvalía sufrida.

(1) Perjuicios considerados en la indemnización básica. Excepcionalmente podrá aplicarse un porcentaje de aumento, en función de la importancia del perjuicio ocasionado al propio incapacitado o a su cónyuge y familiares próximos.

(*) SMI 1994: 60.570 ptas./mes.

TABLA V
Valoración económica de la incapacidad temporal compatible con la indemnización por incapacidad permanente

A) Indemnizaciones básicas

Edad del lesionado	Indemnización diaria (ptas.)	Índices 100=SMI 1991
— Hasta 18 años	3.981	299 *
— De 19 a 65 años	5.687	282 **
— Más de 65 años	3.412	256 *

B) Factores de corrección (porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas)

Perjuicios económicos acreditados	Porcentaje de aumento
(Pérdida neta de ingresos económicos por la incapacidad temporal)	
— <i>Hasta 3.028.500 ptas. anuales (50 unidades del SMI mensual)</i>	Sin aplicación
— <i>Desde 3.028.500 ptas. hasta 6.057.000 ptas. anuales (de 50 unidades del SMI mensual hasta 100)</i>	Hasta 25 %
— <i>Más de 6.057.000 ptas. anuales (Más de 100 unidades del SMI mensual)</i>	Hasta 50 %

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 1994

	Diario
* Menores de 18 años (ptas.)	1.334
** Mayores de 18 años (ptas.)	2.019

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil

—Consulta núm. 2/93, de 15 de octubre—

I

La síntesis, sistematizada, del hecho sometido a Consulta, es la siguiente:

1. Ante un Juzgado de Primera Instancia se ha iniciado la tramitación de dos expedientes civiles para el internamiento de presuntos incapaces, al amparo del artículo 211 del Código Civil. En uno de ellos se trata de un menor de edad, deficiente mental profundo (síndrome de Down) no declarado incapaz y que actualmente vive con sus padres. En el otro, de un mayor de edad, con enfermedad de las mismas características y en análoga situación jurídica y familiar.

En ambos supuestos la solicitud de internamiento procede de los padres respectivos, quienes se dirigen al Juzgado por medio de la directora de una Residencia de minusválidos del Instituto Valenciano de Servicios Sociales dependiente de la Generalitat Valenciana. Tal Residencia, lugar de los internamientos interesados, tiene como función «ofrecer un servicio de atención básico, sanitario y psicopedagógico a deficientes gravemente afectados y adultos». Los internados estarían en la Residencia de lunes a viernes, y todos los fines de semana y los períodos vacacionales fuera de ella, concretamente en el domicilio de los padres

2. El Juez de Primera Instancia ha solicitado dictamen al Ministerio Fiscal para que informe sobre si a los supuestos referidos es de aplicación el artículo 211 del Código Civil, y, en particular, si resulta indispensable la autorización judicial para los internamientos. El Juez, adelantando su punto de vista, entiende que no es preceptiva la autorización dado el contenido de la patria potestad, y, sobre todo, porque el internamiento instado no sería permanente.

3. El Fiscal que formula la Consulta, tras indicar que surgen dudas sobre el alcance del internamiento aludido en los artículos 211 y 271 del Código Civil, sostiene la siguiente tesis.

Si internamiento es estar fuera del seno familiar en cualquier caso y supuesto, resulta claro que para los que nos ocupan será precisa autorización judicial. Pero si, al contrario, internamiento es permanencia indefinida (por no ser previsible su duración) en un Centro y sin contacto y control familiar, resulta claro también que no se da el internamiento en los supuestos de la Consulta, ya que el internamiento o asistencia al Centro está determinado semanalmente excluyéndose los períodos vacacionales, los padres residen en lugares muy cercanos y el fin asistencial de la Residencia es la atención y no el encierro o internamiento. Esta Residencia, en efecto, no priva de libertad, sino que, al contrario, procura el desarrollo integral de los minusválidos y es una gestión desempeñada por un organismo público. Entender que queda afectada la libertad del minusválido en los supuestos de hecho es una ficción, pues lo que se pretende es atenderlos adecuadamente y procurar su desarrollo integral, y ésa es su plena libertad, la global, la del desarrollo de su personalidad, y no tan sólo una parte de ella que es la ambulatoria.

Otra cosa distinta es que deba quedar fijada claramente la situación jurídica del presunto incapaz al efecto de si pudiera influir en el extremo que nos ocupa; y así, cuando se trate de un menor de edad sólo cabrá establecer su incapacidad conforme al artículo 205 del Código Civil, y si es mayor la incapacidad se fijará a petición del legitimado o del Ministerio Fiscal, con el resultado de la prórroga de la patria potestad (art. 171 del Código Civil) o de la tutela o curatela (arts. 222, 287 y concordantes del Código Civil).

Y proponiendo una solución a la Consulta concluye del siguiente modo:

— La asistencia a la Residencia en cuestión en las condiciones expuestas no es un internamiento a los efectos del artículo 211 del Código Civil.

— Si con una situación de hecho de las referidas resulta que asiste a tal Residencia un mayor de edad no incapacitado, debiendo serlo, procederá solicitar su incapacitación para establecer la patria potestad prorrogada o la tutela o curatela, pero no es necesaria la autorización judicial para estar en tal Residencia entre tanto por actuar el padre o madre como guardador de hecho, que es paso previo a la patria potestad prorrogada (arts. 303, 304 y 171 del Código Civil).

II

El criterio expresado por el Juez de Primera Instancia, contrario a la necesidad de autorización judicial, parece que se apoya en dos

razones. Una es que los internamientos pretendidos no serían permanentes. Y otra, que el contenido de la patria potestad es impositiva de la autorización.

De igual modo piensa el Fiscal que eleva Consulta, al afirmar que por internamiento, en el marco del artículo 211 del Código Civil, hay que entender la permanencia indefinida en un Centro sin contacto ni control familiar, cosa que no sucede en los supuestos cuestionados; a ello deberá añadirse que aquella Residencia no tiene como finalidad el encierro o privación de libertad sino la asistencia, procurando el desarrollo integral. Pero agrega seguidamente que aun cuando un internamiento de tales características no se halle condicionado por la autorización judicial, durante su desarrollo debe quedar fijada la situación jurídica de quienes entraron en el Centro como presuntos incapaces, por lo que, en su caso, procederá instar la incapacitación del menor en armonía con el artículo 205 del Código Civil, y la del mayor de edad por los legitimados o por el Ministerio Fiscal, con los resultados de la prórroga de la patria potestad (art. 171 del Código Civil) o de constitución de la tutela o curatela (arts. 222.2.º y 3.º y 287 del Código Civil). Y finalmente, se insiste en no ser necesaria la autorización judicial para estar en el Centro por actuar los padres como guardadores de hecho, que es paso previo a la patria potestad prorrogada (arts. 303, 304 y 171 del Código Civil).

La síntesis de las opiniones virtualmente coincidentes del Juez de Primera Instancia y del Ministerio Fiscal sería ésta: que el análisis de los hechos extraídos de los procesos de jurisdicción voluntaria en tramitación lleva a concluir que no son hábiles para integrar el concepto de internamiento empleado en el artículo 211 del Código Civil; y que aun admitiendo en ellos la concurrencia de los presupuestos objetivos del internamiento no sería necesaria la autorización judicial, dado que al ser los solicitantes titulares de la patria potestad y de la guarda de hecho, respectivamente, no se trataría de un internamiento forzoso ordinario, único para el que es indispensable la autorización judicial previa.

III

Varias cuestiones deben tratarse para dar solución completa a la Consulta.

1. El primer tema a considerar es el siguiente: si resultará o no aplicable el artículo 211 del Código Civil a los supuestos que especifica la Consulta, atendidos los datos objetivos del *lugar* en que van a estar aquellas dos personas y del *tiempo* de permanencia en el Centro asistencial; o lo que es igual, si las características y formalidades con que va a presentarse el internamiento del caso concreto se corresponden con el internamiento del artículo 211 del CC En la Consulta se rechaza de forma expresa porque el internamiento proyectado no va a suponer

la permanencia indefinida en un Centro sin contacto ni control familiar, y porque en él no se priva de libertad, sino que, al contrario, se procura el desarrollo integral de los minusválidos

En este punto no es ajustada la tesis a que da acogida la Consulta.

El internamiento de los presuntos incapaces en el artículo 211 del CC se presenta como un concepto indeterminado jurídicamente, por lo que en la interpretación de la norma habremos de acudir a su significado gramatical. Y en este orden, internar equivale a instalar o recluir un enfermo en una clínica, hospital, sanatorio u otro Centro *ad hoc*; y, a su vez, recluir significa ingresar a alguien en un sitio en donde esté privado de libertad de movimientos. Así, todo internamiento forzoso —y forzosos son las dos modalidades que se prevén en el artículo 211— cualesquiera sean sus peculiaridades, supone reclusión, en cuanto limita un derecho fundamental de la persona, la libertad, consagrado en el artículo 17 de la CE; mas ese derecho constitucional a la libertad personal es compatible con los internamientos forzosos de presuntos incapaces para su tratamiento, cuando éste no sea posible en régimen ambulatorio o de libertad, siempre que se acomoden en sus presupuestos a las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico.

Hay que adelantar que los internamientos forzosos que contempla el artículo 211 son los motivados por deficiencias persistentes graves —no esporádicas u ocasionales— hábiles para conducir a la incapacitación. Ahora bien, ¿los internamientos abarcados por el artículo 211 han de ser sólo los continuados y permanentes, sin intermitencias, con un tratamiento impositivo de salidas ocasionales o periódicas? ¿O también serán internamientos forzosos típicos aquellos en los que sea previsible la temporalidad o una duración no definida *ab initio*, con tratamiento en un Centro de asistencia compatibles con la recuperación periódica de la libertad? La duración continuada o inicialmente ilimitada o sin interrupciones no es el componente único del artículo 211. Es más amplio. Del último párrafo del artículo 211 se desprende que el internamiento sujeto a autorización judicial no tiene porqué aparecer como definitivo, puesto que el Juez «cuando lo crea pertinente recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento... y acordará lo procedente sobre la continuación o no». Estos internamientos no tienen límites temporales, pueden terminar no mucho después y aun así es preceptiva la autorización judicial. Como no es característica ineliminable de estos internamientos la privación de libertad ininterrumpida, los internamientos con interrupciones semanales y vacacionales o con salidas del *locus custodiae* están amparados por el artículo 211.

Los internamientos discontinuos se integran en el círculo de la autorización del artículo 211 al no existir en los internamientos situaciones intermedias; se está o no se está internado con intervención judicial, como se está o no privado de la libertad ambulatoria.

Debe observarse, además, en apoyo de esta tesis, que la autorización prevenida lo es para el internamiento en abstracto, como acto material y jurídico, es decir la autorización legitima el internamiento, sin fijar un período mínimo ni uno máximo, pues la duración es algo indeterminado y aleatorio al estar en función del desarrollo de la enfermedad, que en la mayoría de los casos si no es reducible a un *tempus modicum* tampoco impide etapas de libertad, periódicas o no, que pueden ser conciliables e incluso complementarias con finalidades terapéuticas y de aseguramiento.

Asimismo es de destacar que ante la solicitud de internamiento promovida por la representación de presuntos incapaces, el Juez se limita a autorizar el internamiento a fin de que un tratamiento pueda prestarse en régimen de privación de libertad, ya sea absoluto o con algunas intermitencias, pero el Juez no ordena el internamiento en un Centro determinado y con un tratamiento específico que presuponga obligada continuidad, sino que todo ello quedará sujeto al régimen interno del Centro asistencial.

Sobre el lugar en que deba efectuarse el internamiento tampoco aclara nada el artículo 211. Mas si se advierte que el precepto comprende a los incapaces presuntos, y que la declaración de incapacidad que pueda subseguir tendrá su única causa en enfermedades o deficiencias persistentes (artículo 200 del CC), lugares idóneos para el internamiento serán todos aquellos Centros de régimen cerrado o que no permiten el libre movimiento de los internos, en los que se cumplan medidas asistenciales, sanitarias y educativas tendentes a la rehabilitación, recuperación e integración en la sociedad, de quienes sufren las deficiencias. No otro criterio es el que se extrae del artículo 271.1.º del CC cuando, en materia de tutela, establece que el tutor necesita autorización judicial «para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial». E incluso la misma conclusión puede obtenerse del artículo 4.2.º del Estatuto que faculta al Ministerio Fiscal para visitar los Centros de internamiento de cualquier clase.

2. Los sujetos a internamiento en el artículo 211 son únicamente los presuntos incapaces —no los ya incapacitados—, condición que concurre en quienes se hallen afectados de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impositivas de que las personas puedan gobernarse por sí mismas (art. 200 del CC). Presuntos incapaces son las personas a internar en los expedientes que motivan la Consulta, porque la enfermedad que padecen es continuada y grave y porque entre los presuntos incapaces a internar se incluyen tanto las personas mayores como las menores de edad. La incapacitación se extiende a los menores —que puede llegar tras el internamiento— cuando lo soliciten los padres o el tutor (art. 205 del CC) y se prevea que la causa determinante persistirá después de la mayoría de edad (artículo 201 del CC) en cuyo caso continúa,

prorrogada, la patria potestad (artículo 171, inciso primero, del CC). Y la incapacitación de los mayores de edad —también proyección posible del incapaz presunto— de más amplio contenido legitimador (arts. 202, 203 del CC) puede también ser excluyente de la tutela y originar en cambio la rehabilitación de la patria potestad (artículo 171, inciso segundo, del CC.). También en los hechos la petición de internamiento se ha hecho por los legitimados.

3. Se apunta en la tesis del Juez de Primera Instancia que el contenido de la patria potestad hace innecesaria la autorización judicial cuando sean sus titulares quienes promuevan el internamiento, con lo que implícitamente queda planteado el tema de si los internamientos de estos menores, presuntos incapaces, responden a las características de los internamientos forzosos comunes u ordinarios o a las de los internamientos voluntarios, y lo resuelve en el sentido de tratarse de internamientos voluntarios. En la Circular de esta Fiscalía 2/1984, de 8 de junio, se distinguía entre los internamientos forzosos comunes sujetos a autorización judicial, internamientos forzosos urgentes, necesitados de aprobación judicial o autorización *ex post*, e internamientos voluntarios, concluyéndose que en el artículo 211 tienen cabida los internamientos forzosos de todos los presuntos incapaces, condicionada la iniciación de unos (los no urgentes), a la autorización, y la continuación de otros (los urgentes) a la aprobación judicial, y que tal norma no regula los internamientos voluntarios, en los que la sola manifestación de voluntad del interesado es sustitutiva de la autorización judicial siempre que ese consentimiento esté exento de vicios invalidatorios y así persista durante el internamiento, pues en cualquier otro caso se trataría de ingresos aparentemente voluntarios o fraudulentos para cuya subsistencia o continuidad sería precisa autorización judicial.

Hay que entender que la solicitud de internamiento con autorización judicial cuando se trate de menores en patria potestad, es preceptiva para sus titulares, los legitimados para promover la declaración de incapacidad (artículo 205 del CC). Si en la ordenación legal de la patria potestad no existe norma que así lo exprese, sí lo declara el artículo 271.1.º del CC para la tutela: el tutot precisa autorización judicial para internar al tutelado en establecimientos de salud mental, de educación o formación especial. Y ello a pesar de ser el representante legal del sujeto a tutela (art. 267 del CC) y de que la tutela se ejerce en beneficio del tutelado (artículo 216 del CC). Si la tutela es institución paralela en sus funciones a la patria potestad en cuanto sustitutiva de ésta, y los ejercientes de la patria potestad función representan también a los menores (artículo 154.2.º del CC) y actúan en su beneficio (art. 154 del CC), también éstos necesitarán autorización judicial para internar a los hijos *in potestate*, debiéndose añadir, además, que el internamiento es una facultad de protección que no forma parte en el Código Civil del contenido nor-

mal de la patria potestad. Luego el consentimiento al internamiento de menores de edad presuntos incapaces, expresado por los titulares de la patria potestad, no es válido para convertirle en internamientos voluntarios ajenos a la autorización judicial.

En igual sentido el Fiscal que consulta —pero con referencia exclusiva al mayor de edad no incapacitado en trances de internamiento— afirma no ser necesaria la autorización judicial, ya que los padres con quienes convive actúan como guardadores de hecho. En definitiva, también para este caso se parte de que el internamiento sería voluntario. Por razones análogas, e incluso más intensas, que las expuestas para rechazar que el internamiento de un menor instado por los ejercientes de la patria potestad sea voluntario, debe sostenerse que el consentimiento expresado por los padres de un mayor presunto incapaz precisa de autorización judicial; y ello es así aun partiendo de un concepto amplio del guardador de hecho —que no está previsto en los artículos 303 y 304 del CC— comprendiendo en él a los que careciendo ya de la potestad legal sobre una persona susceptible de ser incapacitada, estuvieren encargados de su custodia y protección, porque a pesar de que con la declaración de incapacidad subsiguiente del mayor, presunto incapaz, sujeto a guarda, la guarda de hecho pueda convertirse en patria potestad rehabilitada y no en tutela (art. 171 del CC) —lo contrario viene a decir implícitamente el artículo 303 del CC con su remisión al artículo 228 que exige la constitución de tutela— antes de ese momento la guarda a lo que se aproxima es a la tutela de hecho, y si en la tutela plena, legalmente constituida y perfecta, es necesaria la autorización judicial para el internamiento del tutelado (art. 271.1.º del CC), y con mayor razón lo será en la tutela simplemente provisoria o de hecho.

En conclusión, el único modo de que un internamiento forzoso, excepción del derecho a la libertad reconocida en el artículo 5.1.e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se acomode al ordenamiento jurídico interno (art. 211 del CC) consistirá en exigir expresa autorización judicial, que se justificaría en los casos de la Consulta por la perturbación mental real de los sujetos a internar y por la naturaleza del Centro en donde han de permanecer, aunque lo sea de forma discontinua o no permanente. Y si como dice la sentencia del TC 104/1990, de 4 de junio, la regularidad de esos internamientos depende de la existencia de una decisión judicial que lo autoriza, es claro que sin ella podríamos hallarnos ante internamientos indebidos, irregulares o ilegítimos.

Acerca de si los vigilantes de seguridad privada durante el ejercicio de sus funciones ostentan el carácter de agentes de la autoridad

—Consulta núm. 3/93, de 20 de octubre—

I

La síntesis del objeto de la Consulta se reduce a si los vigilantes jurados de seguridad ostentan la condición de agentes de la autoridad, circunstancia generadora de especiales efectos penales cuando en el desempeño de su actividad sean víctimas de agresiones, injurias o de conductas constitutivas de resistencia o desobediencia, supuestos en los que las normas a considerar serían los artículos 231.2.º, 236, 237 y 245 del Código penal.

La Fiscalía consultante domina la materia como se desprende de la exposición que hace, y conoce también la evolución experimentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de las normas contenidas en el Decreto de 10 de marzo de 1978 sobre funciones de los Vigilantes jurados de seguridad, derogado por la Ley 23/1992, de 30 de julio, sobre Seguridad privada. De ahí que pueda afirmar que al tiempo de la vigencia del Decreto de 10-3-1978 los vigilantes jurados de fincas, empresas o entidades, tenían investida autoridad por aplicación de su artículo 18. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Constitución mantuvo el carácter de Agentes de la autoridad de los vigilantes jurados en varias sentencias, siendo de destacar entre ellas la de 18-12-1990, la que apoyándose en el artículo 18 de aquel Decreto exige como requisitos que el sujeto se halle en el ejercicio del cargo y vista el correspondiente uniforme. Esta línea jurisprudencial se ha truncado con la sentencia de 25-10-1991, al entender que el Decreto de 10-3-1978 reducía su eficacia en este punto concreto en el marco de los Derechos administrativo y privado y que si bien aquel artículo 18 no debe reputarse en si mismo inconstitucional, tampoco puede dar lugar a una interpretación extensiva de los conceptos de autoridad y de agente de la misma consagrados en el artículo 119 del Código penal, en contra del principio de reserva de Ley establecido en el artículo 25 de la Constitución.

Tras esta sentencia, y para resolver el tema de si concurre o no en los Vigilantes de seguridad privada la cualidad formal jurídica de Agentes de la autoridad, la Consulta entiende que en el terreno normativo, aparte el artículo 119 del Código penal, debe tomarse nota del artículo 283.5.º y 6.º de la L.E.Cr., del RD de 19-6-1987 regulador de la Policía Judicial, que parece concentrar este concepto sólo en los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, así como de la Ley de 30-7-1992, de Seguridad privada, que silencia el carácter de Agentes de la Autoridad para los Vigilantes de seguridad.

II

Tras las consideraciones anteriores en la Consulta se llega a las siguientes conclusiones:

1. La Ley de Seguridad privada de 30-7-1992 deroga expresamente cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella. Así, entre otras, las normas sobre la obtención de habilitación por el personal de seguridad privada, los requisitos para acceder al ejercicio de esas funciones y el control gubernativo, dejan sin efectos esas mismas prescripciones en la forma en que eran reguladas en el Decreto de 10-3-1978. Mas se pregunta seguidamente ¿el carácter de «autoridad» previsto en el artículo 18 del Decreto de 1978 para los Vigilantes jurados, que figura omitido pero no expresamente suprimido en la Ley de 30-7-1992 implica una derogación tácita?

2. En determinados casos las funciones de los vigilantes jurados se aproximan a las funciones públicas. Esto sucede cuando se les autoriza a portar armas en la protección de transportes de dinero u objetos valiosos, o en los edificios, que puedan ser públicos si la Administración contrata tales servicios con empresas de seguridad, lo que acontece incluso para el control de entrada de ciertos Palacios de Justicia; es claro que sobre todo estas últimas funciones, que comprenden, además, la vigilancia e identificación de las personas que acceden a esos edificios públicos, no deben reputarse meras funciones privadas, sino que bien parece que públicas, por lo que si permanece como dudosa la cualidad de agente de la autoridad, surge el problema de su condición de sujetos pasivos de atentado o desacato en cuanto funcionarios públicos por desempeñar funciones públicas en armonía con el artículo 119 del Código penal.

3. En definitiva, la protección penal especial del vigilante de seguridad no resulta de su condición de tal, sino de las funciones que, en cada caso, realice, pero como esto llevaría a una difícil cobertura por parte de la interpretación jurisprudencial, quizás será conveniente dotar de pleno sentido al propio título de la Ley de 1992, de Seguridad privada, considerando aquellos servicios como privados de seguridad, si bien complementarios y subordinados a los de seguridad pública, por lo que su personal, privado también, carecerá de la condición de Agente de la autoridad o de funcionario público a efectos penales, tanto como sujeto activo o pasivo de infracciones punibles.

III

1. El tema central, por no decir único, planteado en la Consulta, es el de si a los Vigilantes de seguridad privada les está atribuida legalmente la cualidad de Agentes de la autoridad. En la etapa in-

mediatamente anterior, el Decreto de 10-3-1978 lo afirmaba de modo expreso, al establecer que los Vigilantes jurados de seguridad en el ejercicio de su cargo tendrán el carácter de agentes de la autoridad (art. 18) siempre que presten el servicio de uniforme (art. 7). El texto de esta normativa básica fue ratificado en su integridad por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 10 de diciembre de 1983, 8 de noviembre de 1984 y 18 de diciembre de 1990. Todas ellas atribuyen la defensa y protección de las personas y las propiedades en el entorno de la investigación delictiva a los vigilantes jurados de seguridad, aun cuando lo sean como auxiliares de la Policía judicial (art. 283.6 de la L.E.Cr.), y en esta línea se confiere a los mismos el carácter y calidad de verdaderos agentes de la autoridad cuando estén en el ejercicio del cargo y vistan de uniforme.

Sin embargo, para la misma etapa en que ha regido el Decreto de 10-3-1978, otra dirección jurisprudencial más reciente, de distinto signo, representada por las sentencias de 25 de octubre de 1991 y de 18 de noviembre de 1992, niega que los vigilantes jurados sean agentes de la autoridad. En la primera de las sentencias citadas, el recurso, construido básicamente sobre la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución sostenía que la atribución a los vigilantes jurados del carácter de agentes de la autoridad en el artículo 18 del Decreto de 1978, debía considerarse inconstitucional dado que el precepto carece de la jerarquía normativa requerida para ser complemento de una ley penal en blanco. El Tribunal Supremo declaró que el principio de reserva de ley en materia penal se deriva en forma pacífica del artículo 25.1, de la Constitución y que es compatible con la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, lo que permite que una disposición penal sea completada por una norma de diversa jerarquía, pero cuando la norma complementadora no tenga el rango de ley será preciso que la autoridad que la haya dictado esté autorizada para hacerlo por ley en sentido formal (Sentencias del TC 83/1984 y 3/1988). En este mismo sentido hay que precisar que el artículo 18 del Decreto de 10-3-1978 que confiere el carácter de agentes de la autoridad a los vigilantes jurados comporta más que el complemento de una ley penal en blanco una extensión del concepto de autoridad pública establecido en el artículo 119 del Código penal, lo que supone no sólo una redefinición del concepto legal de autoridad, sino además una ampliación de la punibilidad de los delitos previstos en el Código penal para la protección de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. En el marco de este planteamiento la sentencia observa que aunque el Decreto de 1978 es anterior a la Constitución, la exigencia de ley penal previa estaba ya establecida en el artículo 1 del Código penal vigente en la época de la sanción de aquel Decreto, por lo que la extensión de la punibilidad contenida en la ley penal mediante un Decreto, tampoco se ajustaba

a las exigencias del sistema institucional del tiempo en que se dictó. Y concluye afirmando que aunque el TC (sentencia 11/1981) ha establecido que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior, es indudable que tal precedente no es aplicable al presente caso, pues el Decreto tampoco era fuente legítima del Derecho penal en marzo de 1978 para disponer una ampliación del contenido del artículo 119 del Código penal.

La sentencia de 18-11-1992 ratifica la tesis anterior de que no hay ley que atribuya a los vigilantes jurados la condición de agentes de la autoridad. El rango de Decreto de la norma reguladora que confiere el indicado carácter impide que pueda ser tenida en cuenta. Se trata de la aplicación del principio de reserva de ley; el poder legislativo puede decidir la extensión de la seguridad privada, pero si por las razones que fuere no lo hace así, lo que no se puede es suplir tal omisión a través de actividad reglamentaria de la Administración (Sentencias de 25-10-1991), 6-5-1992), criterio iniciado por el propio TS cuando en sentencia de 29-10-1979 afirmaba que si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de agentes de la autoridad.

Promulgada la Ley de Seguridad privada de 30-7-1992 ya no hay duda alguna de que los vigilantes jurados de seguridad carecen de la condición directa de agentes de la autoridad. Aunque constituyan declaraciones *obiter dicta* la sentencia últimamente citada de 18-11-1992 anota que la Ley de 30-7-1992 estudia y analiza los servicios privados de seguridad como complementarios y subordinados respecto de la seguridad pública, competencia esta exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 149 y 104 de la CE). Los vigilantes de seguridad privada son auxiliares de aquellas Fuerzas y han de prestarles colaboración y seguir sus instrucciones; normalmente y por lo que a los vigilantes se refiere esas funciones se ejercen exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieren encargados, pero nunca en las vías públicas.

2. La Consulta plantea como interrogante la derogación tácita de la cualidad de agentes de la autoridad para los vigilantes, al no estar expresamente suprimida en la Ley nueva. Es claro que en la Ley de 30-7-1992 no figura la derogación expresa específica o *nominatim* del Decreto de 10-3-1978. Sí aparece en ella una derogación expresa genérica y tampoco es ajena a su texto la derogación tácita derivada de la incompatibilidad de tratamiento de los vigilantes de seguridad privada en el punto relativo a si ostentan el carácter de agentes de la autoridad. La ineficacia total del Decreto de 10-3-1978 debe aceptarse conforme al principio de *lex posterior derogat anterior*.

En nuestro Código Civil la teoría de la derogación de las normas jurídicas se desarrolla en su artículo 2 que por hallarse en el título preliminar, es aplicable a todas las normas, cualesquiera sean su naturaleza y contenido, y no sólo a las de carácter jurídico privado. Entre otros requisitos, para que pueda producirse la derogación formal de una ley, es imprescindible que se haga por la oportuna disposición que lleve aparejada la *voluntas abrogandi*. Mas ¿cuándo puede decirse que existe esa *voluntas abrogandi*? Surge a este propósito la cuestión de la derogación expresa y la derogación tácita de las que es preciso tratar.

Estamos ante la *derogación expresa* cuando en la Ley posterior se determinan las normas anteriores dejadas sin efecto. Pero también aparece este tipo de derogación cuando se consigna en la nueva Ley que la derogación se extiende a todas las normas que se opongan a ella, aunque sin citarlas.

Existe *derogación tácita* cuando las disposiciones de la Ley nueva son incompatibles con las de la anterior que tratan de la misma materia. Ahora bien ¿como puede extraerse la *voluntas abrogandi* en la derogación tácita? Presupuesta la incompatibilidad entre el contenido de la disposición nueva y la anterior, puede inferirse la voluntad siempre que concurren estos presupuestos: que exista igualdad de materias tratadas en ambas disposiciones y que exista identidad de destinatarios.

El artículo 2.2 del Código Civil recoge las dos formas clásicas de derogación; la expresa y la tácita. En la expresa no distingue entre la expresa específica y la expresa genérica. Reconoce la derogación tácita cuando dice que la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior».

Veamos ahora si es posible atribuir alguno de estos tipos de eficacia derogatoria a la Ley de Seguridad privada de 30-7-1992 sobre el Decreto de 10-3-1978 relativo a las condiciones de aptitud, derechos, deberes y funciones de los Vigilantes jurados de seguridad. Como ya se adelantó, la Ley de 30-7-1992 no contiene derogación expresa específica y determinada de Ley o Decreto alguno. Tampoco de normas aisladas. Mas en la Ley de 30-7-1992 existe una derogación expresa genérica, ya que bajo la rúbrica de «Disposición derogatoria única» establece la fórmula clásica de «quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente ley». Y, efectivamente, la antítesis existe entre normas de distinto rango, la Ley de 30-7-1992 y el Decreto de 10-3-1978. El contenido de aquella es extenso, pero una de sus partes (arts. 11 a 15) se dedica a los vigilantes de seguridad, la misma figura jurídico-administrativa que el Decreto ordena con la denominación de vigilantes jurados de seguridad. Como el tratamiento general que en una y otra disposición se hace de estos vigilantes es distinto, aparece

con claridad que la regulación anterior ha quedado derogada expresamente en forma genérica. Ahora bien ¿de igual modo entra en la órbita de la derogación la peculiaridad de la norma anterior que los configuraba como agentes de la autoridad? Se omite cualquier referencia a este carácter en la nueva Ley pero no se suprime expresamente, observa la Consulta; pero como esa eliminación forma parte del diferente tratamiento general con que figuran ahora los vigilantes, es obvio que en el círculo de la derogación expresa genérica se comprende ese concreto aspecto. En cualquier caso este punto estaría resuelto también acudiendo a la derogación tácita, porque siendo de la misma naturaleza intrínseca las disposiciones en conflicto es idéntica la materia tratada de modo esencialmente inconciliable, por lo que la declaración contenida en el Decreto de 1978 debe reputarse jurídicamente ineficaz y por tanto inexistente.

3. Por último, la Consulta afirma que en los casos en que los vigilantes realicen funciones que desborden las estrictamente privadas, adentrándose en las públicas, es dudosa su cualidad de agentes de la autoridad, pero se añade que queda latente el problema de si pueden ser sujetos pasivos de los delitos de atentado o desacato en cuanto funcionarios públicos por *desempeñar funciones públicas* como previene el artículo 119 del Código penal.

Se trataría entonces de funcionarios, porque aun no siendo agentes de la autoridad ejercen funciones públicas. Jurídicamente es posible tal situación porque no todos los funcionarios son agentes de la autoridad, pero de hecho las funciones que actualmente tienen asignadas los vigilantes no son funciones públicas que ejerzan *iure proprio*. En la nueva Ley se desarrollan servicios privados de seguridad que se configuran simplemente como servicios complementarios y subordinados respecto a los de seguridad pública, aun reconociéndose que su «existencia no puede ser cuestionada, toda vez que se trata de un medio de prevención del delito y *contribuyen por tanto al mantenimiento de la seguridad pública* (preámbulo de la Ley, punto 1); agregándose seguidamente que «la presencia de vigilantes en controles de acceso y seguridad interior no suele tener una trascendencia externa que perjudique el quehacer de los Cuerpos de Seguridad, porque están llamados a actuar como elementos colaboradores en tareas que difícilmente podrían cubrir por sí solos». Y en el propio texto de la Ley se especifica que las actividades de los vigilantes de seguridad privada son «complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública» (art. 1.1), teniendo «obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, establecimientos o vehículos de cuya protección, vigilancia o custodia estuvieren encargados» (art. 1.4), obligación esta tan esencial para los vigilantes que su incumplimiento traducido en la negativa a prestar colabora-

ción con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, constituye una falta muy grave [art. 23.1.e)] que lleva aparejada la sanción de retirada definitiva para el vigilante de la habilitación, licencia o permiso [art. 27.1.b)]. Así sus funciones propias no son públicas, como las de los funcionarios sino de vigilancia y protección de bienes y personas (art. 11) y salvo las de protección del transporte de dinero o valores los vigilantes de seguridad ejercen sus funciones exclusivamente «en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieren encargados, sin que tales funciones se puedan desarrollar en las vías públicas» (art. 13).

Sin embargo, aunque no quepa calificar de públicas sus funciones propias, en el ejercicio de las otras funciones de auxilio y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los vigilantes, dentro o fuera de los edificios, son titulares de la singular protección penal de que gozan los agentes de la autoridad y funcionarios públicos; esto es así porque en el artículo 236, párrafo segundo, del Código penal se equiparan a los atentados contra agentes de la autoridad y funcionarios públicos los acometimientos «a las personas que acudieren en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios». Esta asimilación se halla en armonía con la obligación de colaboración que se extrae tanto de las normas citadas de la Ley de 30-7-1992, como de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en donde tras otorgar el carácter de agentes a la autoridad a sus miembros (art. 7.1) y negárselo a las personas que ejercen funciones de vigilancia, seguridad o custodia, para éstas se establece la obligación de «auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (art. 4,2). En suma, los vigilantes que en cumplimiento de sus obligaciones colaboren o participen en el ejercicio de determinadas funciones públicas están protegidos penalmente como los agentes de la autoridad y funcionarios públicos. De cualquier manera, en la interpretación de estas normas deberá partirse de un criterio restrictivo.

Criterio interpretativo del límite de los 30 años al que se refiere la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal

—Consulta núm. 3/93, de 9 de diciembre—

I

El objeto de la Consulta consiste en determinar si los beneficios penitenciarios deben aplicarse partiendo del tiempo total a que ha sido el reo condenado tras cuantificar todas y cada una de las penas correspondientes a los delitos objeto de pronunciamiento judicial en la sentencia de condena —59 años en el sumario de referencia— o en otro caso y alternativamente, los treinta años que constituyen el

máximo a cumplir conforme a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 70 del Código Penal, representan una referencia obligada para computar, a partir de los mismos, los descuentos correspondientes a la aplicación de los derechos y beneficios penitenciarios a los que se haya hecho acreedor el penado.

Se cita en la Consulta, a modo de antecedente, la parte dispositiva de una sentencia en la que se condena por diversos y graves delitos cuyas penas ascienden a un total de 59 años añadiéndose, en otro párrafo de la misma resolución, la fijación en treinta años del tiempo máximo de privación de libertad especificando además, que «tal limitación no será tenida en cuenta a los efectos de aplicación de los beneficios penitenciarios de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo para los que servirá de base el tiempo total a que es condenado el autor del delito y que ascienden a 59 años de privación de libertad».

De modo explícito el Fiscal que eleva la Consulta se inclina por la primera de las soluciones ofertadas arguyendo en favor de esa tesis el principio de proporcionalidad de las penas que, en supuestos como el que da lugar a la consulta, se vería infringido al constatar la distinta gravedad de la conducta de quien comete un único robo con homicidio y quien, como en la causa de referencia, ha cometido, además de ese delito, dos delitos de agresión sexual, otro de homicidio y un quinto delito de robo con toma de rehenes.

La corrección a ese atentado al principio de proporcionalidad de la pena se canalizaría, conforme al criterio de la Fiscalía que consulta, tal y como ordena la sentencia condenatoria, aplicando los beneficios de libertad condicional y de redención de penas por el trabajo sobre el total de penas resultante de la acumulación material o aritmética de las mismas y no al resultante de aplicar inicialmente la regla segunda del artículo 70 del Código Penal.

Las expresiones «sentenciados» y «pena impuesta» y «condenados» utilizadas respectivamente por el legislador en los artículos 98 y 100 del Código Penal podrían de relieve la certeza de tal criterio hermenéutico. La Consulta concluye que «en ambos casos el legislador hace referencia clara y precisa a penas sentenciadas en el artículo 98, y a condenas y penas impuestas en el artículo 100».

Se argumenta, finalmente, sobre el texto del artículo 70.2 del Código Penal que fija en 30 años el máximo de cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad afirmando, en consecuencia, que carece de sustento legal que los beneficios penitenciarios «jueguen partiendo del cumplimiento efectivo de los 30 años por aplicación del límite del artículo 70.2.º del Código Penal».

II

La interpretación del tenor literal de la Ley que ofrece el Fiscal consultante se asienta en lo que éste denomina *mens legislatoris* y es consecuencia de la terminología adoptada en los artículos 70, 98 y 100 del Código Penal que se analizan seguidamente.

1. El párrafo segundo del artículo 70 dispone que el máximo de cumplimiento de la condena no podrá exceder del triplo del tiempo porque se le 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 30 años. No hay referencia alguna ni explícita ni tácita a que los límites legales coincidan o deban coincidir con tiempo efectivo de estancia en presidio. El cómputo de tales límites, el triplo de la más grave y los 30 años, como el resto de magnitudes utilizadas en el Código Penal, es cómputo jurídico.

La praxis judicial y la dicción del Código Penal refuerzan el sentido de la exégesis aceptada por cuanto no es sólo posible sino constatable que frecuentemente una pena corta de prisión se suspenda condicionalmente por la aplicación del instituto de la condena condicional. Con su aplicación, aun cuando no se cumpla físicamente la pena no por ello se vulnera la legalidad sino que se reafirma. La Remisión Condicional, la Redención de penas por el trabajo y la Libertad Condicional se ubican sistemáticamente en el mismo capítulo del Código Penal, el 5.º del Título III del Libro I, dedicado a la ejecución de las penas y constituyen modos distintos de proceder a su cumplimiento.

De otro modo: el cumplimiento efectivo de las penas, su ejecución deberá abordarse —principio de legalidad en la ejecución, artículo 81 del Código Penal— en atención y con el tamiz ofrecido por las normas vigentes en materia de ejecución de penas que no son otras que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica General Penitenciaria, Reglamento Penitenciario y preceptos del Reglamento de los Servicios de Prisiones que permanecen en vigor conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento de 8 de mayo de 1981. Tales normas determinan la existencia de derechos y beneficios penitenciarios que modelan normalmente el rigor de las penas impuestas en sentencia.

2. Se argumenta además en la Consulta la dicción del artículo 98 del Código Penal, La definición del instituto de la Libertad Condicional y en particular el primero de los presupuestos de su aplicación «sentenciados a más de un año de privación de libertad», no sugiere, como se propone, que tal beneficio opere sobre el total aritmético de condenas. La propia sentencia que ha servido de antecedente a la consulta había condenado inicialmente a 59 años, aplicando inmediatamente después en la propia parte dispositiva del fallo el correc-

tivo legal de los 30 años. Con las salvedades que posteriormente se analizarán, el total de años a que fue «sentenciado» el procesado, aplicando la regla segunda del art 70 del C.P. en la resolución condenatoria fue de 30 años y no de 59 como se postula.

No ofrece duda la viabilidad de aplicar en la propia sentencia condenatoria los límites legales al sistema cumulativo descrito en el primer párrafo del artículo 70. En ese sentido se orientó la Consulta núm. 3/1989, de 12 de mayo, al señalar que la regla segunda del artículo 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión y pluralidad inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario y que se resuelve en la sentencia y otro cuando median conexión y pluralidad sucesiva mediante acumulación de causas o procedimientos resolviendo su aplicación en auto.

3. Análogo canon hermenéutico —porque idéntica es la terminología utilizada— merece el artículo 100 del Código Penal que define la redención de penas por el trabajo. El presupuesto de partida «condenados a penas de reclusión...» conduce a la sentencia de condena como referencia obligada.

III

Para la resolución de la Consulta es central determinar si en fase de ejecución y cuándo se aplican los límites correctores y en particular el de los 30 años previstos en el párrafo 2.º del artículo 70 del Código Penal al sistema cumulativo utilizado para resolver los problemas penológicos derivados del concurso real de delitos, continúan o no vigentes todas y cada una de las penas separadamente impuestas. Es decir, si las penas asignadas en sentencia a cada uno de los ilícitos enjuiciados pierden o mantienen su identidad en favor de la pena resultante de aplicar los topes establecidos al legislar el párrafo segundo citado.

1. La respuesta al interrogante anterior requiere de un análisis separado para cada una de las hipótesis en la que operan los correctivos legales, el del tripo de la pena más grave y el de los 30 años. En fase de ejecución penal, el primero de ellos y por su propia redacción goza de mayor proximidad que el segundo a una consideración individualizada de los factores que conforman la pena globalmente impuesta. Es más perceptible pues, singularizar cada una de las penas que integran el conjunto cuando el legislador declara «tripo de la mayor» que cuando usa de la expresión «30 años».

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, impone un punto de inflexión en los cánones de ejecución de penas privativas de libertad al introducir en su artículo 72 el denominado sistema de individualización científica de la condena, distinto del arcaico modelo

progresivo que todavía anida en el artículo 84 del Código Penal —inexplicablemente mantenido pese a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983— y en el que se contemplan los cuatro conocidos grados como referencias acotadas para el tratamiento resocializador. Sigue constituyendo la cúspide del sistema el instituto de la libertad condicional cuyas raíces se hunden en el sistema progresivo clásico y que no ha sido alterada en su formulación legal pese a las últimas modificaciones operadas en el Código Penal.

Cuando de varias penas se tratare, lo que es aplicable a las hipótesis de acumulación jurídica de condenas, el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981 preceptúa en su párrafo c), que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarla de la suma total». La redacción del párrafo citado guarda perfecta armonía con los otros tres que comprende el precepto y que prescriben, a los efectos del cómputo de las tres cuartas partes, la rebaja del tiempo de condena que fuera objeto de indulto y demás beneficios penitenciarios «como si se tratara de una nueva pena de inferior duración». En los supuestos de pluralidad de penas, la libertad condicional no opera separadamente sobre cada una de ellas sino sobre el conjunto de las mismas. Consiguientemente, el artículo que desarrolla el 98 del Código Penal se orienta, de forma indisimulada, hacia una unidad global de ejecución. De igual modo, los tres grados de tratamiento penitenciario que preceden al de la libertad condicional y que conforman la totalidad de la ejecución penitenciaria deben orientarse en idéntico sentido.

2. Resuelto afirmativamente el primero de los interrogantes para los supuestos de coexistencias de penas individuales, no debe ofrecer dudas el análisis de las hipótesis en que las penas quedan preteridas en favor del límite de los 30 años. Si cuando concurren diversos delitos la ejecución penal y penitenciaria opera sobre la integridad de los mismos, menor dificultad ofrece la aceptación de esa cohesión en fase ejecutoria cuando la propia sentencia ha aplicado el límite de los treinta años. En dicho supuesto ha sido el propio juzgador en fase de determinación judicial de la pena quien ha precisado y concretado previamente sobre qué magnitud debe de actuar la ejecución penitenciaria.

No era otra la conclusión que ofrecía una observación histórica del instituto de la libertad condicional. La doctrina científica insistía en señalar que el artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1914 acogía la libertad condicional para los penados «que se encuentren en el cuarto período de condena» ponía de relieve que las previsiones no se hacían sobre penas determinadas e individualizadas, sino sobre sentencias o condenas que superasen el año de privación de libertad.

De tal modo que el redactado legal se orientaba en el sentido de la unidad global de ejecución.

En los supuestos de penas que debían de ser cumplidas sucesivamente, la terminología legal, que inducía a confusión, se benefició, en su momento, del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. Este, en su artículo 56 establecía que «cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, las que sean superiores a las de arresto serán consideradas como una sola de mayor duración a efectos de aplicación de la libertad condicional».

El referido precepto ya fue criticado en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1968 que constataba que conforme al artículo 70, las penas se imponían individualizadas y debían de cumplirse sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad. La praxis, en cualquier caso, era contundente en favor del Reglamento del 56 como señaló la doctrina científica respecto del denominado sistema de la libertad discontinua. Carecía de sentido, en efecto, excarcelar al recluso por aplicación de la libertad condicional respecto de la primera de las penas impuestas, para reingresarlo y reclasificarlo después, una vez cumplido el tiempo del cuarto grado de tratamiento respecto de la condena extinguida.

Las precedentes consideraciones son aplicables *mutatis mutandis* a lo actualmente regulado en la ejecución penal y penitenciaria que debe de responder a las exigencias del artículo 25.2 de la Constitución y a los artículos 59 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

3. Cuando las penas se refunden en aplicación del artículo 70 del Código Penal, se produce no sólo un cambio cuantitativo sino una modificación cualitativa, una novación de las penas singulares asignadas por Ley —artículo 70.2 CP— a cada uno de los ilícitos enjuiciados por una pena global de distinta duración a la adición de las anteriores y cuya definitiva conformación es tarea judicial. Se trata pues de una reacción unificada ante una pluralidad de actos criminales.

En la doctrina alemana con el principio de la pena unitaria, aplicable al caso de la prohibición de rebasar el límite de los 30 años, se entiende que los varios hechos que han servido de base a la misma perderán, en último término su autonomía, excepción hecha, obviamente, de los futuros efectos para la apreciación de la reincidencia. Ya la jurisprudencia ha manifestado con alguna insistencia que la limitación sectorial referida a cada una de las penas se aleja de la concepción moderna de la pena entendida como una institución unitaria referida a una persona determinada.

La clasificación y el tratamiento penitenciario operan sobre una verdadera unidad de ejecución en la que se van integrando las condenas que van quedando firmes mientras el reo se encuentra todavía cumpliendo otras penas privativas de libertad.

La consagración jurídica de la unidad de ejecución en España dispone de un soporte reglamentario que corrige las rigideces legales. La unidad de ejecución, es decir, la consideración conjunta de la condena tiene como horizonte normativo el artículo 70 del Código Penal que ofrece tres distintas respuestas y no más: la suma aritmética de las penas, el triplo de la pena más grave y los 30 años. Ésos constituyen los únicos referentes imperativos para el juzgador y de entre ellos debe de optarse por el más beneficioso para el penado para aplicarle posteriormente y a partir de ese presupuesto anterior, los derechos y beneficios de carácter penitenciario.

Las anteriores consideraciones son aplicables al derecho a la redención ordinaria de penas y demás beneficios penitenciarios puesto que a los mismos se refieren no sólo los artículos 100 del Código Penal y 65 y siguientes del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 sino, además, el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981. La redención se calcula sobre la condena impuesta —artículo 76.2.c)— y no sobre el montante global de penas que prescinda de los límites legales como sugiere la Consulta formulada.

IV

El principio de legalidad en la ejecución establecido en el artículo 81 del Código Penal prohíbe la ejecución de las penas en forma distinta que la prescrita por la Ley y reglamentos. A falta de desarrollo normativo, al que se refiere el artículo 78 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, su disposición transitoria primera declaró vigente los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La técnica que acoge la regla segunda del artículo 70 pasa por la inicial determinación de las penas individuales que corresponden a cada infracción, la posterior jerarquización de estas penas individuales ordenándolas en una escala de mayor a menor gravedad conforme a los parámetros establecidos en la regla 1.^a del artículo 70 que facilite el cumplimiento sucesivo de las penas, determinando posteriormente, los límites que prevé la regla 2.^a del artículo 70 —triplo de la sanción más grave y los 30 años y aplicando, finalmente, ambos límites absoluto y relativo— a las penas ordenadas según su gravedad optando por aquel que resulte para el reo como el más beneficioso. La elección de uno de los dos tipos produce un efecto de extinción de las penas que restan por debajo del mismo, pues el Código utiliza la expresión «dejando de extinguir».

Como se ha señalado anteriormente, la Consulta 3/1989, de 12 de mayo se pronunció en el sentido de que la Regla 2.^a del artículo 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión y pluralidad

inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario y que se resuelve en la sentencia. Y otro, cuando median conexión y pluralidad sucesiva, mediante la acumulación de causas o procedimientos resolviendo su aplicación mediante auto. En consecuencia a la ejecutoria se llega en un momento procesal posterior al de la fijación de los límites ordenados por el legislador.

Corolario inevitable de lo anterior es que los derechos y beneficios de carácter penitenciario que operan en fase de ejecución penal y penitenciaria disponen como condicionante obligado la previa aplicación de las reglas del concurso real de delitos. No es posible alterar el orden procesal y computar previamente los beneficios penitenciarios sobre la base de evitar en la práctica los cálculos matemáticos ordenados en el artículo 70 del Código Penal.

A las dos liquidaciones antedichas se refiere el número 2 del artículo 67 del Reglamento Penitenciario que dispone: «tres meses antes del cumplimiento de la condena, el Director del Establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de licenciamiento definitivo para el día en que el penado deje extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia y habida cuenta de los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena». El precepto constituye un exponente de la existencia de dos cómputos o balances distintos de condena, la primera practicada en la sentencia y en el que, conforme a las reglas establecidas en el Código Penal para la determinación judicial de la pena —entre las que se encuentra la establecida para el concurso real de delitos— se asienta la concreción legal del marco penal y otra posterior, a propuesta del centro, computados ya los beneficios de carácter penitenciario y que se refiere al cumplimiento efectivo de días de privación de libertad.

V

La resolución que justifica la Consulta al aplicar la regla segunda del artículo 70 CP no resuelve condenando a 30 años de privación de libertad, sino que el pronunciamiento es del tenor siguiente: «fijamos como tiempo máximo que puede estar efectivamente privado de libertad el de treinta años...». Se trata de una desviación a lo ordenado por el precepto cuya literalidad se ha descrito y cuyo texto discrepa sustancialmente de lo expresado por el legislador. Un tratamiento en profundidad merecía de análisis singularizado que excede del ámbito de lo que se consulta. Debe, en cualquier caso, cumplirse la garantía de ejecución contenido en el artículo 81 del Código Penal vigente.

Tampoco se formula en Consulta lo que es apreciable en una primera lectura del texto de la sentencia. En ella se establecen bases

para la aplicación del instituto de libertad condicional y otros beneficios de carácter penitenciario cuya aprobación tiene encomendada —en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 117.3.º de la Constitución y artículos 100, 98 y concordantes del Código Penal, 76 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 63 a 66 del Reglamento Penitenciario de 1981— el Juez de Vigilancia Penitencia cuyas competencias en la materia no son renunciables.

VI

La primera de las razones esgrimidas en la Consulta en favor de un mayor rigor retributivo para los supuestos como el analizado, pone de relieve discrepancias con el sistema de acumulación jurídica de condenas utilizado el legislador para solventar penológicamente los supuestos de concurso real o material de delitos. En particular con la regla segunda del artículo 70 que mitiga el rigor del principio de acumulación material expresado en el primer párrafo.

Las limitaciones previstas en el artículo 70 del Código Penal operan en la práctica como cláusulas de impunidad para los delitos que excedan de los topes previstos. Se detectó ya en el XIX que la moderación impuesta por la acumulación jurídica suponía una rebaja a quienes delinquieren «al por mayor». Que los límites no guardan relación alguna con el número y gravedad de los hechos cometidos. Se ha cuestionado acerca de los motivos de la restricción hasta el triple de la sanción más grave en lugar del duplo, el cuádruplo o el quíntuplo. Se afirmó también por la doctrina científica que los límites previstos en el artículo 70 del Código Penal conducían a castigar con la misma sanción un asesinato que veinte.

No es objeto de novedad doctrinal la reflexión vertida en la Consulta de la que se infiere que la regla segunda del artículo 70 del Código Penal dispone, como también señaló la doctrina científica, de un significado análogo a la categoría de la atipicidad en cuanto que la ley declara la irrelevancia punitiva de las sanciones que trascienden los límites mencionados.

No se menciona, por el contrario, en los fundados argumentos esgrimidos por la Fiscalía consultante, que el sistema de acumulación utilizado por el legislador español es el más riguroso de los que se prevén en el Derecho comparado para las consecuencias jurídicas concursales y que es el criterio que mejor acomodo encuentra en la teoría penal absoluta de la retribución. Que con el sistema de acumulación se produce un efecto distorsionador de los fines de la pena, pues la suma de sanciones tiene que alterar necesariamente los efectos preventivos buscados con cada pena individual.

Como ha señalado la doctrina y la propia jurisprudencia, es perceptible que el sistema español vigente conduce con frecuencia a la

imposición de penas de exagerada duración que, en términos generales, vienen rechazadas en las orientaciones político-criminales de esta época en el Derecho Penal Europeo y que venían corregidas, de algún modo, en el Proyecto de Código Penal de 1992.

Subyace en la Consulta una reflexión apuntada en otras anteriores y de la que participa la sociedad en su conjunto, destinataria final del ordenamiento penal, acerca de la desproporción existente entre la pena impuesta en las sentencias de los Tribunales y la que se observa efectivamente por la estancia física del penado en el medio carcelario. Aun cuando un abordaje en profundidad del problema excede del marco de lo que se cuestiona en la presente Consulta es notorio que lo central en la referida desviación de lo fijado en la resolución condenatoria lo constituye la concesión indiscriminada y en ocasiones graciosa de derechos y beneficios penitenciarios sin que en la misma se ponderen debidamente los requisitos para su proposición.

La corrección de esos excesos requiere necesariamente de una intervención rigurosa del Ministerio Fiscal en fase de ejecución penal y penitenciaria evitando en lo posible la aprobación de derechos y beneficios penitenciarios sin las condiciones y presupuestos exigidos por el legislador.

El obligado control que los Sres. Fiscales deberán ejercer en los expedientes penitenciarios para asegurar, en defensa de la legalidad el cumplimiento de todos los presupuestos exigibles para la aprobación de los derechos y beneficios propios de la fase de ejecución, para evitar que por vía penitenciaria se hagan irrisorios los mandatos contenidos en las sentencias condenatorias es perfectamente compatible con el obligado respeto a las finalidades asignadas a la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española.

En conclusión, en los supuestos de acumulación jurídica de condenas en los que se imponga treinta años de privación de libertad, máximo a cumplir conforme a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 70 del Código Penal, el citado límite legal representa el punto de referencia obligado para computar, a partir del mismo, los descuentos correspondientes as la aplicación de los derechos y beneficios penitenciarios a los que se haya hecho acreedor el penado.

Calificación jurídico-penal de las manipulaciones fraudulentas en las tarjetas multiviaje para uso de transportes públicos urbanos

—Consulta núm. 4/93, de 23 de diciembre—

I

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña eleva Consulta a esta Fiscalía General del Estado con objeto de que se establezcan criterios unitarios sobre la calificación jurídico-penal de los comportamientos consistentes en la manipulación de las tarjetas multiviaje como medio para evitar el abono de los billetes de metro y autobús.

Según refiere la Fiscalía consultante, la conducta, cuya significación jurídico-penal es objeto del presente análisis, consiste en la colocación en el borde lateral de las tarjetas multiviaje, comercializadas para la utilización de los medios de transporte citados, de una etiqueta adhesiva que permite, pese al agotamiento real de dicha tarjeta, su posterior disfrute. De tal modo que las máquinas canceladoras que regulan el acceso al andén de la estación de metro o al interior del autobús no detectan la transformación operada y vuelven a seccionar la tarjeta artificialmente reconstruida como si ésta fuera la genuina —franqueándose por la máquina tornó existente al efecto, el paso al viajero— lo que posibilita consiguientemente que el usuario disfrute de mayor número de viajes que los correspondientes al precio satisfecho por el bono adquirido.

Según relata la propia Consulta, la manipulación descrita es manifiestamente burda y apreciable a simple vista e incapaz, por tanto, para eludir los controles de revisores, de tal modo que la tarjeta alterada sólo puede producir los efectos propios de otra válida en cuanto el control se verifica no por revisores sino por una máquina taladradora.

La tesis mayoritaria expresada en la Junta de la Fiscalía que plantea la Consulta se orientaba hacia estimar que tales conductas podían ser incardinables en el tipo contenido en el art. 282 del Código Penal que castiga la intencionada desaparición en cualquier sello, billete o contraseña la marca o signo que indique haber servido o sido inutilizado para el objeto de su expendición.

Alternativamente, otro sector de la Junta se orientaba hacia subsumir las conductas descritas en los arts. 303 en relación con el 302 del Código Penal. Al indicar en el reverso de la tarjeta «título de transporte» tal criterio se sustentaba en la consideración de que la tarjeta multiviaje es un contrato de transporte público de viajeros, de cuestionable naturaleza mercantil a tenor de lo dispuesto en el art. 352 del Código de Comercio y la jurisprudencia (se citan al respecto las sentencias de fechas 15-3-88 y 5-2-88). Por ello, aun ad-

mitiendo su torpeza y tosquedad, la alteración material producida en el documento, sería una manipulación que variaría el sentido esencial del documento y en esa medida, debería de encuadrarse en el número 6.º del art. 302 del Código Penal.

Finalmente, un tercer sector de la Fiscalía consultante estima que nos encontramos ante un hecho atípico. Se descarta que la conducta descrita pueda incardinarse en el art. 282 del Código Penal, en primer lugar al cuestionar que el billete, como expresión de una relación mercantil, constituya una parte de los bienes protegidos por la sección: derechos de propiedad industrial y derivados de éstos como instrumentos para la protección y defensa de los consumidores frente a los fraudes cometidos por la actividad privada en determinados bienes de consumo. De otro lado, también se discute que la acción típica descrita en el tipo «hacer desaparecer» se corresponda con la conducta analizada consistente, como se dijo, en añadir una etiqueta para mantener ficticiamente los efectos del billete.

Quienes sostienen este tercer criterio se amparan, además, en que la expresión «billete» utilizada por el Código en el tipo contenido en el art. 282 se refiere, no tanto al título de transporte como a las estampillas que a modo de contraseña se incorporan en determinados productos industriales con la finalidad de ser identificados.

Por fin, este tercer sector objeta a la calificación de falsedad en documento mercantil la escasa entidad de la manipulación que no afecta a una parte esencial del documento, lo que se aviene difícilmente con la jurisprudencia en la materia que exige alteraciones más apreciables y sustanciales. A estas reservas se añade la de que toda falsificación tiene como finalidad última la creación de apariencias de verdad capaces de inducir a error a otros lo que no acontece en el supuesto analizado en el que la máquina canceladora aparece como la inevitable destinataria del engaño que generan las maniobras operadas en la tarjeta.

II

Los tipos penales contenidos en los artículos 280 a 282 del Código Penal protegen la propiedad industrial y la claridad y seguridad en el mercado, protección que —vinculada a la naturaleza pluriofensiva del delito de falsedad— dispone de una triple dimensión: a las empresas, por los sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen; protección a los particulares que pretenden adquirir objetos de una determinada procedencia industrial y, finalmente, protección colectiva o al público en general por el peligro que dicha falsificación supone y por la seguridad del mercado en general. El denominador común, el ámbito de tutela penal alcanza a determinados símbolos que operan a modo de signos de identificación y garantías de individualización, calidad, origen y, finalmente, de valor de determinados

productos en el tráfico mercantil. Por consiguiente, la *ratio essendi* de los preceptos citados, conforme explicitó la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1901 radica en la protección de la propiedad industrial. Lo que se tutela es el derecho a usar con exclusividad sellos, marcas, billetes o contraseñas en el mercado e impedir que con el nombre de sello o marca de una empresa o establecimiento determinado se distribuyan en el comercio productos que no les pertenezcan sembrando confusión en el mercado.

Son escasas las resoluciones jurisprudenciales que han incidido en los preceptos citados, lo que ha sembrado desorientación doctrinal. Si bien la sentencia de 8 de febrero de 1947 admitió que la confección de tickets falsos para el suministro de gasolina encajaba sin esfuerzo en el artículo 280 del Código Penal, admitiendo consiguientemente la sinonimia de los vocablos ticket y billete, el relato fáctico de la resolución ponía de relieve la puesta en circulación de tales cupones de gasolina y la realidad de que la imitación era lo suficientemente perfecta para la finalidad perseguida constatando, por ende, la finalidad de los preceptos, la protección de la propiedad industrial del ataque indirecto que se ocasione al titular de una marca, sello o contraseña por su falsificación para aplicarla a productos de distinto origen. Por ello la noción de billete no es asimilable al título de transporte sino a aquellas estampillas que a modo de contraseña suelen llevar ciertos productos industriales con finalidad de identificarlos y de precintarlos. La ubicación sistemática conduce a eliminar toda interpretación que no sea la de referirse a los sellos, billetes y contraseñas de los que en la sección se trata.

La proposición primera de las realizadas por la Fiscalía de Barcelona se concreta en la ubicación del relato descrito en el artículo 282 del Código Penal. El verbo utilizado por el tipo citado «hacer desaparecer» exige la efectiva destrucción en el billete de una previa y existente marca o signo que indique haber servido o sido inutilizado para el objeto de su expendición. La operatividad del delito cuya asimilación se pretende requeriría de la existencia de tales marcas o signos indicativos y reveladores del agotamiento de los efectos del bono manipulado. En las tarjetas cuya simulación se analiza no existen tales marcas o signos. El agotamiento progresivo de los cupones multiviaje se efectúa por el taladro gradual de su parte lateral y con la impresión en el cuerpo central de la tarjeta de la fecha del seccionado. Cuando, por extinción de la parte lateral, no es posible la cisura, los resortes de la máquina canceladora impiden el acceso pretendido por el viajero. De lo que se infiere que la conducta consistente en la agregación de papeles, etiquetas o adhesivos a la primitiva cartulina es justamente la contraria a la desaparición exigida por el Código Penal en el artículo 282. Siquiera la aplicación analógica de la norma —en este caso, la proscrita por el artículo 4.2 del Código Civil— facilitaría la ubicación propuesta.

III

A. La segunda de las sugeridas por la Fiscalía consultante incardinaba el comportamiento ya descrito como subsumible en un delito de falsedad en documento mercantil. Tal posicionamiento descansa en la necesaria asimilación de la tarjeta multiviaje que se altera, una vez extinguida, como documento de tal clase.

Conforme a reiterada jurisprudencia son mercantiles aquellos documentos que se formen u originen con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio o de las demás leyes mercantiles, pero que además tengan validez para dar vida o constatar derechos u obligaciones de carácter mercantil, conteniendo, representando o simbolizando actos de comercio y cuya virtualidad se proyecte para surtir efecto en las operaciones mercantiles. Dicha cualidad era predicable de los bonos multiviaje en tanto que su posesión legitimaba al portador para ejercer los derechos derivados del contrato de transporte mercantil, es decir, mientras restaban por cumplir las obligaciones de traslado que al porteador incumben. El agotamiento de la tarjeta responde al cumplimiento —y por ende su extinción, art. 1.156 del Código Civil— de la última de las obligaciones del transporte de personas dimanantes del billete multiviaje, careciendo éste desde entonces del carácter exigido por la jurisprudencia para surtir efecto en las operaciones mercantiles. De lo que se deriva la dificultad de tipificar los hechos relatados como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 303 del Código Penal en relación con el art. 302 del mismo cuerpo legal que, en su párrafo 6.º —el propuesto como solución por algunos de los integrantes de la Fiscalía consultante— establece como modalidad ejecutiva la de hacer en documento verdadero, mercantil en este caso, «cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido».

B. Tampoco son subsumibles los hechos objeto de la Consulta en las falsedades del párrafo 9.º del artículo 302, siempre en relación con el artículo 303 del Código Penal, que castiga la simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. El tipo en este supuesto castiga a quien comete falsedad material consistente en la creación inauténtica, la dación de vida de un documento absolutamente inveraz haciéndolo aparecer de nuevo en el orden de las relaciones jurídicas. La figura delictiva exige expresamente no ya la simulación del documento sino de capacidad para inducir al engaño, esto es, el revestirlo de las apariencias extrínsecas suficientes para que pueda ser tenido por legítimo.

En consecuencia, doctrina y jurisprudencia son unánimes al descartar de la consideración falsaria en lo penal las falsificaciones groseras —como la estudiada y descrita en los antecedentes de la Consulta— que son incapaces de inducir a engaño y ello por cuanto la confianza social no puede verse empañada por alteraciones de la

verdad documental perceptibles no ya por un atento examen sino por una simple inspección. La idoneidad exigida, sea de la aparente legitimidad ya sea de su veracidad para inducir a error al hombre medio, dispone de traducción en lo procesal que radica en que tales mutaciones requieran de una pericia acordada al efecto que deviene superflua en la manipulación contemplada cuya falta de fiabilidad se impone por evidencias perceptibles a simple vista.

C. El delito de falsedad documental requiere por fin, para su efectiva existencia, no sólo el cumplimiento de los elementos integrantes del tipo sino, además, el que la acción respectiva merezca, bajo el punto de vista material, la consideración de antijurídica entendida como un ataque a la fe pública y en último término, a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos que, en definitiva, constituyen los bienes o intereses protegidos por el tipo penal, siendo constante la jurisprudencia, que estima que no cabe hablar de existencia de delito de falsedad cuando haya constancia de que los intereses citados no han sufrido riesgo alguno.

IV

No se sugiere en la Consulta la posibilidad de incardinar los hechos como constitutivos de estafa. La jurisprudencia viene exigiendo para la existencia de este delito de los siguientes elementos:

Primero. Un engaño precedente o concurrente concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos ofrecidos por la vida real. Así, y con lujosa retórica, la sentencia de 20 de marzo de 1985 indica que puede revestir innumerables modalidades e incontables maneras de manifestarse consistente «en la acechanza tendida a la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbela o reclamo», de los que se vale el infractor, para, induciendo a error al ofendido u ofendidos, viciar su voluntad o consentimiento...; elemento que incorpora sin dificultad el supuesto fáctico descrito en la Consulta; a lo que se puede agregar que la dinámica comisiva puede suponer fabulación compleja, aseverativa y positiva, pero también revestir formas sencillas y rudimentarias —siempre que baste para viciar la voluntad de la víctima— (Sentencia del Tribunal Supremo de 20-3-85). Esas formas no pueden integrar un acto falsario en lo penal pero sí que son susceptibles de crear una ficción prevaleciendo del binomio tarjeta-máquina.

Segundo. El engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial, lo que implica un juicio de adecuación, relevancia e idoneidad para producir el error en el sujeto pasivo determinante de la traslación exigida.

El *factum* analizado invita a la distinción entre dos supuestos, en atención a que el control sobre el pago efectivo del importe del viaje o de la validez de los tickets se efectúe únicamente por la máquina canceladora de tarjetas que regula el acceso a los andenes, supuesto habitual del ferrocarril metropolitano, y el caso en que —además de la máquina descrita— pudiéranse atribuir responsabilidades en el ejercicio del control al propio conductor del autobús por su proximidad a la máquina canceladora. Tal distinción es artificiosa. En ambos supuestos son los empleados de la empresa de transporte —los de las taquillas más próximas en el metropolitano y el conductor del autobús cuando es éste el medio utilizado— los destinatarios finales del engaño. En ambos casos la provocación de un error deviene de la conducta del sujeto activo que no accede de modo violento y perceptible al interior del andén o del autobús —con la consiguiente intervención del conductor del autobús o del personal de taquilla en el metro— sino que al introducir la tarjeta alterada en la máquina canceladora genera, junto a la apertura del dispositivo, el sonido propio de una cartulina legítima y válida que estimula en quienes realizan funciones de vigilancia y supervisión la representación de una idea errónea, la de la vigencia de la tarjeta. Ello es determinante de una relajación de cualquier sospecha de conducta irregular.

Si bien es cierto que el dolo en la estafa se caracteriza por una manipulación o maquinación engañosa con entidad suficiente para producir la operatividad del traspaso patrimonial, se puede manifestar que éste al principio es susceptible de tener un carácter omisivo del que se deduce cierta nota de positividad, como es el aprovecharse de aquellas circunstancias que concurren en determinadas actividades, en cuanto que el ejercicio de éstas pueden llevar implícitamente el contenido de la maquinación insidiosa causante del perjuicio —sentencia de 15 de junio de 1981, por todas—. Es ésta la ya tradicional doctrina jurisprudencial del dolo de forma o modo omisivo que sanciona el polizonaje con la respuesta penal a título de estafa. El relato fáctico descrito en la Consulta encaja pacíficamente en la reiterada tesis jurisprudencial.

Concurren los restantes requisitos de la estafa: la producción de un error esencial en el sujeto pasivo que desconoce la realidad de la inexistencia del billete vigente; el acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño y del error y que aparece como causa del perjuicio. El acto de disposición penalmente relevante entendido como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error que conlleva de modo directo la producción de un daño patrimonial y que en el supuesto abordado se presenta como un acto de permisividad o de tolerancia de los empleados de la compañía encargada del transporte.

La apariencia engañosa se ha encaminado directamente a obtener la prestación de un servicio remunerado para el que se carecía de derecho por falta de pago.

Consecuentemente, el perjuicio patrimonial exigido se colma en cuanto que versa sobre un derecho de crédito no realizado y la utilización del transporte sin la contraprestación exigible representa un enriquecimiento injusto para el usuario y un perjuicio —lucro cesante— para la empresa transportista.

De los antecedentes de la Consulta se desprende que concurre, por fin, el elemento subjetivo del injusto representado por el ánimo de lucro pues el dolo de lucro y no el dolo de daño ha constituido el elemento inspirador de la acción analizada.

Atendida la susceptibilidad de evaluación del perjuicio-beneficio cuya cuantía no alcanzará normalmente el límite dirimente entre el delito y la falta, la conducta objeto de examen constituirá, por regla general, la falta prevista en el número 2.º del artículo 587 del Código Penal.

Dimensión constitucional del artículo 321 del CP en relación con la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria

—Instrucción núm. 4/93, de abril de 1993—

Tradicionalmente, dentro de las falsedades personales, se han recogido en el último capítulo del Título III del Código Penal distintas conductas tendentes a que las personas que cometían estas acciones se atribuyesen una serie determinada de cualidades o condiciones personales inciertas.

Entre estas conductas se encuentra el intrusismo profesional que tipifica el artículo 321 de nuestro ordenamiento jurídico penal, y que consiste «en el ejercicio de actos propios de una profesión, sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional».

La jurisprudencia ha distinguido entre los actos que se practican como propios de una profesión de relevante interés social y cuyo ejercicio requiere titulación académica (S. 20-12-67), en cuyo caso, es suficiente con la realización de un acto aislado, y aquellas profesiones que sólo requieren colegiación —como la de agente de la propiedad inmobiliaria—, cuyo ejercicio requiere habitualidad (S. 2-3-74).

Pues bien, el auge inmobiliario en España en las dos últimas décadas, ha mostrado la proliferación de intermediarios inmobiliarios en las operaciones de compra y venta de bienes inmuebles, así como en las relaciones arrendaticias, lo que ha impulsado la mediación de estos profesionales, sobre todo en los grandes núcleos urbanos y centros turísticos.

Frecuentes han sido las denuncias que se han presentado antes los Juzgados de Instrucción poniendo en su conocimiento actuaciones irregulares por parte de determinadas personas en relación con el

mundo inmobiliario. Unas, presentadas por particulares que se sentían estafados por alguna operación de este tipo, y otras, instadas por los propios Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, ante personas —que sin concurrir ningún otro hecho delictivo—, simplemente no se encontraban colegiados y no gozaban de este título profesional. Ello ha originado la incoación de las correspondientes diligencias que han terminado en innumerables sentencias condenatorias, aunque cierto es que también se han dictado otras absolutorias.

Uno de estos casos ha sido el que ha originado que el Pleno del Tribunal Constitucional se pronuncie en sentencia de 25 de marzo de 1993 en el recurso de amparo número 298/1991, sobre si el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria ha de incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el artículo 321.1 del Código Penal, o por el contrario ha de excluirse de estos límites.

Los antecedentes son, en síntesis, los siguientes:

— El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante presentó denuncia contra una Asociación que realizaba actos propios de intermediación inmobiliaria, sin estar en posesión del título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, por lo que un miembro de esa entidad fue condenado por el Juzgado de lo Penal número 6 de Alicante, como autor de un delito de intrusismo del artículo 321.1 del Código Penal, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias, y a satisfacer al citado Colegio en concepto de indemnización la suma de 1.000.000 de pesetas.

— Presentado recurso de apelación contra la resolución anterior, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante confirmó la sentencia de instancia en todos sus extremos, a excepción de que declaró improcedente la indemnización fijada.

Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue otorgada, por entender que el hecho por el que fue condenado no es constitutivo de delito, por lo que declaró nulas las sentencias del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial de Alicante.

Varios fueron los motivos alegados por la parte recurrente ante el Tribunal Constitucional, aunque en la presente Instrucción nos ceñiremos a la argumentación que ampara al recurrente.

Previamente, desarrollaremos un breve recorrido histórico de la creación del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Esta corporación tuvo su nacimiento como consecuencia del Decreto del Ministerio de la Vivienda de 17 de diciembre de 1948, aprobándose el Reglamento de esta profesión por Decreto de 6 de abril de 1951. Posteriormente, el Decreto 3248/1969 derogó ambas disposiciones, siendo a su vez derogado por el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, y que fue declarado nulo por sentencia de 22 de diciembre de 1982 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Su-

premo, por no haberse concedido el trámite de audiencia en su tramitación al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España. Al ser ejecutada esta sentencia por Orden de 5 de mayo de 1983 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, el Decreto de 1969 volvió a entrar en vigencia, subsistiendo hasta la actualidad en su versión modificada por el Decreto 53/1975, de 10 de enero.

Fijada esta normativa, pasaremos al estudio de la línea argumental de la sentencia del Tribunal Constitucional, que gira en torno a dos cuestiones:

— ¿Qué interpretación ha de darse a la expresión «título oficial» contenida en el artículo 321 del Código Penal?

— ¿Requiere el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria un título de esas características?

En contestación a la primera de las preguntas argumenta el Tribunal Constitucional:

«En efecto, el término “título oficial” a que se refiere el artículo 321.1 del CP no puede ser entendido sino como “título académico oficial”, vista la forma en que se gestó el mencionado precepto. Fue introducido en la revisión del Código Penal de 1944 en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961, de 23 de diciembre, y en concreto, por la Base Quinta que dice: el artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieren actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales...»

«Resulta claro que, al omitirse en su redacción definitiva el calificativo “académico” que en la Base Quinta se unían indisolublemente al “título” cuya falta de posesión quería sancionarse, el artículo 321 no respondió estrictamente al mandato convenido en la citada Base Quinta. De manera que habida cuenta del superior rango normativo de esta disposición, el precepto debe entenderse referido, exclusivamente, a la realización de actos propios de una profesión, cuyo ejercicio requiere estar en posesión de un “título académico”, por quien carece de dicha titulación; y, en consecuencia, a identificar “el título” a que en dicho párrafo se hace referencia con un “título académico oficial”.»

La sentencia, en definitiva, viene a establecer que el «título académico» es equivalente a «título universitario» oficial, reconocido por disposición legal o por Convenio Internacional. Distingue también entre aquellas profesiones que inciden sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia —vida, integridad corporal, libertad y seguridad—, en comparación con aquellas que recaen sobre intereses sociales de menor entidad, cual es, sin duda, el patrimonio inmobiliario,

quedando satisfecho su protección y control mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera sanción administrativa a quienes realizaren «actos propios» de las mismas sin estar en posesión de dicha capacitación.

En contestación a la segunda de las cuestiones —si la profesión de la que tratamos requiere un título de esas características—, el Tribunal Constitucional expone la siguiente línea argumental:

«El artículo 5 del Decreto 3248/1969 establece dos requisitos para el ejercicio de la profesión de Agente Inmobiliario: hallarse en posesión del título profesional expedido por el Ministerio de la Vivienda (hoy ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), y estar inscrito en el Colegio correspondiente y en la Mutualidad General de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y en posesión del carné profesional. Para la obtención del requerido título profesional será necesario acreditar suficiente aptitud ante el Tribunal que juzgue los exámenes convocados a tal efecto por la Subsecretaría del Ministerio de la Vivienda (arts. 6 y 9), exigiéndose para participar en los mismos, entre otras cosas, que el candidato se encuentre “en posesión de un título oficial expedido por Universidades en el grado de Licenciado; por Escuelas Técnicas en sus grados Superior y Medio; por Escuelas de Comercio desde el grado de Profesor Mercantil; por Escuelas Normales de Magisterio u otro título de carácter oficial que esté legalmente equiparado a éstos, mediante disposición legal o reglamentaria [art. 7.e)]”.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el Decreto de 6 de abril de 1951, en el que por primera vez se regulaba la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no contenía un precepto similar al citado artículo 7.e) del Decreto 3248/1969, la posibilidad de solicitar, en el plazo de noventa días a partir de la publicación del citado Decreto, su incorporación a los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; incorporación que les sería concedida tras haber superado las pruebas establecidas a tal efecto. De manera que, por esta vía, pudieron incorporarse a dicho Colegio Oficial personas que ni tan siquiera estaban en posesión de las titulaciones requeridas por el artículo 7.e) del Decreto 3248/1969.

Se desprende de ello que, en la actualidad, conviven en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria muy distintos tipos de titulados, de extracción universitaria los unos, carentes de título académico los otros. Precisamente esta diversidad permite aseverar que, al no requerirse en todos los casos una titulación universitaria para tener acceso a la obtención del “título” de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, debe negarse al mismo el calificativo de “académico”. Además, el hecho de que se requiera o no la condición de titulado universitario para tener acceso a la obtención del “título” de Agente de la Propiedad Inmobiliaria es indiferente a los efectos que aquí interesan. Concluir lo contrario obligaría a que, en el caso de

que una futura norma estableciera que únicamente teniendo la condición de titulado universitario podría accederse a las pruebas establecidas para la obtención del título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria (lo que, por lo demás, resulta perfectamente concebible a la vista de que el anulado Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, exigía para ello, en su artículo 5.a), “hallarse en posesión de un título oficial universitario”, incluyendo entre ellos, por cierto, el de Profesor Mercantil dicha profesión habría de incluirse automáticamente en el ámbito de protección penal acordada por el delito de intrusismo. Lo verdaderamente importante es que el título “en sí” de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, obviamente, no es un “título académico”, puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; y que, por ello mismo, no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el artículo 321.1 del Código Penal la de quien realizare los actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida que para ello se requiere.»

Concluye la sentencia que, al no constituir lo debatido una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que, por el contrario, entra de lleno en el contenido constitucional del principio de legalidad penal, debido a que las sentencias anuladas han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del término «título» que recoge el artículo 321 del CP, que no es conforme con los valores y principios constitucionales, por lo que no se puede incluir dentro de los límites de la conducta tipificada en el mencionado artículo la de quienes realizan los actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria careciendo de la capacitación oficialmente reconocida que para ello se exige.

Por todo ello, en atención a lo expuesto, intereso de los Sres. Fiscales el cumplimiento de las siguientes conclusiones:

1.º En aquellos casos en que las actuaciones se encuentren en fase de diligencias previas pendientes de calificación, se solicitará el sobreseimiento libre en virtud del artículo 637 n.º 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.º En los supuestos de que se hubiese practicado la calificación provisional, se procederá a retirar la acusación en el acto del juicio oral.

3.º En las denuncias que se presenten a partir de esta fecha, se procederá a solicitar el archivo de la misma.

Lo que pongo en conocimiento de VE/VI para su traslado a los Sres. Fiscales destinados en su territorio.

Sobre la formación y perfeccionamiento de los miembros de la carrera fiscal

—Instrucción núm. 5/93, de 27 de diciembre—

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las misiones que el artículo 124 de la Constitución otorga al Ministerio Fiscal exigen de este una elevada formación no sólo para acceder al desempeño de estas funciones, sino para lograr que a lo largo de su vida profesional las desarrolle con el mayor rigor y eficacia, a fin de dar la respuesta más justa y acertada a todos y cada uno de los conflictos en los que se precisa de su intervención. Por ello la Fiscalía General del Estado introdujo entre sus prioridades la relativa a la formación y perfeccionamiento de los miembros de la carrera Fiscal, lo que significó la apertura de una nueva etapa en este ámbito cuya importancia ha ido progresivamente en aumento.

Sin embargo, transcurrido un tiempo, es necesario reflexionar sobre lo que se ha hecho, para que, desde esa reflexión crítica, puedan introducirse las modificaciones necesarias para lograr que el esfuerzo desarrollado sea, en el futuro, más eficaz y fructífero.

La experiencia obtenida del encomiable esfuerzo realizado en los dos últimos años en este empeño, nos muestra, en primer lugar, que no se erró al considerar de vital importancia la formación permanente de los fiscales. El mensaje de la necesidad de la formación permanente es hoy una idea asentada no sólo en la Carrera Fiscal, o en el ámbito en el que ésta desarrolla su labor, sino que está asumida por la propia sociedad a la que sirve. La formación y perfeccionamiento permanente es una necesidad sentida por los Fiscales, y una exigencia de los ciudadanos, ya que esta mayor formación se refleja, no sólo en una mayor preparación jurídica para resolver los conflictos que se ventilan dentro del proceso, sino en una mejor capacidad de comprensión del propio sentido de esos conflictos sociales, en los que el Fiscal interviene promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

La idea de la formación como necesidad y como exigencia introduce un nuevo componente que no puede obviarse a la hora de abordar cualquier iniciativa de formación. La concepción de la formación como derecho del Fiscal y como deber de éste frente a la sociedad constituye un elemento de un altísimo calado político e institucional, por cuanto transforma una exigencia profesional en un «interés público», al que, en consecuencia, no puede ser ajeno el Estado ni, lógicamente, el Fiscal General.

Esta transformación trae, como primera consecuencia, la necesidad de rechazar una concepción unidireccional de la formación en-

tendida como esfuerzo intelectual solitario y autónomo, es decir, la idea de formación como plenamente sinónima de «autoformación». Y debe ser rechazada porque esa concepción implica el abandono de un deber que incumbe al Fiscal General y al mismo Estado. En un Estado Social y Democrático de Derecho, ni el Fiscal General, ni el propio Estado pueden ser espectadores neutrales ante una determinada necesidad formativa de los Fiscales. Si al Fiscal le viene encomendada la función de defender la legalidad y los derechos de los ciudadanos, cualquier esfuerzo en la línea de dotarle de una mayor preparación traerá, como efecto inmediato, una mejor defensa y protección de esos intereses, una mayor satisfacción del interés social, y en consecuencia, una efectiva profundización en el desarrollo y asentamiento de ese estado Social y Democrático. Por ello, asumir como propia la tarea de lograr una efectiva formación y perfeccionamiento permanente de los Fiscales no sólo constituye un reto personal para el Fiscal General del Estado, sino una obligación en la que debe invertir todos los esfuerzos que sean precisos.

Pero es más, si elementales axiomas pedagógicos imponen el empleo de técnicas de formación conjunta, en una Institución como la Fiscalía, en el que el principio de unidad de actuación se configura como uno de los elementos definidores típicos, la formación conjunta se convierte ya no en una mejor opción pedagógica, sino en una verdadera necesidad. De esta manera, la técnica del seminario conjunto, del debate colectivo y de la puesta en común debe convertirse en uno de los criterios rectores del proceso de formación y perfeccionamiento permanente de los Fiscales.

Pero lo hasta aquí dicho no significa que deba desdeñarse, sin más, la idea de la autoformación. La autoformación como esfuerzo individual ha sido, y es, uno de los componentes básicos de cualquier proceso formativo, y ello exige la adopción de determinadas medidas que potencien y favorezcan este proceso.

La segunda idea que debe rechazarse es la de concebir la formación como una necesidad propia, sólo, de los Fiscales que se han incorporado recientemente a la Carrera, pues siendo la experiencia profesional un componente esencial y un patrimonio valiosísimo de nuestra profesión —que no puede, ni debe ser desperdiciado—, por sí solo no basta para resolver el déficit de formación que en ocasiones se plantea. El fuerte contenido técnico de la Ciencia del Derecho, los frecuentes cambios legislativos a que se ve sometido el ordenamiento, la incorporación de España a un nuevo marco internacional con la consiguiente entrada en nuestro ordenamiento de todo un cuerpo legal y doctrinal que hasta hace muy poco nos era completamente extraño; y, en definitiva, la vitalidad de la sociedad española y el permanente desarrollo de las ciencias y la técnica provoca la constante aparición de nuevos conflictos jurídicos, algunos de los cuales eran impensables hace unos años, y muestra que la necesidad de

formación y reciclaje permanente no puede ser cubierta exclusivamente por la simple experiencia profesional.

Esta noción de la formación permanente como deber del Fiscal frente a la sociedad introduce un factor que legitima no sólo la exigencia de una dotación presupuestaria suficiente, sino la propia exigencia institucional de formación sobre todos y cada uno de los Fiscales.

Sin embargo, si existe una práctica unanimidad a la hora de valorar la bondad intrínseca de la formación permanente, no ocurre lo mismo a la hora de determinar la forma de incorporarla a la vida cotidiana de los Fiscales.

Existen una serie de condicionamientos previos que deben ser tenidos en cuenta en orden a determinar la forma de llevar a cabo esa incorporación, sobre los que conviene detenerse brevemente.

Conforme al último escalafón de la Carrera Fiscal de los aproximadamente mil cien Fiscales que la componen, la mitad de ellos lleva menos de cinco años en el ejercicio de su labor profesional. A su vez, la necesidad de cubrir las vacantes que han ido creándose en virtud del progresivo proceso de ampliación de plazas en la plantilla Fiscal ha llevado a que el propio proceso formativo en el Centro de Estudios Judiciales haya sido extremadamente breve, y en ocasiones, más aparente que real.

Por otra parte, las históricas carencias de medios materiales que sufre la carrera Fiscal y la abrumadora carga de trabajo que en ocasiones recae sobre los fiscales, pese al importante esfuerzo presupuestario desarrollado en los últimos años, en orden al aumento de plantillas y a la dotación de los medios materiales precisos, ha impedido conformar los instrumentos básicos con los que potenciar el desarrollo un proceso formativo.

Por último, la paulatina atribución de nuevas funciones al Ministerio Fiscal, en todos los órdenes jurisdiccionales, ha llevado a configurar la formación en base a un principio de «urgencia», ante la necesidad de dar respuesta a cada una de esas funciones que se nos entregaban.

Resulta necesario abordar el diseño de una política de formación estable, que aporte un componente de permanencia al tiempo que, tienda a dar una respuesta coherente a esa necesidad y exigencia de formación a que antes se ha hecho referencia. Y para ello es preciso definir cuáles son los principios generales en los que debe asentarse esta política de formación.

2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA POLÍTICA DE FORMACIÓN

a) *Programación*

La adecuada planificación y desarrollo de una política de formación que procure la actualización en los distintos campos del saber jurídico es un componente irrenunciable en el diseño de cualquier proceso formativo. Elementales criterios de prudencia, eficacia, racionalidad y rigor en el trabajo exigen que cualquiera que sea la actividad que se aborde ésta deba ser planificada, estudiada y debatida con anterioridad a su puesta en funcionamiento. A este criterio de carácter general no puede ni debe sustraerse la importante función de formación, reciclaje y estímulo en la profundización del conocimiento de los Fiscales. Por ello se establecerán una serie de reglas generales que vengán a determinar la forma y modo de llevar a cabo esta programación.

Este principio de programación va intrínsecamente unido a los de publicidad, organización y flexibilidad.

Publicidad no sólo relativa a la oferta de formación que deba realizarse, sino también en lo referente al conocimiento previo de comunicaciones, ponencias o textos que vayan a ser objeto de estudio, así como la difusión del contenido de los actos formativos mediante la publicación de los mismos.

Organización en el sentido de posibilitar el que en las distintas Fiscalías se adopten por los Fiscales Jefes las medidas precisas para asegurar la relevación del servicio y concesión de licencia al Fiscal que asista al acto formativo, sin que ello redunde en un peor servicio, o en un esfuerzo suplementario para ese mismo Fiscal.

Flexibilidad en el aspecto de lograr que los planes de formación no obedezcan a criterios rígidos o estereotipados, no que, tanto en lo que se refiere a su propio diseño, como a su ejecución se adopten criterios que faciliten una respuesta eficaz y rápida a las diversas cuestiones que puedan ir planteándose en la elaboración o en la ejecución del programa de formación.

b) *Participación*

La idea de participación debe presidir la totalidad de las actividades formativas. El perfeccionamiento solo puede ser concebido como un reto común para la Carrera Fiscal, y no como un imperativo administrativo impuesto a sus componentes. La sociedad y los tiempos exigen, cada vez más, un Fiscal dinámico y dotado de una formación integral, capaz de defender la legalidad y los derechos de los ciudadanos, y de llevar a cabo una efectiva protección de sus intereses. Esto exige asumir el principio de «universalidad» en los

términos en que antes se han señalado, es decir, como actividad dirigida a todos los miembros de la Carrera Fiscal.

La política de formación que desarrolle la Fiscalía General del Estado debe buscar la participación de todos los miembros de la Carrera Fiscal no sólo como receptores de la misma, sino también como emisores de la misma, mediante el diseño de modelos en los que la puesta en común de los conocimientos y experiencias sea un factor primordial.

Pero esta participación no se agota en la vertiente indicada. La idea de participación debe presidir también la pura perspectiva del modo de desarrollar la actividad de formación. El diseño de los planes de formación, la selección de los temas, fijación de objetivos, designación de ponentes y asistentes, y en definitiva en toda la actividad formativa debe participar la propia Carrera Fiscal. Esto sólo puede lograrse regulando un proceso de elaboración, ejecución y control de la referida actividad, en la que se garantice la efectiva participación de la Carrera a través de los diversos mecanismos participativos previstos en el Estatuto del Ministerio Fiscal, y que en la práctica de concretan en el movimiento asociativo, y en el Consejo Fiscal. Todo ello sin perjuicio de que sea conveniente el empleo de otros medios que faciliten el conocimiento certero de las expectativas y opiniones que en esta materia existan entre los Fiscales.

Por último, existe otra vertiente de este principio de participación que no puede olvidarse. La formación de los Fiscales no cabe concebirla como un proceso «endogámico» y, en consecuencia, ajeno a la propia sociedad en la que el Fiscal desarrolla su actividad profesional. Por ello será preciso que en la elaboración y diseño de cada uno de los actos formativos se de la máxima cabida posible a la entrada de opiniones, conocimientos, o experiencias ajenas a la Carrera Fiscal, pues esto no sólo supone una fuente imprescindible de experiencia y conocimiento, sino que garantiza el que, en dicho proceso formativo, se dará respuesta a la exigencia de formación que la sociedad impone y a que antes se ha hecho referencia.

c) *Especialización*

Sin perjuicio del carácter integral que debe asumir el plan de formación, la exigencia de especialización no puede ser arrinconada en la situación actual. Son múltiples los factores que convergen a la hora de configurar esta necesidad de la especialización. Basta señalar dos en este momento. El primero, la propia organización judicial que exige que el Fiscal que interviene en cada uno de los órdenes jurisdiccionales posea, al menos, el mismo nivel formativo que tienen los Jueces o Magistrados que desempeñan su labor en cada uno de ellos.

El segundo factor lo impone el propio desarrollo de la dogmática jurídica. La imagen del sabio jurista concedor en profundidad de

todos y cada uno de los aspectos del ordenamiento jurídico es hoy una realidad inalcanzable. La progresiva normativización de la vida social llevada a cabo por un Estado que ha entrado a regular la práctica totalidad de los campos en que ésta se desarrolla, unido al enorme crecimiento y diversificación que ha sufrido la ciencia del Derecho hacen que sea necesario optar por un modelo de formación que tienda a crear Fiscales especialistas en determinadas materias, como única posibilidad de dar una respuesta a la demanda social ajustada a las exigencias de la misma.

d) *Unidad*

En el momento actual el Ministerio Fiscal ha de concebirse como portavoz convincente de un punto de vista unitario sobre el Derecho, visión unitaria en la que reciban especial atención los intereses públicos y sociales. Esta idea de unidad de actuación, tan claramente definitoria del Ministerio Fiscal, debe ser un punto de referencia constante dentro del proceso formativo que pueda diseñarse.

La formación y perfeccionamiento permanente de los Fiscales no puede ser ajena a esta idea de unidad de actuación y criterio. Unidad que no debe entenderse como «uniformidad», las discrepancias, las distintas valoraciones jurídicas, y la aportación de puntos de vista diversos sobre una misma cuestión es un requisito imprescindible para esa idea de unidad. Sólo de la divergencia surge el debate jurídico y en consecuencia se abre el camino para obtener una solución correcta para cada uno de los múltiples problemas que el Ministerio Fiscal debe abordar en su actividad cotidiana.

Esto conlleva el que deba articularse la figura de la «mesa redonda», el «seminario», o cualquier otro modelo similar, como uno de los ejes centrales del proceso formativo de la Carrera Fiscal. A partir de los cuales empiece a conformarse esa revisión unitaria del Derecho que el Ministerio Fiscal está institucionalmente obligado a transmitir.

e) *Promoción profesional*

Este principio es, en este ámbito, secuela de Justicia, de reciprocidad y de coherencia. La Institución, en este caso, a través de la Inspección Fiscal debe conocer las conferencias, cursos de formación, congresos jurídicos en que haya participado, así como las publicaciones y estudios efectuados por cada miembro de la carrera para su posterior incorporación al expediente y para una adecuada valoración a efectos de designación de determinados cargos y nombramientos, etc. (Instrucción 1/1987 del FGE).

La formación desde siempre es inversión en capital humano, y esta inversión redundante, o debe redundar, en primer lugar en la propia

Fiscalía. El currículum profesional se nutre fundamentalmente del servicio prestado, del trabajo científico y doctrinal, y de la formación en cualquier ámbito jurídico o próximo al Derecho. La asunción de tal principio no sólo por cada uno de los fiscales, sino fundamentalmente por los órganos más representativos de la Carrera, y singularmente, por quien detenta la representación de la misma, se traduce, finalmente, en la adjudicación de responsabilidades a los más capacitados, a los más formados. Esta noción de la formación unida a la promoción profesional dispone a su vez de una ventaja complementaria al estimular la legítima competitividad, combatiendo de esta manera la abulia, la apatía, y el anquilosamiento, que son secuelas inevitables de la falta de expectativas profesionales.

Sin embargo la introducción de este componente exige que la formación se aborde con mayor rigor y seriedad, estableciendo sistemas efectivos de control de asistencia y participación, incluso obligatorio.

A su vez será necesario introducir mecanismos de coordinación que garanticen que la Inspección pueda cumplir con su misión estatutaria y tenga una participación efectiva en este proceso formativo se realice en base a criterios objetivos que puedan justificar, en cada caso, el porqué de la elección de un Fiscal frente a otro.

Y por último, será preciso asegurar que todos los Fiscales tengan acceso al plan de formación sin que se encuentren con trabas impuestas por sus Fiscales Jefes en razones de operatividad de la Fiscalía, o con filtros previos a la selección de los asistentes, extremo éste que deberá ser eliminado de forma radical, adoptando las medidas procedentes.

f) *Descentralización*

Este principio que viene impuesto por la realidad de la dispersión geográfica de los Fiscales, pero, a su vez, pretende lograr otros objetivos como son posibilitar una mayor participación en los planes de formación, lograr abordar aquellas cuestiones que se planteen en determinados lugares del Estado y no en su totalidad, y por último conseguir un abaratamiento de los costes económicos propios de cualquier plan formativo.

Sentados estos principios que deben regir con carácter general la política de formación de la Fiscalía General del Estado, es preciso regular los distintos aspectos a que se ha hecho referencia. Pero para ello es obligado analizar previamente cuál es el marco normativo en el que se debe desarrollar esta política de formación y perfeccionamiento permanente.

3. MARCO NORMATIVO

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no contiene ni una sola referencia a la materia de la formación de los Fiscales, lo que constituye una laguna normativa que, sin duda alguna, deberá ser corregida al abordarse cualquier eventual reforma del Estatuto de 1981. Sin embargo no ocurre lo mismo en la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su artículo 434.2 dispone que el Centro de Estudios Judiciales «Tendrá como función la colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia en la selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, del Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, la formación y perfeccionamiento de los miembros de la Carrera Judicial se realizará bajo la exclusiva dirección del Consejo General del Poder Judicial».

La lectura de este precepto muestra que la formación y perfeccionamiento de los Fiscales es hoy competencia del Ministerio de Justicia, con el que «colaborará» el centro de Estudios Judiciales, sin que contenga referencia alguna a la participación del Fiscal General o de cualquiera de los órganos de la Carrera Fiscal en el ejercicio de esta competencia. Por ello abordar cualquier plan de formación en tanto no sea modificado el actual marco normativo, debe partir de la premisa de que el ejercicio de funciones de formación es hoy una competencia que el Ministerio de Justicia, por razones que, por obvias, no es necesario explicitar, ha «delegado tácitamente en favor del Fiscal General del Estado al haber atribuido desde el año 1991 una partida presupuestaria propia para las actividades de formación.

Ahora bien, al no existir atribución competencial expresa en materia de formación, en favor de ninguno de los órganos del Ministerio Fiscal a los que se refiere el artículo 12 de la Ley 50/1981, se plantea la dificultad de determinar quién debe asumir las competencias en este ámbito.

Dejando a un lado las dificultades jurídicas que plantea una la «subdelegación» por el Fiscal General del Estado en cualquiera de los otros órganos de la Carrera Fiscal, es necesario analizar cuáles son las funciones que corresponden a la Secretaría Técnica y a la Inspección Fiscal para decidir en quién debe recaer la responsabilidad del diseño y programación de la política de formación, que en cualquier caso será siempre realizada bajo la directa supervisión del Fiscal General.

Señala el artículo 16 del Estatuto Orgánico que la Secretaría Técnica de la Fiscalía General realizará los trabajos preparatorios en aquellas materias en las que corresponda a la Junta de Fiscales de Sala asistir al Fiscal General del Estado, así como cuantos otros estudios, investigaciones e informes estime éste procedente. Conforme a lo dispuesto en el artículo 122 del Reglamento Orgánico, la Secre-

taría Técnica encuentra entre sus cometidos recopilar la doctrina expuesta en las Memorias, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado para su utilización constante por todos los funcionarios del Ministerio Fiscal, preparar los antecedentes (doctrinales se entiende) necesarios para la confección de las Memorias, Circulares e Instrucciones Generales, ordenar por conceptos el contenido de los acuerdos de las Juntas de la Fiscalía del Tribunal Supremo, formación de ficheros legislativos, jurisprudenciales y bibliográficos, preparar los datos convenientes en orden a los estudios de Derecho Comparado y de doctrina en materias que afecten al Ministerio Fiscal, realizando, además, las labores de colaboración con el Fiscal General del Estado en materias que convenga adoptar criterios de unidad.

Todas y cada una de las funciones descritas inciden directamente en el ámbito del conocimiento, el estudio y la reflexión jurídica y en consecuencia sitúan a este órgano en una posición ideal para abordar con rigor las funciones de formación y perfeccionamiento de los Fiscales.

Por otro lado, de conformidad con lo previsto en el Reglamento, la Inspección tiene por objeto el conocimiento de la regularidad con que funcione el Ministerio Fiscal, el de las prácticas generales que en las Fiscalías se siguen para el despacho de los asuntos, y el de las condiciones, aptitudes y conducta de los Fiscales, así como el examen de las quejas que se produzcan sobre el modo de proceder de los Fiscales.

Su propia regulación y dinámica convierte a la Inspección en un elemento imprescindible dentro de una política de formación. Ahora bien, la configuración práctica de la Secretaría Técnica, su proximidad al Fiscal General del Estado que es quien, en definitiva, debe asumir la responsabilidad institucional de definir las líneas maestras de los planes de formación, y razones lógicas de operatividad hacen que sea conveniente mantener en la Secretaría Técnica la función de auxiliar al Fiscal General en la materia de formación, manteniendo de esta forma el sabio equilibrio existente entre cada uno de los órganos del Ministerio Fiscal con ámbitos de actuación perfectamente definidos.

Por otra parte no puede obviarse el riesgo que supondría la asunción por parte de la Inspección Fiscal de las labores de formación, ya que la selección de los miembros de la Carrera Fiscal que tuvieran que asistir a los cursos o participar en ellos como ponentes, y el ejercicio de las medidas de control que deben implantarse, podría dar lugar a celos, suspicacias y malas interpretaciones derivadas de compatibilizar esa función con el ejercicio de competencias disciplinarias y correctoras que le corresponden, así como con la emisión de informes de todo orden relativos a la forma de proceder y disfunciones de cada Fiscalía.

De otro lado, del propio borrador de Reglamento del Ministerio Fiscal, elaborado por la Fiscalía General del Estado, se desprende que la elaboración y ejecución de los planes de formación corresponde a la Secretaría Técnica en colaboración con la Inspección Fiscal, según los artículos 40 y 42.

4. INSTRUMENTOS DE FORMACIÓN

No es inútil recordar que la formación y perfeccionamiento permanente no puede confundirse con la simple celebración de jornadas o cursos. La formación, en su concepción integral, es algo más amplio y profundo.

Ya hemos indicado antes que la formación no puede concebirse como pura autoformación, a la par que ésta es un elemento imprescindible del proceso formativo. La recepción de conocimientos, el debate sobre las cuestiones jurídicas debe ir siempre acompañada de una necesaria reflexión individual, de un estudio personal y sereno de esas cuestiones. Por ello la elaboración de una política integral de formación ha de partir, una vez fijados sus principios generales, por definir cuáles son los instrumentos de que va a dotarse la Fiscalía para desarrollar esa política formativa.

Dejando a un lado las evidentes limitaciones y dificultades presupuestarias, la formación integral de los Fiscales debe operarse mediante el uso de tres grandes grupos de instrumentos formativos:

- a) Cursos, jornadas y seminarios.
- b) Publicaciones y biblioteca.
- c) Bolsas de estudio y formación.

a) *Cursos, jornadas y seminarios*

Parece conveniente distinguir tres modelos que respondan a tres niveles formativos y objetivos distintos: Cursos generales, jornadas de perfeccionamiento y seminarios de especialización.

Cursos generales de formación: Su filosofía debe ser la de asegurar un conocimiento lo más amplio posible de las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Deben ir dirigidos, indistintamente, a todos los Fiscales cualquiera que sea su destino, sin exigir ningún tipo de especialización. En este ámbito se situarían todos los cursos de formación general y muy especialmente los relativos a modificaciones legislativas que incidan en la tarea profesional de los Fiscales.

Jornadas de introducción a la especialización: Su idea central debe ser el lograr formar a Fiscales especialistas en determinados campos o materias, lógicamente deben ir dirigidos a toda la Carrera Fiscal, pero muy en especial a quienes se encarguen del despacho

de determinados asuntos en las Fiscalías, y a aquellos que tengan un especial interés en la materia objeto de las jornadas.

Seminarios de especialización: Deben intentar cumplir dos objetivos básicos. Por un lado el lograr, conforme antes se señalaba, mantener el principio de unidad de actuación asentando, mediante el debate de las distintas cuestiones que se plantean, criterios específicos de interpretación o sistemas o métodos operativos de trabajo. Por otro lado, la formación de los Fiscales que ya sean especialistas en determinadas materias no puede detenerse en ningún caso, por lo que resulta conveniente dotarse de un instrumento que garantice una oferta institucional de formación para todos ellos.

b) *Publicaciones y biblioteca*

Es en este ámbito en donde se encuentra un mayor vacío. La inexistencia de una Revista propia del Ministerio Fiscal y las dificultades que genera la publicación de textos o trabajos de la Carrera Fiscal hacen imprescindible abordar esta materia como uno de los objetivos prioritarios para los próximos años.

En este momento se encuentra en desarrollo el proyecto de una Revista propia del Ministerio Fiscal, que sin duda alguna vendrá a cubrir una vieja aspiración de la Carrera y significará un importante revulsivo en orden a potenciar el estudio y la reflexión serena sobre las múltiples cuestiones que afectan al Ministerio Fiscal.

Junto a este proyecto es necesario que la Fiscalía se dote de una partida presupuestaria, o de un instrumento eficaz, que asegure las publicaciones de las ponencias, comunicaciones o trabajos elaborados por los miembros del Ministerio Fiscal que se aporten a los distintos actos formativos, pues es el único medio para asegurar que el esfuerzo formativo tendrá la repercusión más amplia posible, logrando de esa manera un efecto multiplicador del mismo.

Por otro lado ese componente de reflexión y estudio individual que posee todo proceso formativo hace necesario que la Fiscalía, como Institución, facilite al máximo posible esta labor, a cuyo fin es necesario poner en marcha un «Plan de Bibliotecas» para las Fiscalías que garantice a todos los Fiscales la existencia de un material de consulta suficiente para que pueda resolver, al menos en un primer nivel, cualquier necesidad que se plantee.

c) *Bolsas de estudio y formación*

La consideración de la formación como derecho-deber del Fiscal impone no pocas obligaciones a la Fiscalía como Institución; una es, como se ha dicho, la existencia de una oferta formativa suficiente que parta de la propia Fiscalía General. Pero esta oferta no puede cubrir todas las expectativas de formación o perfeccionamiento que

se ponen de manifiesto a lo largo de la vida profesional de los Fiscales. Existen necesidades o intereses formativos que no podrán ser cubiertos por la Fiscalía General, y, en consecuencia, los Fiscales deberán acudir a otras Instituciones o Entidades públicas o privadas para cubrirlas. Pues bien, la Fiscalía como Institución no puede ser en ningún caso ajena a ese interés formativo, pues, como antes se ha indicado, cualquier proceso formativo es inversión en capital humano que repercute directamente en la propia Fiscalía. Por ello es preciso, por un lado, destinar una partida presupuestaria con el fin de auxiliar o contribuir económicamente a ese esfuerzo formativo personal que desarrollen los Fiscales, en los términos que después se señalará, y por otro desarrollar una política de convenios con instituciones públicas y privadas que posibiliten la ampliación del abanico de cursos y actos formativos, ámbito en el que debe desempeñar un papel esencial los convenios y acuerdos de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, así como las Comunidades Autónomas y Universidades públicas y privadas.

Lo hasta ahora expuesto ha servido para definir los criterios de la política de formación en la Fiscalía General, los principios básicos por los que debe regirse, los instrumentos de los que va a dotarse esa política formativa y el marco legal en el que debe desarrollarse la misma.

Ahora bien, el vacío normativo a que se hacía referencia antes hace que sea imprescindible dotar a nuestra Institución de un mínimo de reglas que tiendan a asegurar los principios a que se ha hecho referencia, al tiempo que constituyan el soporte reglado imprescindible para abordar con rigor y seriedad el diseño, ejecución y desarrollo de un programa de formación.

5. REGLAS RELATIVAS A LA ELABORACIÓN Y CONTENIDO DEL PLAN ANUAL DE FORMACIÓN

El principio de programación a que se hacía referencia como uno de los elementos claves de toda política de formación coherente y rigurosa, exige que de forma periódica se aborde un plan de formación en el que se definan claramente los objetivos que persiguen y los medios que van a emplearse para su logro. Por ello resulta necesario que anualmente se confeccione un Plan de Formación cuya elaboración y contenido debe quedar sometido a las siguientes reglas:

Reglas relativas a la elaboración y ejecución del plan de formación.

1. En el segundo trimestre del año natural anterior a aquel en el que el Plan deba de ejecutarse, por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado se realizará un proyecto de Plan de For-

mación Anual. En la elaboración y diseño de este plan participarán las Asociaciones de Fiscales mediante las reuniones o contactos periódicos precisos, sin perjuicio de lo cual, una vez redactado, se les entregará a fin que formulen las objeciones, o propongan las mejoras que les parezca convenientes.

2. Tras este trámite de audiencia, e introducidas las modificaciones pertinentes, el Fiscal General del Estado lo someterá al Consejo Fiscal para que, dentro del segundo trimestre del año natural, formule igualmente cuantas indicaciones considere precisas.

3. Efectuadas, en su caso, las modificaciones necesarias a la vista de las sugerencias formuladas por el Consejo Fiscal y por las asociaciones, el Fiscal General del Estado aprobará el Plan de Formación Anual que será entregado dentro del tercer trimestre del año natural anterior a aquel en que debe ejecutarse, al Ministro de Justicia para su aprobación definitiva y efectiva dotación en el marco de la política presupuestaria del Gobierno.

4. La ejecución del Plan será competencia de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General.

5. Todos los años, y antes del inicio de la ejecución del Plan Anual, se designará por el Fiscal General del Estado una «Comisión de Formación» que estará integrada por tres Fiscales de la Secretaría Técnica, un Fiscal de la Inspección Fiscal y un Fiscal en representación de cada una de las Asociaciones de Fiscales, a propuesta de éstas, y un Fiscal en representación del Consejo Fiscal.

6. La «Comisión de Formación» tendrá como funciones:

— El control y supervisión del grado desarrollo y ejecución del Plan Anual de formación.

— La designación de los «Directores de Cursos».

— La aprobación del proyecto del curso y la elección de los ponentes oído el Director del mismo.

— La selección reglada de los Fiscales que asistirán a los distintos actos formativos, previa propuesta de la Secretaría Técnica.

— Seleccionar y proponer la publicación de ponencias, textos o comunicaciones.

— Regular su propio funcionamiento interno, todo ello sin perjuicio de aquellos cursos, jornadas o seminarios que, a iniciativa del Fiscal General del Estado, deban desarrollarse dentro del Plan General de Formación.

Reglas relativas al contenido mínimo del Plan Anual de Formación.

El Plan Anual de Formación deberá contener como mínimo lo siguiente:

1. Balance y análisis del Plan de formación del año anterior.
2. Objetivos propios del Plan anual.
3. Previsión Presupuestaria y distribución de partidas.
4. Programa de:

- Cursos generales de formación.
- Jornadas de perfeccionamiento.
- Seminarios de especialización.
- 5. Previsión y programación de los cursos concertados con otras Entidades o Instituciones.
- 6. Programas de formación por Comunidades Autónomas.
- 7. Plan de Publicaciones.
- 8. Programa de Bibliotecas.
- 9. Programa de Bolsas de Estudio.

6. REGLAS RELATIVAS A LA DESIGNACIÓN DE ASISTENTES A LOS CURSOS DE FORMACIÓN

Dados los términos en que ha sido configurada la política de formación de la Fiscalía General del Estado, si alguna materia precisa de una regulación minuciosa que garantice la efectividad de la formación concebida en ese binomio derecho-deber del Fiscal es la relativa a los criterios que deben regir la selección de los asistentes a cada Curso o Jornada de Formación, bien sean los organizados por la Fiscalía General del Estado, los que se realicen por el Consejo General del Poder Judicial, o en el marco de cualquier Convenio, de tal forma que se puede justificar en todos los casos el porqué de la selección de un Fiscal frente a otro. Pero para fijar estos criterios resulta conveniente distinguir entre cursos Generales, Jornadas de Perfeccionamiento y Seminarios de Especialización.

a) *Cursos generales de formación*

La selección de los Fiscales quedará sometida a los siguientes criterios de selección que se aplicarán con orden sucesivo.

- Orden de preferencia manifestada por el solicitante.
- Presentación de comunicación escrita o compromiso formal de aportarla con carácter previo a la celebración del curso, que deberá estar en poder de la Comisión de Formación al menos un mes antes del inicio del curso.
- Asistencia a menor número de cursos en los años anteriores .
- Menor puesto por orden escalafonal en caso de que se produzca igualdad de condiciones.

La designación para asistir a estos Cursos será siempre voluntaria.

b) *Jornadas de introducción a la especialidad*

En estos casos la selección de los asistentes quedará sujeta a los siguientes criterios que se aplicarán también por orden sucesivo:

- Orden de preferencia manifestada por el solicitante.

— Presentar una comunicación escrita sobre la materia o compromiso formal de efectuarlo, que deberá estar en poder de la Comisión de Formación al menos un mes antes del inicio del curso.

— Estar encargado en la correspondiente Fiscalía del despacho de asuntos a que se refieran las Jornadas, informe del Fiscal Jefe en el que se indique la futura incorporación al despacho ordinario de dichos asuntos o tener efectuado algún trabajo o publicación sobre las materias propias del Curso.

— Antigüedad por orden escalafonal en caso de que se produzca igualdad de condiciones.

En estas Jornadas la Comisión de Formación podrá proponer al Fiscal General del Estado que designe para asistir a los mismos, con carácter obligatorio, a aquellos Fiscales cuya presencia sea conveniente, indicando por escrito al designado las razones de dicha conveniencia.

c) *Seminarios de Especialización*

Serán criterios de selección, aplicables por orden sucesivo, los siguientes:

— Estar encargado en la correspondiente Fiscalía del despacho de asuntos a que se refiera el Seminario.

— Tener efectuado algún trabajo o publicación sobre las materias propias del Curso.

— Haber asistido con anterioridad a alguna jornada de especialización en dicho ámbito.

— Antigüedad por orden escalafonal en caso de igualdad de condiciones.

Para estos Seminarios la Comisión de Formación podría proponer al Fiscal General del Estado que designe para asistir a los mismos, con carácter obligatorio, a aquellos Fiscales cuya presencia sea conveniente, indicando por escrito al designado las razones de dicha conveniencia.

7. REGLAS RELATIVAS A LA ASISTENCIA A LOS CURSOS, JORNADAS Y SEMINARIOS

Se entregará un Diploma acreditativo de la asistencia a todos los Cursos, Jornadas, y Seminarios organizados por la Fiscalía General del Estado, para cuya obtención será preciso haber asistido al menos al 80 por 100 de los actos que compongan el curso. A este efecto se adoptarán los mecanismos de control que se consideren convenientes.

En el expediente personal de cada Fiscal se hará constar la asistencia a los cursos de formación, así como la presentación en su caso

de comunicaciones o ponencias, de aquellos Fiscales que hayan obtenido el Diploma.

La selección para la asistencia a los cursos conllevará la correspondiente licencia y comisión de servicio para acudir a su desarrollo junto con un modelo de instancia.

La petición de cursos de formación se efectuará de una sola vez y para la totalidad de cursos de formación que se oferten en el Plan Anual de Formación, a cuyo fin será entregado a todos los Fiscales con suficiente antelación. Los Fiscales Jefes deberán enviar a la Secretaría Técnica todas las solicitudes que reciban para participar en los Cursos, acompañando en su caso el informe a que se hace referencia en las Jornadas de Perfeccionamiento, cuidando con extremo celo de no convertirse, indebidamente, en un órgano de preselección.

La secretaría Técnica notificará individualizadamente a cada Fiscal, las actividades formativas para las que ha sido designado. Igualmente le será notificado a cada Fiscal Jefe los miembros de su plantilla que deberán de asistir a las actividades formativas, debiendo éste adoptar las medidas precisas para cubrir el servicio en esas fechas, que deberá abarcar un día antes del inicio del acto formativo y el día después a su finalización:

Una vez designado un Fiscal para un acto formativo su asistencia devendrá en obligatoria, por consiguiente de su no comparecencia injustificada se dará cuenta a la Inspección Fiscal a fin de que figure en el expediente personal.

8. REGLAS RELATIVAS A LA CONCESIÓN DE AYUDAS O BOLSAS DE ESTUDIO

Dentro del Plan anual de Formación se consignará una partida a fin de coadyuvar al pago del coste económico que pueda suponer la realización de cursos o estudios de carácter jurídico, fuera del Plan Anual de Formación elaborado por la Fiscalía General. A este efecto las reglas por las que se registrá la concesión de dichas ayudas serán las siguientes:

El Fiscal que esté interesado en percibir algún tipo de ayuda económica con cargo al Plan Anual de Formación lo hará saber así mediante escrito dirigido a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General en el que hará constar:

- La materia del curso, acompañando el programa del mismo.
- Las razones por las que se encuentra interesado en asistir.
- La cuantía de la ayuda que se desee percibir.

Recibida la petición será valorada por la Comisión de Formación que propondrá al Fiscal General la aprobación o denegación de la ayuda solicitada.

Si fuere aprobada tal ayuda el fiscal que la perciba adquirirá el compromiso de presentar una Memoria justificativa del mismo.

9. LICENCIAS DE ESTUDIOS

Individualmente y sin perjuicio de lo anterior los miembros de la carrera Fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Estatuto Orgánico, los artículos 373.2 y 375.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán solicitar del Ministerio de Justicia las Licencias de Estudio que consideren oportunas, debiendo de tramitar las solicitudes a través de la Inspección Fiscal.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

CONCURSO REAL DE DELITOS Y CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS

ÁNGEL DE SOLA DUEÑAS

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

I. APLICACIÓN DE LA REGLA 2.^a DEL ARTICULO 70 CP SEGÚN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA DE 26 DE ENERO DE 1993 Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MARZO DE 1994

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 26 enero 1993, puso en evidencia quizás por primera vez una cuestión que, hasta ahora, se había mantenido en un terreno indiscutido, sin que se hubiera profundizado suficientemente en ella. En efecto, se trata del contraste entre la acumulación de penas derivada de la existencia de un concurso de delitos y los límites legales que afectan al cumplimiento real de tales penas.

En el fallo de dicha Sentencia, en primer lugar, se condena, por la autoría de una delito de asesinato y otro de violación, ambos con la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de veintiocho años de reclusión mayor por el primer delito y a la de dieciséis años de reclusión menor por el segundo. En segundo lugar —y ahí reside la novedad—, después de aplicar el límite de treinta años como tiem-

po máximo de efectiva privación de libertad (regla 2.^a del art. 70 CP), determina que tal limitación no ha de ser tenida en cuenta a otros efectos, como el de aplicación de los beneficios penitenciarios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo, para los que servirá de base el tiempo total de condena.

La fundamentación jurídica pertinente parte de la razón de ser de la limitación de la regla 2.^a del art. 70 CP, en el sentido de que «la privación de libertad en prisión por un tiempo superior a treinta años produciría un deterioro irreversible de la personalidad», por lo que el límite ha de quedar referido únicamente al tiempo de permanencia efectiva en prisión. Más allá de esto, se considera que carece de apoyo legal el computar los descuentos de pena derivados de la aplicación de beneficios penitenciarios sobre la base de dicho límite y no de la de la pena impuesta en la sentencia condenatoria. Y ello no sólo por el argumento material de que, de lo contrario, en el caso concreto juzgado, habiéndose determinado una pena de veintiocho años para el delito de asesinato, el que además se haya cometido una violación a la que corresponde otra pena de dieciséis años carceraria casi de relevancia para el tratamiento sancionador del condenado (cuestión esta a la que posteriormente habrá que prestar la máxima atención). También se funda el pronunciamiento del fallo en la interpretación de los preceptos que afectan a la materia tratada. Por una parte, se subraya el tenor literal de la mencionada regla 2.^a del art. 70 CP que habla de un «máximum de *cumplimiento...*», «dejando de *extinguir...* desde que... cubrieren el máximum de tiempo predicho». Por otra, las mismas expresiones se encuentran, respectivamente, en el art. 98, que establece la libertad condicional referida a que hayan *extinguido* las tres cuartas partes de la *condena*, y en el art. 100, que señala que «al recluso trabajador se abonará para el cumplimiento de la pena *impuesta...* un día por cada dos de trabajo». Asimismo se destaca que, en concordancia con el art. 98 del CP citado, el art. 59 del Reglamento Penitenciario rebaja del *total de la pena impuesta* sólo el tiempo objeto de indulto y los beneficios penitenciarios que la acorten. En suma, se pone de manifiesto «que son dos cosas distintas la condena o pena impuesta, que lo es en toda la extensión objeto de condena, y otra su extinción o cumplimiento con restricción de libertad, hasta el punto que si se aplica la remisión condicional la condena no supone privación de libertad o ejecución de la pena, y el límite temporal sólo afecta a la ejecución».

Se trata, por tanto, de un fallo que detalla la liquidación de condena y aplica con rigor interpretativo la normativa legal, pero que contrasta con la práctica procesal habitual, en virtud de la cual, al omitir las precisiones que incorpora la sentencia comentada, se considera que el límite de los treinta años —o, en su caso, del triplo de la pena más grave impuesta— opera a todos los efectos. De este modo, las reducciones de pena determinadas por la obtención de

beneficios penitenciarios, así como los requisitos temporales para el acceso a la libertad condicional, vienen siendo calculados en base a los límites legales del cumplimiento real y no, como ocurre en este caso, a partir del total de la pena impuesta.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, sin embargo, en su Sentencia de 11 de marzo de 1994, pese a confirmar la cuantía de las penas impuestas, anula el pronunciamiento referente a la toma en consideración del total de aquéllas, y no el límite de los treinta años, para el cómputo de los descuentos de pena derivados de la aplicación de beneficios penitenciarios. De este modo, también por primera vez, se manifiesta una expresa resolución jurisprudencial confirmando, en este caso, la interpretación contraria consagrada por la práctica de los Tribunales. Los argumentos del Tribunal Supremo se despliegan a dos niveles, técnico-jurídico y político-criminal.

En cuanto al primero, al entendimiento que la Audiencia de Huelva da a la regla 2.ª del art. 70 CP, opone que el límite de los treinta años «opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma», de manera que sería ella el único punto de referencia a todos los efectos. Es por esto que una interpretación distinta, como la contenida en la Sentencia parcialmente anulada, es rechazada en base a su valoración «contra reo», y a partir de esto, se da cabida a las consideraciones político-criminales. Desde este punto de vista, la teoría impugnada se estima «tan innovadora como perniciosa», amén de contraria a «los más elementales postulados del Derecho Penal moderno y con los fines rehabilitadores de la pena». De tal modo, la pena se convertiría «en algo esencial y exclusivamente punitivo y reivindicativo, cercenando toda posibilidad de recuperación al delincuente» y contraviniendo el art. 25.2.º de la Constitución.

II. LOS PROBLEMAS SUBYACENTES Y SU PROYECCIÓN DE CARA AL FUTURO CÓDIGO PENAL

Esta contraposición manifestada en el plano jurisdiccional, en realidad viene a reproducir un debate que ya estaba abierto en el seno de la sociedad y que corre en paralelo con las demandas y propuestas que, desde distintos sectores y puntos de vista, giran en torno a una mayor coherencia entre la gravedad de las penas y su cumplimiento real, en particular ante enjuiciamiento de delitos de una especial gravedad y connotación antisocial, que suscitan la mayor alarma social.

En este orden, cabe mencionar las referidas a un tratamiento penal específico para los responsables de delitos de terrorismo y los relacionados con el narcotráfico, una de cuyas manifestaciones sería —por lo que ahora nos interesa— la exigencia de un cumplimiento íntegro de las penas impuestas. Con respecto a los primeros, esta

posición quedó plasmada en el art. 94 del Proyecto de Código Penal de 1992, que se expresa en los siguientes términos: «Los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias». Idéntica disposición se contiene en el art. 364 en cuanto a los delitos de narcotráfico. Exactamente lo que resuelve la sentencia de la Audiencia de Huelva en aplicación del Código Penal vigente, sin normativa específica al respecto. Hay que tener en cuenta asimismo que el Proyecto no altera —salvo en el límite de los treinta años, que pasa a ser de veinte (aunque con excepciones que permiten ampliarlo a veinticinco o treinta)— el tenor literal de la regla 2.^a del actual art. 70 (art. 77 del Proyecto de 1992).

¿Si los límites a la acumulación de penas se mantenían en el Proyecto literalmente referidos a un «máximo de *cumplimiento*» y no al montante de las penas impuestas, qué añadirían de más las normas excepcionales de sus arts. 94 y 364? La explicación no puede ser otra que la de que los redactores del Proyecto han partido de una asunción de la práctica procesal consolidada que la Sentencia del Tribunal Supremo referida viene a confirmar.

Hay que considerar que dicha práctica, que goza de una larguísima trayectoria, se apoya en un criterio interpretativo restrictivo «pro reo» que, por la misma razón por la que la ley introduce los límites a la acumulación de penas, trata de atemperar los dilatados períodos de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Es decir, que ya se estimaría suficiente el margen de severidad establecido por la ley para resolver el curso de delitos, de manera que, a partir del mismo, no resultaría necesario —desde esa perspectiva «pro reo»— un tratamiento distinto al de la pena única, en lo que afecta a los efectos de los beneficios penitenciarios y el acceso a la libertad condicional. Por ello podría explicarse que en el Proyecto, tomando tal interpretación tradicional como la regla general, en una línea político-criminal determinada (que por sí misma puede ser harto discutible, como veremos), se incorporen las correspondientes excepciones. Estas, a su vez, vendrían a reforzar, «sensu contrario», el entendimiento restrictivo del principio general, ya que sin el mismo fallaría la razón de ser de las excepciones.

Que en los últimos tiempos, sin embargo, el entendimiento del art. 70 CP no venía siendo tan unívoco quedaría ilustrado no sólo por la sentencia pronunciada por una Audiencia, sino también por otros datos que ilustrarían más bien sobre la existencia de una cierta confusión sobre el tema. Así en la información de prensa sobre la vista de un juicio con características asimilables al que resuelve la

sentencia comentada (1), se refiere una solicitud del Ministerio Fiscal al Tribunal para que garantice «el cumplimiento absoluto de la pena máxima, es decir, 30 años de prisión», y otra de la acusación pública de que «los beneficios penitenciarios se apliquen sobre el total de 78 años, el triple de la pena máxima individual solicitada —26 años—, y no sobre los 30 años, tiempo máximo de cumplimiento». La diversidad de proposiciones al respecto, pues, se ampliaba.

Ante las carencias de un explícito análisis doctrinal al respecto, parecía necesario tratar de averiguar si las distintas soluciones serían subsumibles en los márgenes interpretativos abiertos por la ley al arbitrio judicial, de manera que cabría desde la posición «benigna» de la práctica tradicional hasta la «rigurosa» de la Sentencia ahora anulada, con sus variantes. Si a ello se añade que los cambios interpretativos —como por lo demás ocurre palmariamente en el criterio de regla y excepciones del Proyecto— se planteaban, no con un carácter general, sino en relación con unas categorías determinadas de delitos, por no decir de delincuentes, no cabe duda de que se estaban introduciendo en el debate importantes dosis de inseguridad jurídica.

Habría que comprobar entonces si el rotundo pronunciamiento del Tribunal Supremo es suficiente para cortar este debate social y jurídico, ya que para ello sería necesario tener claras las cuestiones de fondo. Y éstas son muy complejas y con ramificaciones que afectan a todo el sistema sancionatorio penal. A tal fin, pues, parece conveniente partir de un encuadramiento de la regla 2.^a del art. 70 CP, la función que se le ha venido atribuyendo y los problemas específicos que está llamada a resolver, como previo punto de referencia.

III. LA REGLA 2.^a DEL ARTICULO 70 CP Y LA «CONEXIDAD» DE LOS DELITOS

Ello es así porque no es la primera vez que la interpretación sobre el alcance de dicha regla suscita discusiones, desde su introducción por el Código de 1870 y sobre todo a raíz de la reforma de 8 abril 1967 que, al añadir el último párrafo del art. 70, introdujo el criterio procesal de la «conexidad». De este modo, los condicionamientos procesales han llegado a afectar a la propia naturaleza del llamado «concurso real de delitos» (2), o al menos a su tratamiento legal (3), y más en concreto al alcance de la regla 2.^a Ya antes de la reforma de 1967, surgieron dudas sobre si, para aplicar la limitación a la «acumulación material» contenida en dicha regla, era preciso que los delitos se enjuiciaran en un mismo proceso o, por el contrario, cabía la posibilidad de hacerla valer aunque los hechos hubieren sido objeto

(1) *El País* —ed. Barcelona—, de 23 de febrero de 1994.

(2) *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S.: *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981.

(3) MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, 3.^a ed., 1990, p. 736.

de procesos diferentes. Aunque no sin vacilaciones, se consolidó una interpretación jurisprudencial restrictiva orientada a la primera de las posiciones. Su fundamento se hallaba tanto en consideraciones de índole procesal, la carencia de procedimiento idóneo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aplicar la disposición de derecho sustantivo, como sobre todo de orden material. En este sentido, se alegaba que el recurso generalizado a la «acumulación jurídica» vendría a suponer una especie de «patente de corso» para garantizar la impunidad de los delitos realizados a partir de la superación del límite legal. Además, se introduciría una injustificada discriminación respecto al reincidente, por el dato aleatorio de que la pluralidad de delitos se descubriera en un momento u otro. Contra tal argumentación se alegaba (4) que, sin necesidad de exigir la unidad del proceso, era evidente que la regla 2.^a del art. 70 en ningún caso sería aplicable a un sujeto que tras haber sido condenado, y hubiera cumplido parcial o totalmente la pena, volviera a delinquir, pues aquí no habría forma de apreciar la unidad punitiva que sirva de base al límite legal.

La reforma de 8 abril 1967, curiosamente —por las analogías que con la polémica presente puede ofrecer—, trata de rectificar y «mejorar» una consecuencia que no derivaba del tenor literal de la ley sino de una determinada interpretación que, pese a no serlo necesariamente, se estimaba como la única posible (5). Efectivamente, se inserta el último párrafo del art. 70 («La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieren haberse enjuiciado en uno solo»), que aporta el requisito procesal de la «conexidad», de manera que, pese a no haber unidad de proceso, exista la posibilidad procesal del enjuiciamiento conjunto. Correlativamente se añade al art. 988 LE-Crim. una regulación del procedimiento a seguir en tal supuesto. Pero, si la ley no discriminaba entre hechos punibles conexos e in-conexos, más que ampliar el beneficio de la regla interpretativa, se restringe por una contingencia procedimental de dudosa fundamentación material. Como señala Córdoba (6): «No se comprende, en efecto, la razón de que, por motivos de política criminal, la aplicación de dicha regla a los hechos punibles inconexos, pueda estar desaconsejada, y en cambio para las infracciones conexas esté indicada.»

Pero, además, ni siquiera es fácil hallar argumentos que expliquen satisfactoriamente un tratamiento tan diferenciado con respecto a la figura de la «reincidencia», es decir, que las reglas agravatorias de ésta y las limitadoras de la reacción penal en las hipótesis del concurso se encuentren, más que en un fundamento material, en una

(4) CORDOBA RODA, J., en CORDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, II, 1972, pp. 342 y ss.

(5) Cfr. CORDOBA RODA, loc. cit.

(6) Cit. 347.

característica procesal (y además, fortuita) (7). Así pues, resulta: la pluralidad de delitos mediando condena entre ellos, permite ir apreciando la agravación por reincidencia (si se dan los requisitos del núm. 5.º del art. 10) a partir del segundo de ellos; la concurrencia de delitos inconexos, necesariamente enjuiciables por separado (art. 300 LECrim), da lugar a la acumulación material de penas sin ningún tipo de limitación en su cumplimiento (arts. 69 y 70.1.ª); varios delitos con conexidad procesal, con el consiguiente enjuiciamiento unitario efectivo o la posibilidad abstracta de ello, dan lugar, como único supuesto, a las limitaciones en el cumplimiento de las penas correspondientes a cada uno de ellos (pues en todo caso hay una determinación de la pena concreta respectiva), dejando extinguirse las que sobrepasen el máximo legal, con independencia del número de delitos y el montante de las penas que quedan sin cobertura punitiva (art. 70.2.ª).

IV. VALOR MATERIAL DE LOS CRITERIOS PROCESALES DE «CONEXIDAD»

Para seguir el hilo de las sutiles distinciones a las que aboca la regulación legal examinada, conviene ahora —sin desbordar los márgenes propuestos en este trabajo— analizar los criterios de «conexidad» que adopta la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 17, ya que a ello obliga la delimitación procesal que incorporan las reglas concursales sustantivas.

La norma general ya mencionada de que cada hecho delictivo requiere la apertura de un procedimiento independiente, cuenta con la excepción de los delitos conexos, que se comprenderán en un solo proceso (art. 300.2 LECrim). La consideración de delitos conexos la otorga el referido art. 17 en base a criterios, subjetivos y objetivos, que se justifican más por conveniencias de naturaleza estrictamente procesal, como las de economía, evitación de sentencias contradictorias, etc., que por exigencias del derecho sustantivo (aunque a este artículo también le alcanzó la reforma de 1967) (8). De entre ellos, los que tienen un carácter subjetivo (1.º: los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, y 2.º: cometidos por dos o más personas en distintos lugares y tiempos si hubiera precedido concierto para ello) apenas tienen relevancia a los efectos que interesan ahora.

Por lo que se refiere a los criterios de conexidad objetiva, el del núm. 3.º (cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su

(7) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., 1990, pp. 592 y s.

(8) *Vid.* MORENO CATENA, V., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal, Proceso Penal*, 1993, pp. 135 y ss.

ejecución) puede reconducirse en términos generales a la problemática del concurso «medial» y a su tratamiento privilegiado del art. 71 CP (9), aunque no necesariamente todos los casos en que fuera de apreciar esta especie de «conexidad» procesal se han de acoger a dicho tratamiento, porque puede que no se den los requisitos más estrictos de la norma penal. Con lo cual también podría encuadrarse en los supuestos regulables mediante los arts. 69 y 70 CP.

El núm. 4.º (cometidos para procurar la impunidad de otros delitos), si bien técnicamente explica, por razones estrictamente procesales y prácticas, el atributo de «conexidad», desde el punto de vista material puede servir como caso límite de justificación de un beneficio en la penalidad más allá de las conveniencias procedimentales. Piénsese en el asesinato de un testigo molesto de un anterior robo con homicidio. ¿El que coyunturalmente se encuadren en el mismo proceso justifica el beneficio de la mera «acumulación jurídica» en contraposición con la «acumulación material» que no podría eludirse si se tratara de delitos que, por no presentarse en «conexidad procesal», serían enjuiciados por separado?

Ya el 5.º y último supuesto del art. 17 LECrim, de conexidad mixta (los diversos delitos que se imputan a una persona al incoarse causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados) (10), es el que más se aproxima a una idea de conexión material, al integrarse, de una parte, por la identidad del inculpado y, por otra, según el entendimiento de la «analogía o relación entre sí» de los delitos, de una semejanza entre ellos, en cuanto a bien jurídico violado y homogeneidad en el modo de actuar (11). Al confiarse la apreciación de la «conexidad», en el caso concreto, a la apreciación del Tribunal, con una orientación de acumulación «in bonam partem» (12), se introduce un criterio extraprocesal, en la medida en que ello determina la aplicación consecuente del beneficio limitador de la regla 2.ª del art. 70 CP. Pero, por otra parte, esta compleja modalidad conexiva, venía a constituir en cierta medida un delito continuado «avant la lettre». Con ello, tras la regulación de esta última figura en el art. 69 bis CP a partir de la LO 3/1989, que establece el sistema de la pena única, se plantea el problema de delimitar los supuestos en que se diera esta conexidad material de aquellos otros

(9) *Vid.*, además de las obras de CÓRDOBA RODA y VIVES ANTÓN cit., GUINARTE CABADA, G., «El concurso "medial" de delitos», en *Estudios penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, XIII, 1990, pp. 155 y ss.

(10) La mencionada reforma de 8 abril 1967 también cambió este último requisito por el anterior, más estricto, de que «no hubiesen sido hasta entonces objeto de procedimiento».

(11) *Vid.* CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales y procesales del delito continuado*, 1990, p. 179.

(12) *Vid.* MORENO CATENA, cit.

en que sólo se aprecie, o pudiera apreciarse, la mera conexidad procesal del art. 17 LECrim —y más en concreto la figura mixta del núm. 5.º—, acogida al sistema de la «acumulación jurídica» de la regla 2.ª del art. 70 CP. Hay que recordar, por lo demás, también en este caso específico, que, salvando el «tempus» procesal de su apreciación, criterios semejantes se utilizan para fundamentar materialmente la circunstancia agravante de «reincidencia».

Como conclusión de este apartado, y teniendo en cuenta que el presupuesto para la aplicación de la «acumulación jurídica», con la consiguiente limitación en el cumplimiento de las penas, de la regla 2.ª del art. 70 CP, es la declaración de una «conexidad» procesal entre las infracciones, este criterio no constituye un fundamento suficientemente sólido para determinar dicha limitación, por la diversidad y heterogeneidad de los supuestos que abarca, y en comparación con todas aquellas otras situaciones que se sustraen al beneficio limitador —o incluso pueden experimentar una agravación de la pena en base a criterios bastante similares.

V. BASES PARA UN TRATAMIENTO LEGAL DE LOS LÍMITES AL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS

Las consideraciones hasta ahora expuestas abundan, pues, en la falta de consistencia del tratamiento penal diferenciado que contiene la regla 2.ª del art. 70 CP. Ello, sin embargo, no supone necesariamente una negativa al establecimiento por la ley de un límite razonable al cumplimiento real de las penas impuestas (13). Pero, en este caso, debe tratarse, en primer lugar, de una decisión político-criminal autónoma y no subordinada a aleatorios criterios procesales que, en tanto tales, cumplen una mera función instrumental. En segundo lugar, la ubicación adecuada para plasmar legalmente dicha decisión no sería en el ámbito —por lo demás técnicamente discutible— de las reglas concursales, sino como un principio general de la ejecución penal, que imponga un límite temporal a la posible acumulación de las penas.

A partir de esta idea, se hace posible desarrollar las dos cuestiones principales que se derivarían de la afirmación de dicho principio. La primera afectaría a la procedencia de introducir excepciones a dicho principio general, que es precisamente lo que ocurre en el sistema vigente (y reproducido en el Proyecto de 1992), al acotar la regla de la «acumulación jurídica» por el requisito de la «conexidad» procesal y excluir, consiguientemente, las infracciones «inconexas», por más que sus respectivos enjuiciamientos se produzcan con una proximidad temporal que acarree la «acumulación material» de las penas a cumplir. La segunda, a su vez, se desglosaría, por una parte, en de-

(13) De gran interés para una visión global de los problemas concursales, CUERDA RIEZU, A.: *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992.

terminar el alcance de los efectos de la limitación, por lo que se refiere al cómputo del tiempo necesario para alcanzar la libertad condicional y a los abonos de pena imputables al disfrute de otros beneficios penitenciarios —lo que incide directamente sobre el tema base de este trabajo—. Por otra parte, precisar si la postura que se adopte al respecto puede matizarse con la introducción de criterios discriminatorios apriorísticamente determinados.

En cuanto a la primera cuestión, resulta difícil hallar una justificación al mantenimiento de la diversificación en el tratamiento legal del concurso real de delitos, basando la aplicación de la «acumulación material», o bien la de la «acumulación jurídica», exclusivamente en las reglas procesales de la «conexidad». Este sistema conlleva unas diferencias en el cumplimiento de las penas que no se sustenta en argumentos fácticos, sino meramente adjetivos. Es cierto que podría alegarse que no es lo mismo haber de hacer una valoración conjunta, a efectos de determinar una unidad punitiva, de infracciones enjuiciadas en distintos procesos que cuando existe una acumulación procesal. Pero esta dificultad no desaparece, y pese a ello se aplica el trato diferenciado, en la previsión del último párrafo del art. 70 CP, donde resulta suficiente que concurren los presupuestos procesales de la «conexidad», aunque de hecho hayan tenido lugar enjuiciamientos separados. En consecuencia, debería operar un límite temporal general al cumplimiento real de penas acumulables, lo que supondría que el sistema de «acumulación jurídica» dejara de figurar como excepción fundada de criterios no sustantivos.

En segundo lugar, la decisión político-criminal acerca del alcance de tal limitación, en lo que respecta a los eventuales acortamientos de las penas impuestas, derivados de las incidencias del tratamiento penitenciario, ha de partir de la reflexión acerca de si al cumplimiento acumulado de varias penas le deben afectar las mismas posibilidades de reducción que al cumplimiento de una única pena. En este terreno se ha situado precisamente el frente de la polémica acerca de la aplicación de la normativa vigente, desarrollada en unos términos de cierta ambigüedad y, consiguientemente, de inseguridad jurídica. Y ello quizá no tanto por la literalidad de los preceptos cuanto por la carencia de una fundamentación expresa.

La postura adoptada por el Proyecto de 1992 de superar dicha ambigüedad por la vía de excepciones que, aunque fuera tácitamente, corroborarían una regla general de tratamiento unitario para el cumplimiento tanto de la pena única como de las acumuladas, tal vez plantea más problemas de los que pretende resolver.

En efecto, entre las críticas que se han venido haciendo a las propuestas —que finalmente hizo suyas el Proyecto— de mayor rigor específico en el cumplimiento de las penas impuestas a determinadas categorías delictivas, precisamente terroristas y narcotraficantes, están, por una parte, la de la posible vulneración del principio de igual-

dad, como derecho fundamental consagrado por el art. 14 CE. Por otra, que ese tratamiento desigual sería además incompatible con la orientación resocializadora de las penas, también constitucionalmente reclamada, al imposibilitar en la práctica que los posibles beneficios penitenciarios, en cuanto medios para consolidar aquélla, tengan incidencia real, al margen del comportamiento penitenciario individual del condenado. Se trasluce en todo ello una agudización del conflicto entre prevención general y prevención especial, que adquiere aún mayor amplitud si se consideran ciertas demandas sociales de extensión de ese rigor a otros fenómenos delictivos con considerables efectos de rechazo colectivo.

El dilema entre tan diversos planteamientos parecería irresoluble, a no ser que se opte por orientarlo, no en el sentido de mantener los presupuestos básicos tradicionales e incorporar excepciones al socaire de las coyunturas político-criminales del momento. Más bien habría que revisar esos mismos presupuestos y, a partir de ello, buscar nuevas soluciones coherentes tanto a las cuestiones generales como a las particulares, en las que tenga cabida la observancia de todas las exigencias de un Derecho Penal concebido con parámetros constitucionales (y qué mejor ocasión que la de un nuevo Código Penal).

A tales efectos, habría que partir de una reflexión en profundidad acerca de la función del principio de «acumulación» como base de la solución legal del concurso de delitos y las posibles alternativas al mismo (14), y de la necesidad, en todo caso, de que las limitaciones al cumplimiento de penas se basen en criterios lógicos que permitan un tratamiento igual de las situaciones iguales y desigual para las desiguales. Porque ni la acumulación puede dar lugar a una reconversión de varias penas temporales en una condena a perpetuidad —ni siquiera que la suma de penas por pequeñas infracciones se equipare a la de un delito grave—, ni los límites de aquélla deben premiar la delincuencia «al por mayor» (15). Desde esta perspectiva, no parece adecuada la combinación de reglas que acogen los arts. 69 y 70 CP, y quizás menos aún que el Proyecto 1992 pretendiera el mantenimiento de sus líneas básicas. Ya que, a las objeciones de una «acumulación jurídica» estructurada en base a criterios de exclusiva índole procesal y, por consiguiente, con exclusiones sin mayor fundamento lógico, se agrega la dudosa ortodoxia constitucional en la matización del alcance de los efectos limitadores.

(14) Cfr. CUERDA RIEZU, op. cit., pp. 36 y ss., 56 y ss. Asimismo, MIR PUIG, S., «Adiciones de Derecho español» a JESCHECK, II.-H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1981, t. 2, pp. 1032 y ss.

(15) CUERDA RIEZU, cit., pp. 40 y ss.

VI. CONSIDERACIONES «DE LEGE DATA» EN TORNO A LAS CONTRAPUESTAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En este orden de cosas, de nuevo desde la perspectiva del Código vigente y al hilo de la disparidad en los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva y de la del Tribunal Supremo, cabe hacer varias consideraciones, tanto en cuanto a la forma como sobre el fondo de las resoluciones.

En el primer sentido, conviene traer a colación las posiciones doctrinales acerca de hasta dónde debe llegar la sentencia condenatoria que aplica la regla 2.^a del art. 70 CP. Frente a las más extendidas, que consideran que el Tribunal debe limitarse a imponer todas las penas que corresponden por acumulación, de manera que, por afectar la aplicación de los límites exclusivamente al ámbito del cumplimiento, es en la «liquidación de condena» —en cuanto documento ajeno a la sentencia— donde han de reflejarse aquéllos (y, en su caso, en el «expediente de refundición de condenas»), es de destacar una de las críticas de Cuerda Riezu, al estimar que, de esa forma, en definitiva y con merma de la garantía ejecutiva y de la seguridad jurídica, se priva al condenado de conocer, por el texto de la sentencia, el tiempo exacto de la condena (16). Desde esta perspectiva, pues, el que en una Sentencia se explicita la aplicabilidad de uno de los límites (en este caso el de los treinta años), no puede objetarse con criterios formalistas, al quedar de este modo mejor salvaguardados los principios anteriormente mencionados.

El fondo de la cuestión es, sin embargo, mucho más arduo de solventar. Para ello será necesario, en primer lugar y previamente, reexaminar los fundamentos de la doble limitación y si ésta puede cobrar sentido más como fórmula general para todos los supuestos de acumulación que recluida en los márgenes actuales de la «conexidad» procesal.

Empezando por lo último —y puesto que se trata de consideraciones «de lege data»—, pese a la falta de motivos sólidos para constreñir la regla de la «acumulación jurídica», tal como anteriormente se puso de relieve, no parece viable prescindir de la exigencia legal de la «conexidad», por amplio que sea el criterio de apreciación de la misma por los Tribunales (17), aunque siga resultando en sí mismo perturbador a los efectos de una mayor racionalidad del sistema.

(16) CUERDA RIEZU, cit., pp. 73 y ss. y, en particular, p. 84. Más problemática resulta, en cambio, la interpretación que hace este autor de que las penas individuales que superan los límites de la regla 2.^a del art. 70 quedan extinguidas y, por ello, no deberían tampoco imponerse en la sentencia. *Vid.* asimismo, RUIZ VADILLO, E.: «Problemas derivados de la aplicación de la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal», *Poder Judicial*, III, 1986, pp. 51 y ss.

(17) Ni siquiera teniendo en cuenta que la finalidad del legislador de 1967 fuera la de ampliar un beneficio, que había quedado limitado no por la propia ley sino por

En cuanto al límite general de los treinta años, evidentemente pensado para la acumulación de delitos graves, no cabe duda de que se basa en el lógico criterio, en los casos extremos, de no dejar al azar de la duración de una vida la posibilidad mayor o menor de cumplimiento íntegro de las penas impuestas, impidiendo por lo demás una condena perpetua «*praeter legem*».

El otro límite del triplo de la pena más grave de las impuestas se enfoca, por el contrario, hacia delitos de menor entidad. Aparte de salvar una de las objeciones tradicionales a la acumulación pura, la de que podrían llegar a castigarse más varios delitos de pequeña gravedad que otro mucho más grave, al incorporar una regla próxima a la «*exasperación*», de hecho conduce a la construcción de una nueva pena (si bien destinada a mensurar el «*cumplimiento*», ya que previamente todas han quedado individualizadas e «*impuestas*»).

Teniendo en cuenta que la Sentencia de la Audiencia de Huelva se circunscribe a la aplicación del límite general, procede dar un paso más en la apreciación de la dinámica lógica del beneficio. Ante la aparente ambigüedad de la ley, es cuestión ya de introducir comparaciones entre los diversos puntos de partida. La aplicabilidad del límite de los treinta años se proyecta, bien a partir de una primera infracción que, por sí sola, agote prácticamente el límite (grado máximo de la reclusión mayor), por lo que los restantes delitos vendrían a quedar absorbidos por aquélla; bien sobre la base de una combinación de delitos, en la que todos o algunos de ellos al menos habrán de estar castigados con penas de especial gravedad (de lo contrario habría de entrar en juego el otro límite). La racionalidad —ya señalada— de la existencia de un límite general al cumplimiento acumulativo de penas —que por lo demás aparece injustificadamente tan sólo como excepción a la regla de acumulación pura—, trató de ser complementada con las derivaciones que la Sentencia en primera instancia explicita. Esta toma de postura, precisamente, al no corresponderse con lo aplicado por la práctica dominante, se hace objeto de contraargumentación por parte del Tribunal Supremo.

Si se parte de la base de que el Tribunal haya de determinar todas y cada una de las penas correspondientes a cada infracción, ello conduce a una sentencia compleja que «*condena*» a todas ellas, aunque, en el caso de que requieran un «*cumplimiento*» sucesivo, éste resulta limitado a un máximo de treinta años. Es la existencia de este límite legal la que, por una parte, diferencia este supuesto —y no por criterios materiales, sino por el meramente procesal de la «*conexidad*»— de los que han de resolverse por la acumulación pura. Por otra, se plantea la distinción respecto al delito único castigado con reclusión mayor en grado máximo. ¿Debe llegarse a una

una interpretación restrictiva carente de base, con lo que se llegó a producir el efecto contrario (CÓRDOBA RODA, cit., p. 348).

equiparación práctica en todos los efectos, mediante la estimación de que en ambos casos se trata de una «única condena»? Como se ha visto, la respuesta del Tribunal Supremo es rotundamente afirmativa («pena nueva, resultante y autónoma»).

Pero frente a ello resurge la objeción clásica a la limitación jurídica de la acumulación, en el sentido de que el delito o delitos cuya pena se dé por extinguida a efectos del cumplimiento quedarían en una práctica impunidad. Ello no sólo distorsiona el «principio de la culpabilidad por el hecho» que, si bien obliga a que la acumulación constituya el límite máximo de las consecuencias jurídicas concursales (18), queda desbordada por tal «indiferencia jurídica». También resultaría cuestionable desde la perspectiva preventiva, tanto general como especial. Entonces, puesto que no se trata de propugnar un retorno a la pura y simple «acumulación material» —antes bien ésta debe sustituirse en todo caso por la limitadora «acumulación jurídica»—, habrá que examinar la coherencia de interpretaciones tan divergentes, no sólo en la lógica interna de la ley, sino sobre todo con una perspectiva constitucional.

Desde el primer punto de vista, la lectura que efectúa la Audiencia de Huelva de las normas referidas a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios, en el sentido de que los términos de «condena» y de «total de la pena impuesta» se extienden, en su caso, a la suma de penas «impuestas» en la sentencia (19), evidentemente permitiría evitar la eventual equiparación entre una condena derivada del enjuiciamiento de un solo delito y una condena a varias penas que han de acumularse para su cumplimiento, aunque afectado éste por el límite de los treinta años. Pero se trata, asimismo, de una interpretación contrapuesta a la avalada por la práctica más común. Y es esta última la que mantiene el Tribunal Supremo, negando fundamento a la «innovación». Ahora bien, sobre este punto concreto —que al fin y al cabo se centra «prima facie» en una discrepancia hermenéutica— no puede menos que resaltarse la carencia de orientaciones doctrinales que vayan más allá de una tácita conformidad con la práctica. Precisamente el interés añadido de esta confrontación entre Tribunales es el de arrastrar consigo la necesidad de una reflexión más en profundidad.

Porque, ante todo, la cuestión fundamental a dilucidar es la de si la nueva posición, ensayada por la Audiencia de Huelva, podría valorarse como regresiva desde un punto de vista teleológico-constitucional. A este respecto resulta útil volver a considerar las críticas surgidas frente al designio del Proyecto de 1992 para el tratamiento específico de terroristas y narcotraficantes, ya aludidas

(18) *Vid.* al respecto CUERDA RIEZU, cit., pp. 43 y ss. Lo cual, a su vez, lleva a cuestionar los efectos de la reincidencia.

(19) *Vid.* supra, epígrafe 1.

anteriormente. Por lo que se refiere a la posible vulneración del principio de igualdad, parecería claro que, en la forma ahora expresada, no se plantea una excepción acotada para singulares categorías de delincuentes, sino más bien una interpretación que determina un sistema de alcance general. No obstante, el aspecto más crítico de la decisión podría verse precisamente en el hecho de que la modificación interpretativa se haya proyectado a partir de unos hechos de especial impacto social. Y ello ha permitido avalar la duda acerca de si, más que una profundización en la lógica de la ley, se ha tratado de adecuar una respuesta al «caso» concreto. Pues una cosa es la obviedad de que todo cambio interpretativo judicial parte de su mejor adecuación para afrontar unos hechos determinados, y otra muy distinta que las consecuencias de aquél se limitaran selectivamente. En este sentido, quizás hubiera sido conveniente una fundamentación más explícita en la sentencia, dejando claro que una interpretación vendría a sustituir, con carácter general, a la anterior y, de este modo, eludir la atribución de reacción «punitiva y reivindicativa». En cualquier caso, lo que sería más discutible es que se abriera un frente al arbitrio judicial para restringir los efectos de la limitación de la regla 2.^a del art. 70 CP según los supuestos.

Aún con mayor agudeza reaparece, por lo demás, el tema concerniente al obstáculo que tales soluciones determinan para la constitucional orientación resocializadora de las penas, en la medida en que bloquearían la incidencia real de los medios previstos precisamente para posibilitar aquélla. Ésta es la argumentación que toma fundamentalmente como base el Tribunal Supremo para desestimar la interpretación legal «contra reo». Sin embargo, este punto requeriría una reflexión que vaya más allá de una invocación a la «resocialización», que frecuentemente se produce en términos cuasi rituales, bien sea para situarla a un nivel de «desideratum» difícilmente alcanzable, bien para ilustrar todas las salsas de los problemas penales más complejos y diversos. Porque la coherencia con dicha finalidad no debe plantearse en relación con un aspecto concreto del sistema de penas, sino con éste en su conjunto —como después habrá ocasión de analizar—. Y, mientras se parta de él, habrá que ver los términos en que la respuesta a problemas puntuales permiten afirmar tal coherencia. El supuesto de acumulación de penas por delitos graves es ciertamente uno de los que operan como caso límite para su inserción en los esquemas resocializadores de la pena. Si la conveniente limitación al máximo de cumplimiento de varias penas graves conduce a su equiparación al marco penal alcanzable por la comisión de un solo delito, ir más allá en esa equiparación a efectos de ofrecer idénticos márgenes a la orientación resocializadora, puede llevar a bloquear otros fines no menos importantes de la pena y que en absoluto han de ser considerados incompatibles con dicha orienta-

ción (20). Así, las necesidades de prevención general —no hay que olvidar que ya mensuradas por el máximo de cumplimiento— resultan difíciles de cohonestar con la falta de consecuencias jurídicas reales frente a la multiplicidad de infracciones. Esto mismo, incluso, puede ser distorsionador de la propia prevención especial, pues, por una parte, quien ha cometido ya una infracción determinante de la pena máxima no percibe mayores efectos a la incorporación de nuevos delitos (a quien, por ejemplo, haya cometido ya un asesinato, ¿qué le va en complementarlo con otros delitos, hasta de similar gravedad, que incluso pueden facilitar su pretensión de impunidad?). Por otra, la prevención especial, como su propio nombre indica, ha de desplegar una función individualizada, sobre todo a partir de la imposición y ejecución de las sanciones, pero queda desvirtuada en cuanto oferta apriorística y en rígida generalización (21). Lo que realmente pone en cuestión la idea resocializadora hay que buscarlo ante todo no ya tan sólo en las deficiencias del mismo sistema penitenciario —con el incumplimiento de sus principios teóricos—, sino también en su proyección sobre la pequeña y media delincuencia. Es principalmente respecto a ésta que han de cuidarse y potenciarse los recursos resocializadores, mediante una reconsideración de la gravedad de las penas, en especie y duración, así como evitar en lo posible la privación de libertad. Nada más lejos, por supuesto, del ánimo que guía estas reflexiones que propugnar una actitud de retribucionismo duro y vindicativo frente a la delincuencia grave. Más bien se trata de no empezar la casa por el tejado y dar lugar incluso a agravios comparativos. Para paliar los efectos exarcerbados que se atribuyen a una acumulación de penas que no se limite hasta casi prescindir de la base fáctica que la haya determinado, es más razonable cuestionar antes la adecuación de cada pena a las infracciones concretas.

El conocimiento y constancia de la totalidad de las penas a que un sujeto se ha hecho acreedor debe ser punto de referencia necesario y útil para la concreción de la ejecución penal, sin que ésta tenga por ello que dejar de lado cualquier oferta «resocializadora». Para ello ha de contarse con mecanismos y recursos auténticamente individualizados que, en su caso, podrían llegar a beneficios penitenciarios extraordinarios y medidas de gracia.

(20) Cfr. al respecto CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución española de 1978», *Papers. Revista de Sociologia*, núm. 13, *Sociedad y delito*, Universitat Autònoma de Barcelona, 1980, pp. 129 y ss.; BOIX REIG, J.: «Significación jurídico-penal del artículo 25.2.º de la Constitución (La reeducación y la reinserción social del condenado)», *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 107 y ss.

(21) Por la configuración con estas características de la «redención de penas por el trabajo» se plantea su eliminación del sistema penal, al devaluarse su aptitud preventiva.

Aunque exterior al marco de referencia de este trabajo, conviene también valorar brevemente, en base a los planteamientos anteriores, el límite específico del triplo de la pena más grave, aunque la problemática del mismo parte ya de las notorias desigualdades a que da lugar su aplicación (22). Baste —para los efectos que aquí interesan— comparar dos supuestos: para el condenado por tres delitos para los que se determinan respectivamente las penas concretas de tres, dos y un años de prisión menor, no operaría ningún límite a la acumulación, y las reducciones además tomarán con referencia el total de seis años; mientras el condenado por veinte delitos conexos a un año cada uno sólo habrá de cumplir tres. Si además este límite tiene efectos también para el cómputo de las reducciones de pena, la irracionalidad interpretativa no podría quedar más patente.

Como conclusión de este apartado, podría decirse que los esfuerzos por hallar la coherencia lógica de un sistema penal dado tropiezan con graves obstáculos a medida que se van detectando las consecuencias de pretender limitar las rigideces del mismo, no cuestionando sus bases a la luz de las actuales corrientes político-criminales, sino sobreponiéndole valoraciones «pietistas», pretendidamente paliativas, que, sin embargo, se desarrollan realmente en términos arbitrarios.

VII. CONSIDERACIONES «DE LEGE FERENDA»: ¿SOLUCIONES EN EL PROYECTO DE 1992?

Ante la perspectiva de un nuevo Código penal, resulta evidente que una de sus tareas fundamentales es no sólo la de revisar el sistema sancionador en su conjunto a la luz de las más recientes y consolidadas corrientes político-criminales, sino también medir con particular cuidado todas y cada una de las soluciones que se adopten para resolver de forma racional los problemas específicos del funcionamiento de dicho sistema.

Sin entrar ahora a analizar si la renovación global a este respecto es todo lo profunda que fuera menester, sí que cabría cuestionar el continuismo esencial que se observa en la regulación concreta del concurso de delitos en el Proyecto de 1992. Pues en esta materia se reproducen básicamente, por una parte, las rigideces inherentes al principio de la acumulación y, por otra, unas limitaciones no resueltas con la necesaria coherencia. Bien es cierto que hay que contar con un punto de partida algo diferente, ya que se produce una rebaja generalizada en la duración de las penas —aunque habría que reflexionar acerca de si el paso dado es suficientemente decidido y pro-

(22) Sobre este punto, *vid.* MIR PUIG, «Adiciones...», cit., p. 1032. Asimismo, CUERDA RIEZU, cit., pp. 91 y ss.

porcionado— y se marca la tendencia a aproximar su cumplimiento real al tiempo fijado en la sentencia condenatoria (como muestra la supresión de la redención de penas por el trabajo). Ahora bien, ello no es suficiente para que se eludan buena parte de los inconvenientes y desajustes de las reglas del concurso, que regularmente ha venido poniendo de relieve la doctrina (23).

En particular, por lo que se refiere a los límites del principio de acumulación regulados en el art. 77 del Proyecto de 1992, en primer lugar, se mantiene inalterado el específico del «triple de tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas». Con lo cual no se plantea solucionar, sino que se perpetúan, las desigualdades —rayanas con la injusticia material— a que conduce su aplicación (24).

En segundo lugar, las modificaciones que afectan al límite general, por una parte, se adaptan a la rebaja del máximo de la pena de prisión a los veinte años. Por otra, incorporan unas excepciones que permiten llegar hasta los veinticinco y treinta años respectivamente. La primera («cuando el sujeto hubiere sido condenado por dos o más delitos a los que la Ley señala pena de prisión de hasta veinte años») está encaminada principalmente a evitar que los ulteriores delitos queden pura y simplemente absorbidos a partir de un primero que ya agote o se aproxime al límite genérico. La segunda («cuando el sujeto hubiere sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos estuviera castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años») —teniendo en cuenta que en delitos específicos se puede llegar a imponer una prisión hasta veinticinco o treinta años— supone básicamente una necesaria rectificación a los anteriores límites (de no hacerse, se daría lugar al absurdo de que el autor que habiendo cometido un delito de esa gravedad se beneficiara con el límite de veinte —o incluso veinticinco años—, en cuanto añadiera cualquier otra infracción). Se plantea, pues, un sistema de acumulación «jurídica» más matizado y complejo, que si bien da una respuesta mejor desarrollada técnicamente a la operatividad del límite genérico, no se refleja en cambio por lo que respecta al límite específico.

También resulta carente de fundamento la persistencia en exigir la «conexidad» procesal (párrafo 2), sin hacerse cargo de la incongruencia de seguir considerando la acumulación «jurídica» como meramente subsidiaria frente a la subsistente acumulación «material». En este sentido, tiene lugar una regresión respecto a la Propuesta de 1983, cuyo art. 71 unificaba el tratamiento del concurso real en base exclusivamente a la acumulación «jurídica», al hacer aplicables las limitaciones al cumplimiento de las diversas penas «al responsable de varias infracciones, impuestas en la misma o distintas sentencias»,

(23) *Vid.* por todos las obras cit. de CUERDA RIEZU, RUIZ VADILLO y MIR PUIG.
(24) *Cfr.* MIR PUIG, «Adiciones...» cit., pp.1032 y s.

con la única salvedad de «las penas impuestas en sentencias ya ejecutorias al tiempo de cometer las nuevas infracciones». Así pues, con el mantenimiento de una posible e íntegra acumulación «material», que puede plantearse ante supuestos no muy diferentes desde el punto de vista sustancial de aquellos amparados por los límites de cumplimiento, en absoluto quedan desterradas eventuales condenas a perpetuidad.

Por último, resurge el tema de la discriminación en los criterios para el cómputo de las penas a efectos de acceso a la libertad condicional y las rebajas por beneficios penitenciarios. Las excepciones al régimen común de los arts. 94 y 364 —como ya se indicó— se plantean, no tanto en base a la gravedad de los delitos concretos, sino exclusivamente por la categoría de la actividad delictiva («delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas» y cualquier clase de delitos relacionados con las drogas). Las reflexiones que esta opción político-criminal sugiere son de diversa índole: Desde un punto de vista técnico, el tratamiento especial aparece superpuesto a los correctivos generales que han quedado incorporados a la acumulación «jurídica». Si ya en éstos se toma en consideración precisamente la particular gravedad de los delitos concurrentes, se desdibuja el fundamento de la diferenciación. Además, ésta ya ni siquiera se determina a partir de una especial gravedad de las infracciones, sino exclusivamente por la naturaleza de las mismas. Piénsese, por ejemplo, que, tal y como se expresan los preceptos aludidos, pueden resultar afectados todos los límites de la acumulación, incluso si ha de entrar en juego el límite específico, aunque éste vaya referido a delitos de menor entidad. Por todo ello, la valoración que ha de hacerse va más allá del ámbito técnico-jurídico y tiene que situarse en la perspectiva política. En efecto, no se siguen tanto criterios de nocividad social —pues éstos no confluyen en menor medida respecto a otras manifestaciones de delincuencia extraordinariamente violenta—, como de afectación a intereses estatales, simbolizados en el binomio «terrorismo-narcotráfico». Por eso, por delante de la gravedad objetiva se sitúa la connotación de la delincuencia. ¿Sólo ante estas consideraciones se despejan las barreras de la tan invocada «resocialización»?

Frente a tales discriminaciones que cabría tildar de «oportunistas», se pueden esbozar algunas consideraciones para un tratamiento más armónico de los problemas generales derivados del concurso real de delitos. En el entendimiento previo de que dichos problemas adquirirían unas más justas dimensiones si el recurso a la acumulación llegara a ser excepcional, porque un sistema sancionatorio más equilibrado y diversificado permitiera ampliar los supuestos de cumplimiento simultáneo. En esta línea, se debe reflexionar asimismo acerca de si la rebaja general en la duración máxima, en particular, de la pena de prisión queda suficientemente actualizada, teniendo en

cuenta el valor constitucional de la libertad personal. Porque además se constatan exacerbaciones que, aunque excepcionales, vuelven a los niveles del Código vigente.

En todo caso, no resulta necesario mantener la doble vía de acumulación «material» y «jurídica», siendo la segunda la aplicable en la generalidad de los supuestos. Porque el límite máximo al cumplimiento real de las penas que la misma conlleva no debe seguir quedando condicionado por el poco sólido requisito de la «conexidad» procesal. Asimismo, un sistema de variaciones en el «maximum» de dicho límite —que en el Proyecto de 1992 se incorpora—, por una parte, permite valorar mejor la gravedad de las infracciones acumuladas. Pero, por otra, hace innecesario determinar distintos efectos, en lo que respecta a eventuales acortamientos de la condena, por categorías de delincuentes. Para mayor claridad —evitando con ello coyunturales divergencias interpretativas— tales efectos, siempre con un carácter general, habrían de quedar expresamente determinados por la ley.

En el ámbito específico de la ejecución penal, que tome como punto de partida la condena simple o compleja fijada en la sentencia, nada impediría que se previeran fórmulas individualizadas de concreta orientación resocializadora. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que la desaparición de una institución como la redención de penas por el trabajo —con su simplismo aritmético y escasamente individualizador—, comporta ya la tendencia a una mayor aproximación entre condena y cumplimiento real. Pero ello no impide la actuación de otros beneficios penitenciarios (25) e, incluso, la flexibilización del régimen de la libertad condicional. Esto último podría darse suprimiendo o matizando el requisito temporal, como por lo demás ha ocurrido con el sistema de progresión de grados, en el cual aquélla se integra.

Es, pues, en el marco de la ejecución donde mejores oportunidades se han de dar para que se cumpla la orientación resocializadora predicada por la Constitución, siempre y cuando ésta no haya quedado obstaculizada previamente por un sistema sancionador y unos criterios de recurso a la pena privativa de libertad determinados ya con incoherencia respecto de tal orientación (26).

(25) Siempre que se corrija la anomalía formal de los actuales «beneficios reglamentarios» mediante su incorporación a la Ley.

(26) Ya entregado este trabajo, el nuevo Proyecto de Código penal de 1994, por una parte, mantiene la misma regulación de los límites a la acumulación; por otra, amplía los supuestos de cómputo de la totalidad de penas impuestas a efectos de beneficios penitenciarios, permitiendo asimismo que se suavicen sus efectos por el Juez de Vigilancia. Aunque la postura legal resulte ahora más matizada, cabe mantener las reflexiones del texto.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN AGOSTO-SEPTIEMBRE DE 1993
Y CON APLICACIÓN EN MATERIA PENAL
ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCIÓN

Artículo 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación

«La estructura de cualquier resolución judicial, salvo las providencias, contiene desde siempre una parte dedicada a justificar jurídicamente la decisión. Ahora bien, tal exigencia ha adquirido rango constitucional, si se entiende la palabra “sentencia” en un sentido extensivo, sinónimo de cualquier pronunciamiento del juzgador (art. 120 CE), integrándose sin violencia conceptual alguna en el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, que cumple una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad de juzgar y, a la vez, facilita su control mediante los recursos que procedan. Actúa en definitiva para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como elemento preventivo de la arbitrariedad.

Sin embargo, no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar (STC 119/1987 que recoge otras muy recientes, entre ellas la 165/1993). La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee, sin olvidar la dimensión subjetiva del razonamiento por obra de su autor. En suma, ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia estilística o el rigor de los conceptos. No conlleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses

donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, tampoco implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión. Por otra parte, no es misión del Tribunal Constitucional censurar la interpretación del Derecho ni revisar la estructura de las resoluciones judiciales, aun cuando lo sea comprobar si existe fundamentación y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualesquiera que fueren su brevedad y concisión (SSTC 174/1987, 75/1988, 84/1988 y 14/1991), incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 174/1987, 146/1990 y 27/1992).»

(Sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio. RA 262/1990, «BOE» de 2 de agosto de 1993. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión

«El hecho de que un Juez o Tribunal seleccione mal la norma aplicable o la interprete o aplique incorrectamente no vulnera, sin más, el art. 24.1 de la CE.»

«Siendo, pues, de aplicación por imperativo legal, en la consideración del órgano judicial, y siendo obligatorio el conocimiento de la Ley por parte de los órganos insertos en el poder judicial, ni hace falta pedir lo que la Ley manda, ni incurre en vicio de incongruencia la resolución judicial que, sin que nadie lo haya solicitado, contiene un pronunciamiento de esa naturaleza al no necesitar ser objeto de petición la imposición de los referidos intereses (STC 167/1985, fundamento jurídico único; AATC 572 y 1082/1986). En consecuencia, debe asimismo rechazarse la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión aducida por la recurrente en amparo con apoyo en el expresado motivo.»

Sentencia núm. 237/1993, de 12 de julio. RA 2582/1991, «BOE» de 12 de agosto de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia omisiva

«Es reiterada doctrina de este Tribunal que la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales con los términos del debate procesal es perfectamente compatible con el principio *iura novit curia*, dado que no existe obligación por parte de los órganos judiciales de ajustar los razonamientos jurídicos que sirven de fundamento a sus decisiones a las alegaciones sobre las normas jurídicas aducidas por las partes en el desarrollo del proceso, pues el principio citado les faculta para desvincularse de las mismas (SSTC 108/1988, fundamento jurídico 3.º, 48/1989, fundamento jurídico 7.º).

Así pues, la congruencia o incongruencia de las resoluciones judiciales no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el correspondiente órgano judicial. Siendo esto así, no cabe reprochar a la Sentencia que se impugna en amparo la violación constitucional que se afirma, toda vez que la misma resuelve lo pedido con fundamento en las normas del ordenamiento jurídico que por el Tribunal se

entienden como correctamente aplicables, aunque aquéllas no coincidan exactamente con las que las partes invocan.»

(Sentencia núm. 258/1993, de 20 de julio. RA 212/1992, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

«En efecto, habiendo desestimado la pretensión principal impugnatoria, tendente a conseguir la absolución, aún quedaba por resolver el motivo específico de impugnación referente al posible exceso de la pena de arresto mayor en su grado máximo, por haberse impuesto en su grado máximo sin base legal para ello. De haberse estimado este motivo, habría de haberse anulado la condena de arresto mayor impuesta en su grado máximo, para ser sustituida por la de grado mínimo o medio, con la consiguiente reducción de la pena de privación de libertad. El silencio del órgano judicial ha de ser considerado, pues, una omisión o falta de respuesta a la pretensión planteada respecto a la cuantía de la pena; cuestión con trascendencia para el fallo, cuya falta de respuesta implica que no se ha satisfecho suficientemente la existencia de tutela judicial.»

(Sentencia núm. 263/1993, de 20 de julio. RA 506/1993, «BOE» de 18 de julio de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución de la sentencia conforme al fallo

«Es preciso recordar la doctrina sentada por este Tribunal en la materia. La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros (SSTC 32/1982, fundamento jurídico 2.º; 125/1987, fundamento jurídico 2.º; 153/1992, fundamento jurídico 4.º).

Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que no le corresponde, en vía de amparo, sustituir a la autoridad judicial en el cometido de interpretar y fijar el alcance de sus propios pronunciamientos, ni en el modo de llevarlos a su puro y debido efecto, cumpliéndole, estrictamente, velar para que tales decisiones se adopten en el seno del procedimiento de ejecución, de un modo razonablemente coherente con el cometido de la resolución que se haya de ejecutar. No es cometido de este Tribunal la determinación de cuáles sean las decisiones que, en cada caso, hayan de adoptarse para la ejecución de lo resuelto, pero sí deberá vigilar, cuando de la reparación de eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial se trate, que ésta no sea debida a una decisión arbitraria ni irrazonable, ni tenga su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de ese derecho (SSTC 125/1987, fundamento

jurídico 2.º; 167/1987, fundamento jurídico 3.º; 148/1989, fundamento jurídico 3.º; 153/1992, fundamento jurídico 4.º.»

(Sentencia núm. 251/1993, de 19 de julio. RA 1343/1992, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Carlos Viver Pi-Sunyer).

Artículo 24.2

Derecho a la defensa y a la asistencia letrado

Ver sentencia núm. 229/1993, de 12 de julio, sobre *Junta de Régimen y Administración. Asistencia letrado. Comparecencia personal del interno*. Art. 44 Ley General Penitenciaria.

Presunción de inocencia. Responsabilidad civil

«Como reiteradamente tiene declarado este Tribunal, la condena por responsabilidad civil no guarda relación directa con dicha presunción ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del art. 24.2 de la CE, ya que este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador (STC 72/1991, fundamento jurídico 6.º)»

(Sentencia núm. 257/1993, de 20 de julio. RA 1357/1991, «BOE» de 18 de agosto. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

Artículo 25.1

Principio de legalidad

Ver sentencias núms. 237, 238, 252, 257, 258, 259, 261 y 262/1993, de 12 y 20 de julio sobre *Interés especial de demora. Compañías de Seguros - Disposición adicional tercera de LO 3/1989*.

Ver sentencias núms. 240, 241, 248, 249, 250 y 260/1993, de 19 de julio, sobre *Intruisismo*. Art. 321 CP.

Artículo 25.2

Penas y medidas de seguridad. Fines

«Se aduce también la transgresión de un tercer precepto constitucional, donde se fija una finalidad o función concreta a “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad que estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” (art. 25.2), sin que en ningún lugar de ese párrafo se haga alusión alguna a las penas restrictivas o privativas de derechos. En realidad este planteamiento nos reconduce al meollo de la cuestión que no es sino el principio de igualdad ante la Ley, situándonos en su terreno. Por ello, su análisis desde una tal perspectiva se

hará más adelante, en el momento adecuado. En éste resulta suficiente recordar que —según hemos dicho en distintas ocasiones— la norma constitucional arriba invocada señala un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución, cuyos destinatarios directos son los poderes públicos. Gobierno de la Nación y Cuerpos colegisladores o cualquier otra institución competente en la materia, no configura ni transforma tal admonición en un “derecho subjetivo protegible en vía de amparo que condicione la punibilidad y la existencia misma de la pena a dicha orientación” (SSTC 2/1987 y 19/1988; AATC 15/1984, 486/1985 y 1112/1988). En definitiva, difícilmente puede hablarse de lesión de un derecho inexistente como es el caso.»

(Sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio. RA 262/1990, «BOE» de 2 de agosto de 1993. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende).

Artículo 117

Motivación

Ver sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Art. 24.1 CE.

II. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 44.1 c)

Invocación formal del derecho vulnerado

«Como ha declarado este Tribunal en jurisprudencia constante, el requisito de la invocación formal del derecho vulnerado deriva del carácter subsidiario que, como medio de protección de los derechos fundamentales, tiene el recurso de amparo en relación con el procedimiento judicial ordinario, lo que implica que debe darse previa oportunidad a los órganos judiciales a los que se imputa la supuesta vulneración de un derecho fundamental para remediarla por sí mismos (por todas, SSTC 106/1984 y 185/1992). Pues bien: a la vista de esta interpretación teleológica y no simplemente formalista de la exigencia contenida en el art. 44.1 c) de nuestra Ley Orgánica, debe concluirse que, en el caso de autos, el Juez *ad quem* tuvo la oportunidad de conocer la alegación consistente en una pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia por parte de la Sentencia dictada en instancia, de suerte que dicha pretensión no puede decirse que se nos haya planteado *ex novo*.»

(Sentencia núm. 253/1993, de 20 de julio. RA 1032/1990, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 962

Juicio de faltas: Citación

«Los actores fundamentan la lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión por haber sido condenados *inaudita parte*, ya que se celebró el juicio de faltas en que han sido condenados sin haber sido debidamente emplazados, no dándoles ocasión así de defenderse, formular alegaciones, proponer prueba de cargo y descargo, aún más cuando ostentaban la doble condición de denunciadores y denunciados. Este Tribunal en muy numerosas ocasiones ha afirmado que los derechos al proceso justo y a la defensa dentro de él, exigen, entre otras manifestaciones, la de tener que llamar como parte en cualquier procedimiento a toda persona legitimada para ello por poseer derechos o intereses legalmente otorgados para constituirse en parte procesal y poder oponerse constitucionalmente a las peticiones adversas, y que ese llamamiento ha de ser efectivo (STC 115/1988).

Esta regla general es aún más exigible en el ámbito del proceso penal para el que el art. 24.2 ha previsto una manifestación específica como derecho a ser informado de la acusación. De este modo, los requisitos que exige la Ley para practicar la citación tienen relevancia constitucional y son garantías de que el citado conocerá a tiempo la citación y podrá comparecer en el momento fijado y actuar en su defensa (STC 22/1987).

De ahí la trascendencia que adquiere desde la perspectiva del derecho a no padecer indefensión que consagra el art. 24 CE, la corrección de todo llamamiento a juicio, pues de él depende el conocimiento por el interesado de la existencia del proceso, y de su derecho a intervenir en el mismo, con el consiguiente ejercicio de los derechos de defensa y contradicción procesales ante la acusación que le sea formulada. Por ello, el cumplimiento de los requisitos legales al respecto deberá examinarse en cada supuesto concreto de conformidad con aquella *ratio* y fundamento que inspira su existencia (STC 195/1990).

En el presente caso, los actores fueron citados a juicio por telegrama, pero no consta su recepción por los destinatarios que no acudieron al acto del juicio y alegan no haber tenido conocimiento de dicha citación. Como indica el Ministerio Fiscal, no existe en las actuaciones indicio o dato alguno que acredite que esa inasistencia de los actores al juicio, en el que además figuraban también como denunciadores, se haya producido por su negligencia, ni tampoco que por el órgano judicial se haya tratado de asegurar la efectividad y realidad de la recepción del telegrama de citación, habiendo celebrado el juicio sin que constara realizada debidamente la citación de los actores. Especialmente en supuestos como el presente, de inasistencia de los imputados, el Juez no debe contentarse con la constancia de la realización del acto de comunicación, sino que debe asegurarse de la recepción del acto de comunicación, de la efectiva llegada del contenido de la notificación al interesado o a persona que legalmente debe recibirlo, ya que de la realidad de los actos de comunicación depende el aseguramiento del derecho a la no indefensión y del conocimiento de la acusación.

En el presente caso, ha de entenderse que se ha producido la indefensión denunciada en la demanda al no justificarse la recepción por los actores o por tercera persona legitimada para ello del telegrama de citación, no dando ocasión a los ac-

tores de asistir al acto del juicio en el que podrían haber conocido de la acusación, formular alegaciones y proponer pruebas no sólo en su descargo, sino también frente a la otra parte, dada la condición de acusados y acusadores.»

(Sentencia núm. 236/1993, de 12 de julio. RA 380/1991, «BOE» de 12 de agosto de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

IV. CÓDIGO PENAL

Artículo 15 bis

Responsabilidad de directivos de personas jurídicas

«Su incorporación al Código Penal, en efecto, no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis CP tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica; pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Mas, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos. Así lo declaramos, por lo demás, en un supuesto semejante (STC 150/1989), donde estimamos vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por haberse impuesto al gerente de una empresa una condena a título de falta de imprudencia con resultado de daños, sin que en ningún momento hubiese quedado acreditado que la producción de los mismos fuera consecuencia, directa o indirecta, de la omisión por el condenado de la debida diligencia para impedirlos o de una actuación imprudente por su parte, ni se hubiese hecho razonamiento alguno encaminado a fundamentar la convicción alcanzada por los órganos judiciales respecto de su participación en los mismos.»

(Sentencia núm. 253/1993, de 20 de julio. RA 1032/1990, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Artículo 92*Condena condicional. Recursos contra el auto*

«Como defecto extrínseco del mismo Auto se le achaca no haber incluido a su final, según manda el art. 284.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, la indicación de que era firme o, en caso contrario, el recurso procedente, órgano ante el cual debiera interponerse y plazo para ello. En el caso de la condena condicional, se acceda o no a ella, las resoluciones son firmes por ministerio de la Ley, pues no cabe recurso alguno contra ellas “salvo el que, fundado en error de hecho, podrá interponer en cualquier tiempo el Ministerio Fiscal”. Una primera lectura a la letra de este art. 6 LECrim., podría llevar a la conclusión de que únicamente es irrecurrible la resolución en la que el órgano judicial concede por sí, y no *ope legis*, el beneficio de la remisión condicional, siendo impugnabile por vía de la súplica la denegación del otorgamiento. Una tal interpretación gramatical resulta plausible, con todos los riesgos que entraña toda interpretación *a contrario sensu*, pero también lo es la mantenida por la Audiencia Provincial (STC 224/1992), dando un tratamiento homogéneo a la decisión judicial cualquiera que fuere su sentido, si por otra parte se piensa que cuando se utiliza el arbitrio judicial es más necesario el control que implica la mera posibilidad de recurrir.

Sin embargo, en la perspectiva propia de este proceso, basta la indiferencia de las soluciones, por ser ambas razonables y corresponder su elección al juzgador, aun cuando no esté de más decir que a partir de la promulgación de la Ley prevaleció unánimemente la que aquí se impugna, como refleja la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908 y puede comprobarse por el *usus fori* y la jurisprudencia al respecto desde entonces. Pues bien, aun cuando la omisión de la advertencia relativa a los eventuales recursos constituya una irregularidad o una deficiencia, es por otra parte evidente que no ha podido causar indefensión alguna precisamente por no existir otra vía de reclamación que el amparo constitucional, a diferencia de la hipótesis contraria (no indicación de recursos, cuando los hay), sin olvidar que el condenado estaba asesorado por su Abogado y representado por Procurador, ambos profesionalmente obligados a conocer tal circunstancia. En suma, el Auto tampoco ha menoscabado la efectividad de la tutela judicial por haber omitido su condición de firme *ope legis* (SSTC 70/1984 y 36/1989).»

(Sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio. RA 262/1990, «BOE» de 2 de agosto de 1993. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende).

Artículos 93.2 y 97*Condena condicional. Aplicación exclusiva a penas privativas de libertad*

«Los preceptos del Código Penal puestos indirectamente en tela de juicio se mueven dentro del perímetro diseñado constitucionalmente como campo de juego de la política criminal, cuya cristalización en normas corresponde a las Cortes Generales. Efectivamente, la mal llamada condena condicional, que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de 17 de marzo de 1908, dentro de un generalizado movimiento de opinión en los países de nuestro entorno, tenía una

finalidad explícita, a la cual sirve también la remisión condicional de la condena, en expresión más precisa del Código Penal, que ha heredado la institución. Una vez comprobada la ineficacia de las penas cortas de privación de libertad para conseguir la corrección del reo e incluso el riesgo de contagio que conlleva la convivencia de quien ha delinquido ocasionalmente con los delinquentes habituales o profesionales, se arbitró como “ensayo” en su día, que se ha demostrado positivo, la suspensión del cumplimiento de la condena impuesta, si se trata de “primarios” (una primera vez), para conseguir así, mediante la doble presión de la gratitud por el beneficio y el temor de su pérdida, la rehabilitación, con una función profiláctica de la criminalidad. Tal es la concepción que hace pública la exposición de motivos, interpretación auténtica de la Ley y que asumía dos semanas después de su promulgación la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo más arriba mencionada.

Tal tendencia de la política criminal no ha sido abandonada y ni siquiera debilitada a lo largo de este siglo, sino más bien intensificada. No conviene perder de vista que han ido apareciendo otras alternativas para sustituir las penas cortas de privación de libertad, en una batería que va desde el arresto domiciliario al copioso conjunto que ofrece el informe sobre el tema de la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas (Londres, 1960). La escasa duración de tales penas no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la reeducación del recluso. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en más de una ocasión. “El beneficio de la remisión condicional de la condena —se dice en nuestra STC 224/1992— viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”. “La condena condicional —se lee en la STC 165/1993— está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delinquentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación”.

Pues bien, consecuente con tales propósitos el Código Penal autoriza o hace obligatoria, según los casos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de ciertas penas privativas de libertad, impuestas directa o subsidiariamente, no de las medidas de seguridad ni de las cautelares materialmente idénticas, pero funcionalmente distintas (prisión preventiva), sin extenderlas a las restrictivas de derechos, si figurasen como accesorias (arts. 93 y 97), aun cuando fueren impuestas como principales. La lectura conjunta de ambos preceptos, el primero de los cuales exige positivamente que la pena consista en privación de libertad, no permite una interpretación *a contrario sensu* del otro. “El texto es claro y responde a la función institucional de esta modalidad del cumplimiento de las penas, no se olvide esto, nunca de su incumplimiento” (STC 165/1992). La distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter, “pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social, es la razón determinante de que el así señalado sea excluido de cargos y funciones públicas” (STC 165/1993), son la más palmaria justificación de que el legislador ha optado en este caso por

una solución razonable, tanto y tan legítima, al menos, como sería la de extender el beneficio a toda clase de penas, si así creyera servir mejor al fin último del sistema penitenciario no solamente represivo, sino también constitucionalmente orientado a la reeducación y reinserción social (art. 25 CE).

Hemos de insistir, una vez más, en que “la materia regulada goza de exclusiva base legislativa, sin que pueda hacerse derivar de la Constitución exigencia alguna en orden a su reconocimiento normativo o su regulación específica” (STC 180/1985). El distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos ofrece, pues, un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Siendo diferentes las situaciones del recluso y de quien, aun privado de sus derechos cívicos o de un cargo, se encuentra libre, diferentes pueden ser también sus efectos en lo bueno y en lo malo, si existe una proporcional adecuación a la finalidad que en cada caso se persigue. No hay arbitrariedad alguna en el modo en que ha actuado el Poder legislativo ni discriminación en el sentido peyorativo con que utiliza tal palabra nuestra Constitución en el art. 14, conectado tantas veces al 9, como ocurre en este caso y, por ello, ha de ser negado el amparo que se pide. El Auto impugnado, que aplicó la Ley a la letra, es irreprochable desde la perspectiva constitucional.»

(Sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio. RA 262/1990, «BOE» de 2 de agosto de 1993. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende).

Artículo 321

Intrusismo

Reitera doctrina contenida en las Sentencias 111 y 131 a 140/1993.

(Sentencias núms. 240, 244, 248, 249, 250 y 260/1993. RA 83/1993, 582/1993, 2673/1991, 288/1992, 550/1992 y 2074/1992, «BOE» de 12 y 18 de agosto de 1993. Ponentes: José Gabaldón López, Álvaro Rodríguez Bereijo y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LO 3/1989

Interés especial de demora. Compañías de Seguro

«Así pues, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales no es invocable en vía de amparo (SSTC 15/1981, fundamento jurídico 7.º; 6/1983, fundamento jurídico 3.º; 32/1987, fundamento jurídico 4.º), y, en suma, la aplicación del principio de irretroactividad de las Leyes del art. 9.3 de la CE no puede ser enjuiciada por este Tribunal a no ser que, a través de ella, se haya vulnerado alguno de los derechos susceptibles de amparo (ATC 470/1984).

De tal circunstancia es consciente la entidad demandante cuando trata de poner en conexión la aplicación de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989 y el art. 9.3 de la CE, en una invocación más bien retórica, con el principio

de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Mas frente a ello ha de recordarse que la garantía que establece el art. 25.1 de la CE se proyecta, estrictamente, sobre los actos a través de los cuales se ejercita el *ius puniendi* del Estado entendido en sentido amplio (potestades sancionadoras penal y administrativa), sin afectar, por consiguiente, a los resarcimientos de carácter privado, como los que pueden adoptarse con referencia a una relación jurídico-privada cual es la que obliga a los aseguradores a cubrir los daños causados por sus asegurados (AATC 365/1990; 151/1992). Así, con carácter general tiene declarado este Tribunal que los pronunciamientos en materia de responsabilidad civil derivados de delitos o faltas no constituyen una sanción por un delito, falta o infracción administrativa, que es a la que se refiere el art. 25.1 de la CE (AATC 161/1983, 88/1993), e igualmente, en relación con las diversas modalidades previstas en nuestro ordenamiento, que los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago [SSTC 167/1985, fundamento jurídico único; 76/1990, fundamento jurídico 9.º b); 114/1992, fundamento jurídico 4.º; AATC 1126/1987; 1192/1987; 1026/1988; 151/1992].

Más concretamente, por lo que se refiere a la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989, dijimos en la STC 5/1993 que la citada disposición establece simplemente un interés especial de demora y, por tanto, el riesgo de ver aumentada la indemnización si finalmente el asegurador es condenado, el cual no cabe calificar como irrazonable o desproporcionado en la actualidad y por relación a otros tipos de interés, ni tampoco como un mecanismo impeditivo del ejercicio de defensa en juicio que tiene el asegurador, porque actúa como una especie de contrapartida, y a la vez como estimulante de la diligencia del asegurador, del perjuicio que para el perjudicado significan la necesidad de litigar y la demora en la reparación de los daños de los que directa y solidariamente debe responder con el asegurado-causante de los mismos la entidad aseguradora, lo que comporta sustancialmente un efecto de equilibrio entre la situación del perjudicado y la del asegurado si éste no se indemniza o consigna en un plazo razonable (fundamento jurídico 2.º). Precisamente, por cuanto no se trata de una sanción o pena, sino de un pronunciamiento en materia de responsabilidad civil, la imposición de los intereses del 20 por 100 previstos en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989 no afectan al art. 25.1 de la CE, lo que excluye, sin más, cualquier transgresión del citado precepto constitucional (STC 21/1993, fundamento jurídico 2.º; ATC 365/1990).»

(Sentencia núm. 237/1993, de 12 de julio. RA 2582/1991, «BOE» de 12 de agosto de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil). Doctrina reiterada en Sentencia núm. 238/1993, de 12 de julio, RA 1090/1992, «BOE» de 12 de agosto de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.

«En cuanto a la objeción relativa a la inicial liquidez de la indemnización, cuyo importe sólo podrá conocerse al dictarse Sentencia, ya se dijo en la STC 5/1993 que tal objeción no era suficiente para calificar la imposición del interés que establece la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989, como injustificada o arbitraria y contraria, por ello, al art. 24.1 de la CE, lo cual ocurriría solamente en el caso de que impidiese el acceso al proceso o lo hiciera desproporcionadamente arduo. El asegurador —decíamos en la citada Sentencia— “queda ciertamente obli-

gado a satisfacer o consignar la indemnización desde que se produce el siniestro (...), de ahí que le sea exigible, como obligado, una actuación diligente para determinar pericialmente la cuantía del daño (...), de modo que la inicial iliquidez de la indemnización no le impedirá la consignación en el plazo exigido del importe de la tasación (...) y la única consecuencia real del precepto cuestionado para el asegurador sea la de estimular la tasación del daño y su pago o consignación dentro de los tres meses". No hay, por tanto —concluimos—, imposibilidad de cumplimiento del precepto en lo esencial del mismo y el efecto disuasor de la defensa en juicio de los aseguradores no puede merecer ninguna objeción desde el punto de vista constitucional, incluso en la hipótesis de que la Sentencia condenase en cuantía inferior a la consignada cautelarmente y aun en el supuesto de que fuera absoluta (fundamentos jurídicos 3.º y 4.º).

Finalmente, la cuestión relativa a si los mencionados intereses operan *ope legis* y, por tanto, son de aplicación por imperativo legal, o resultan sometidos al régimen de rogación, hemos dicho en las SSTC 237/1993 y 238/1993 que no traspasa los límites de la interpretación judicial de un precepto de la legalidad ordinaria, que no afecta a ningún otro derecho fundamental, y que corresponde efectuar exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en virtud de lo que dispone el art. 117.3 de la CE (fundamento jurídico 4.º).»

(Sentencia núm. 252/1993, de 20 de julio. RA 931/1990, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

«La cuestión que se suscita en los términos antes delimitados bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ha sido abordada por este Tribunal en la STC 5/1993, siendo los razonamientos jurídicos allí empleados plenamente aplicables al presente supuesto.

Decíamos en la citada Sentencia, en relación a la objeción referida a la inicial iliquidez de la indemnización, cuyo importe sólo podrá conocerse al dictarse Sentencia, que tal objeción no era suficiente para calificar la imposición del interés que establece la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989 como injustificada o arbitraria y contraria, por ello, al art. 24.1 de la CE, lo cual ocurriría solamente en el caso de que impidiese el acceso al proceso o lo hiciera desproporcionadamente arduo. El asegurado —se decía en dicha Sentencia— “queda ciertamente obligado a satisfacer o consignar la indemnización desde que se produce el siniestro (...), de ahí que le sea exigible, como obligado, una actuación diligente para determinar pericialmente la cuantía del daño (...), de modo que la inicial iliquidez de la indemnización no le impedirá la consignación en el plazo exigido del importe de la tasación (...) y la única consecuencia real del precepto cuestionado para el asegurador sea la de estimular la tasación del daño y su pago o consignación dentro de los tres meses". No hay por tanto —concluimos— imposibilidad de cumplimiento del precepto en lo esencial del mismo y el efecto disuasor de la defensa en juicio de los aseguradores no puede merecer ninguna objeción desde el punto de vista constitucional, incluso en la hipótesis de que la Sentencia condenase en cuantía inferior a la consignada cautelarmente y aun en el supuesto de que fuera absoluta (fundamentos jurídicos 3.º y 4.º).»

(Sentencia núm. 256/1993, de 20 de julio. RA 1252/1991, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

«De otra parte, en relación con el alegato que bajo la invocación, también, del derecho a la tutela judicial efectiva hace la recurrente en amparo de que los intereses que establece la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989 no pueden aplicarse *ex officio* por el órgano judicial, ya hemos dicho en las SSTC 237/1993 y 238/1993 que la cuestión referida a si aquellos intereses actúan *ope legis* y, por tanto, son de aplicación por imperativo legal, o resultan sometidos al régimen de rogación, no traspasa los límites de la interpretación judicial de un precepto de la legalidad ordinaria, que no afecta a ningún otro derecho fundamental, y que corresponde efectuar exclusivamente a los Jueces y Tribunales en virtud de lo que dispone el art. 117.3 de la CE. En el presente supuesto, el órgano judicial al incluir en la parte dispositiva de la Sentencia impugnada un pronunciamiento imponiendo a la entidad recurrente en amparo los mencionados intereses ha estimado que éstos actúan *ope legis* y que no se encuentran sometidos a la rogación de las partes. Siendo, pues, de aplicación por imperativo legal, en la consideración del órgano judicial, y siendo obligatorio el conocimiento de la Ley por parte de los órganos insertos en el poder judicial, ni hace falta pedir lo que la Ley manda, ni incurre en vicio de incongruencia la resolución judicial que, sin que nadie lo haya solicitado, contiene un pronunciamiento de esa naturaleza (fundamento jurídico 4.º).»

(Sentencias núms. 257, 258, 259 y 261/1993, de 20 de julio. RA 1357/1991, 212, 1643, 2146/1992. «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

«Además de que no existe fundamento legal alguno y contraviene, por el contrario, la literalidad y finalidad de la previsión legislativa, a partir del cual pueda concluirse, como afirma la solicitante de amparo, que la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/1989 no es de aplicación a la entidad aseguradora hasta que recaiga Sentencia condenatoria para su asegurado, es menester recordar al respecto, como hemos declarado en la STC 5/1993, que la citada disposición adicional establece un interés especial de demora, y, por tanto, el riesgo de ver aumentada la indemnización si finalmente el asegurador es condenado, como una consecuencia gravosa de la resistencia o demora en indemnizar, no pudiendo estimarse desproporcionado ni injustificado el mencionado recargo en razón del fin perseguido, esto es, la protección del derecho a una eficaz y rápida tutela del perjudicado, plasmada tanto en la garantía del cobro puntual como en la protección de aquél frente al riesgo de negativas abusivas o dilatorias por parte del responsable civil. De un lado, porque actúa, si no se consignó judicialmente la indemnización, como una especie de contrapartida del perjuicio que para el perjudicado significan la necesidad de litigar y la demora en la reparación de los daños de los que directa y solidariamente debe responder el responsable civil, y cobra, por tanto, un efecto de equilibrio respecto a la posición que el asegurador tendrá en el proceso si no indemniza o consigna en el plazo de tres meses. De otro lado, porque actúa como estimulante de la diligencia del asegurador en la reparación de los daños, evitando reclamaciones judiciales innecesarias que suelen empeorar la situación de los perjudicados. En esta línea de razonamiento, afirmábamos que ni es el recargo arbitrario ni lesivo del derecho que, al obligado, reconoce la Constitución de acceder a la jurisdicción (fundamento jurídico 2.º).

Asimismo, en cuanto a la objeción relativa a la inicial iliquidez de la indemnización, cuyo importe sólo podrá conocerse al dictarse Sentencia, ya se dijo en la

mencionada Sentencia que tal objeción no era suficiente para calificar la imposición de aquel interés como injustificada o arbitraria y contraria, por ello, al art. 24.1 de la CE, lo cual ocurriría solamente en el caso de que impidiese el acceso al proceso o lo hiciera desproporcionadamente arduo. El asegurador —decíamos en la citada Sentencia— “queda ciertamente obligado a satisfacer o consignar la indemnización desde que se produce el siniestro (...), de ahí que le sea exigible, como obligado, una actuación diligente para determinar pericialmente la cuantía del daño (...), de modo que la inicial iliquidez de la indemnización no le impedirá la consignación en el plazo exigido del importe de la tasación (...) y la única consecuencia real del precepto cuestionado para el asegurador sea la de estimular la tasación del daño y su pago o consignación dentro de los tres meses”. No hay por tanto —concluíamos— imposibilidad de cumplimiento del precepto en lo esencial del mismo y el efecto disuasor de la defensa en juicio de los aseguradores no puede merecer ninguna objeción desde el punto de vista constitucional, incluso en la hipótesis de que la Sentencia condenase en cuantía inferior a la consignada cautelarmente y aun en el supuesto de que fuera absoluta (fundamentos jurídicos 3.º y 4.º).»

(Sentencia núm. 262/1993, de 20 de julio. RA 2194/1992, «BOE» de 18 de agosto de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

V. OTRAS LEYES

LEY GENERAL PENITENCIARIA

Artículo 44

Junta de Régimen y Administración. Asistencia letrada. Comparecencia personal del interno

«En las SSTC 74/1985, fundamento jurídico 4.º, y 2/1987, fundamento jurídico 6.º, se declara que los principios esenciales reflejados en el art. 24.2 CE, son aplicables a los procedimientos en los que se decide la imposición de sanciones a los reclusos, los cuales incluyen, sin duda, el derecho a la asistencia letrada. Ahora bien, en este campo la legislación no reconoce un derecho pleno a la asistencia de Letrado, es decir, que incluya el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad, lo que en dichas Sentencias se entendió compatible con el art. 24.2 CE, pues la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales y, además, no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran.

Del mismo modo carece de fundamento la pretensión de que el Abogado que asesora al interno esté presente físicamente durante la comparecencia de éste ante la Junta de Régimen. Como se declaró en la STC 74/1985, fundamento jurídico 4.º, la posibilidad de recibir asesoramiento letrado permite al recurso redactar sus descargos bajo la dirección del Letrado, así como aconsejarse por éste para proponer pruebas. Mas la consulta con su Abogado puede y debe ser previa a la comparecencia ante la Junta, si el interno opta por ella, en lugar de por la contestación por escrito.

Por consiguiente, atendidas las circunstancias en que se desarrolló el procedimiento disciplinario, nada hay que reprochar a la Administración penitenciaria por no haber designado un Letrado de oficio, como solicitó el interno sometido a expediente, al igual que tampoco puede apreciarse que le haya negado comunicación con un Letrado de su elección, pero sí resulta censurable, el que, ante las reiteradas peticiones de asistencia letrada por parte del demandante, la citada Administración se limitara a guardar silencio.»

«La Ley General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre) dispone que el órgano sancionador debe ser colegiado, y que el interno tiene derecho a presentar su defensa, verbal o escrita. Del tenor de su art. 44, sin embargo, no se desprende que la presentación oral de su descargo deba ser efectuada directa y personalmente ante el colegio sancionador. A su vez, los arts. 130.2 y 129.1 del Reglamento (aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, luego reformado) permiten entender que la defensa puede ser realizada ante el funcionario designado para instruir el expediente, pero también permiten la interpretación contraria. Esta última interpretación se impone finalmente por imperativo del art. 130.1 RP, cuya letra d) ordena de modo terminante que el interno pueda alegar y proponer las pruebas que estime convenientes para su defensa “verbalmente ante la Junta de Régimen si así lo solicita”.

Resulta, pues, claro que la conducta seguida por las autoridades del Centro Penitenciario de Daroca infringió lo dispuesto en la legislación penitenciaria. Sin embargo, esta constatación no es determinante por sí sola para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la defensa del demandante de amparo, que sólo se habría producido si la actuación de aquéllas hubiera causado la indefensión real del interno (STC 2/1987, fundamento jurídico 6.º y 199/1992, fundamento jurídico 2.º). Una indefensión de este tipo sólo se produce cuando se priva al ciudadano de los medios legales suficientes para la defensa de sus legítimos intereses, esto es, cuando se eliminan o se disminuyen sustancialmente los derechos que corresponden a quienes toman parte en un proceso, o en un procedimiento de carácter sancionador, privándoles de una oportunidad real de defender sus legítimos intereses (SSTC 4/1982, fundamento jurídico 5.º, 102/1987, fundamento jurídico 2.º y 35/1989, fundamento jurídico 3.º). En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador ello presupone que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga (SSTC 18/1981, fundamento jurídico 3.º y 2/1987, fundamento jurídico 6.º). En ningún caso la Constitución tolera que el derecho a la defensa quede convertido en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión (STC 21/1981, fundamento jurídico 10.º).»

(Sentencia núm. 229/1993, de 12 de julio. RA 505/1990, «BOE» de 12 de agosto de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo

Profesor Titular de Universidad. Abogado del Estado

Artículo 9.2.^a

Embriaguez. Doctrina general. Cualificación

(STS de 16 de febrero de 1993. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez).

Segundo: La apreciación de la atenuante de embriaguez, como muy cualificada por la Audiencia Provincial, supone —como ha dicho esta Sala en repetidas ocasiones y más recientemente en la Sentencia de 14 de octubre de 1991— una pura cuestión de valoración que excede de lo meramente fáctico, esto es, de la destilación probatoria del relato histórico a través de la inmediación en el juicio oral y se adentra en la aplicación de la norma al caso concreto, lo que constituye el objeto del motivo de casación utilizado por el Fiscal del núm. 1.º del art. 819 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por tanto, resulta incuestionable la posibilidad de revisión casacional y a este respecto conviene destacar con referencia a la influencia del alcohol en la responsabilidad, la doctrina de esta Sala de casación que ha atendido al denominado sistema clásico, que fija la escala de la imputabilidad del ebrio, bajo las coordenadas de su origen e intensidad de la intoxicación, de tal modo que sólo la denominada plena y fortuita cae dentro de la eximente de trastorno mental transitorio a que se refiere el núm. 1.º del art. 8. del Código Penal, quedando para la eximente incompleta la involuntaria y semiplena y para la atenuante del art. 9.2 del mismo texto legal, la voluntaria en su origen y no habitual podría estimarse como calificada o simple, según la intensidad de sus efectos —Sentencias, entre otras, de 9 de noviembre de 1970, 12 de febrero de 1975, 13 de abril de 1977, 2 de junio de 1978, 10 de marzo y 20 de diciembre de 1982, 3 de julio de 1983, 8 y 20 de mayo de 1986, 27 de abril y 29 de septiembre de 1987, 23 de febrero de 1988, 24 de noviembre de 1989, 5 y 16 de febrero de 1990, 22 de mayo, 12 de julio, 12 de septiembre de 1991 y 3 de febrero de 1992.

La reforma del Código Penal en 1944 suprimió el párrafo segundo del art. 8.1.^o del citado texto en la versión de 1932 que establecía que «para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita», pero tal supresión del precepto, por innecesario, se sigue manteniendo en sus efectos dentro de los principios de la imputabilidad.

En cuanto a la semieximente ha quedado para los casos en que la ingesta de alcohol contribuya a la minoración de las debilitadas facultades mentales del sujeto como consecuencia de su enfermedad —Sentencia de 11 de febrero de 1981— al alcoholismo crónico en situaciones de tensión y angustia —Sentencias de 19 de mayo de 1981 y 27 de mayo de 1991— a toxifrenia continuada y persistente por la actuación etílica en el sujeto, productora de efectos crónicos de enfermedad mental, pero sin pérdida total de tales facultades intelectivas y volitivas —Sentencia de 10 de diciembre de 1981—, a supuestos de embriaguez patológica imputables al propio sujeto —Sentencia de 24 de octubre de 1981— a psicosis alcohólica y celopatía —Sentencia de 23 de febrero de 1985— o al alcoholismo crónico y a la oligofrenia —Sentencia de 21 de marzo de 1985.

Se ha exigido, además, el carácter fortuito de la intoxicación —Sentencias, por todas, de 29 de septiembre de 1987, 29 de febrero de 1988 y 24 de noviembre de 1989.

Con referencia a la embriaguez como atenuante, se ha requerido la exigencia de ser conocida y que llegue en su intensidad y grado a perturbar la inteligencia y a limitar la voluntad —Sentencias de 10 de febrero de 1982 y 26 de enero de 1983—. Sin base patológica y sin llegar a ser plena, que es la que encuentra la minoración penal a través de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, 2.^a del art. 9.9 del Código Penal. Ha de tratarse de una embriaguez voluntaria, o cuando menos culposa, que no prive en absoluto de la voluntad —Sentencias de 7 de abril, 17 de junio y 27 de septiembre de 1983— que se distingue de la eximente incompleta, atendiendo a su causa y a su intensidad. Así, cuando es patente la disminución del intelecto y de la volición, sin especial intensidad en el sujeto, procede la atenuación 2.^a del art. 9, concurriendo los demás requisitos del precepto —Sentencias de 22 de septiembre de 1988, 24 de noviembre de 1989, 24 de enero y 12 de febrero de 1991.

Ahora bien, para estimar cualificada tal atenuante la doctrina de esta Sala ha mantenido un origen culposo, sin habitualidad y que ejerza una influencia notoria en el ánimo del agente por sus condiciones psicósomáticas u otras circunstancias, superando los límites ordinarios y no concurriendo circunstancia alguna de agravación —Sentencia de 18 de marzo de 1991— habiéndose declarado, que sin una alteración intensa de las facultades mentales no puede ser apreciada como atenuante muy cualificada —Sentencia de 12 de marzo de 1984— al requerirse una influencia sobre el discernimiento y la voluntad que exceda en intensidad de los límites ordinarios —Sentencia de 23 de diciembre de 1986— o sea, cuando los efectos producidos por la ingesta de bebidas alcohólicas hayan sido muy intensos —Sentencias de 20 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1987, 21 de marzo y 17 de junio de 1988, 12 de septiembre de 1991—. No pudiendo apreciarse como muy cualificada, si no superó la euforia característica de la primera fase de la embriaguez —Sentencia de 24 de diciembre de 1990— ni cuando no existe referencia al grado, intensidad y alteraciones sensoriales, físicas o psíquicas que afectaran a la intensidad del recurrente —Sentencia de 4 de enero de 1990— ni cuando la dinámica comisiva pone

de relieve, que los ebrios conservaron el suficiente raciocinio y capacidad de querer —Sentencias de 4 de julio y 15 de octubre de 1990— aunque en el relato histórico se exprese que el recurrente después de haber ingerido abundantes bebidas alcohólicas que le provocaron un estado próximo a la embriaguez cifrada en una tasa de 2 gramos de alcohol por mil de sangre, porque se requiere conforme a la doctrina de esta Sala una intensidad superior en sus efectos a lo normal —Sentencia de 26 de noviembre de 1990.

Artículos 10.1.º y 406.1.º

Alevosía. Distracción de la víctima. Aproximación abierta

(STS de 20 de febrero de 1993. Pte. Sr. Delgado García).

Segundo: El Ministerio Fiscal, ahora en la casación, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la LECr., vuelve a solicitar la aplicación de la agravante de alevosía, del núm. 1.º del art. 406 del CP, estimando que hubo infracción de ley por haberse condenado sólo por homicidio del art. 407, reproduciendo aquí su petición de pena de veintinueve años de reclusión mayor por delito de asesinato.

Estima el Ministerio Fiscal que existió alevosía porque la víctima estaba agachada jugando a los dados, de espaldas al agresor, cuando recibió de éste el ataque inesperado que le produjo la muerte, lo que es compatible con el dolo de ímpetu que determinó la apreciación de la atenuante de arrebató del núm. 8 del art. 10 del CP, y sin que pueda influir en ello la circunstancia de que en el lugar estuvieran presentes otros reclusos que sí se apercibieron del ataque, porque el riesgo que ha de eliminarse en las agresiones alevosas es el que puede proceder de la defensa del ofendido y no del auxilio que pudieran prestar otras personas.

Cierto que esta Sala tiene reiteradamente declarado la compatibilidad de la alevosía con las circunstancias atenuantes que lo son por existir una disminución de imputabilidad, siempre que el agente conserve el suficiente grado de lucidez que le permita captar el alcance del modo de agresión utilizado (Sentencias de 22 y 24 de febrero de 1989, 24 de noviembre de 1989, 15 de abril de 1991, 3 y 11 de junio de 1991 y 28 de mayo de 1992, entre otras muchas), como también lo es que la propia definición del núm. 1.º del art. 10 del CP refiere el concepto de alevosía a una eliminación de las posibilidades de defensa del ofendido, sin tener en cuenta la defensa que pudieran prestar otras personas, aunque es claro que la existencia de una numerosa concurrencia en el lugar de los hechos puede revelar que el procedimiento utilizado para causar la muerte no reunía las notas propias del ataque alevoso, como ocurrió en el caso presente, tal y como a continuación se razona.

Tercero: El concepto de alevosía, conforme a la definición que nos ofrece el núm. 1.º del art. 10 del CP requiere tres elementos.

1.º Un elemento normativo, en cuanto que se encuentra expresamente delimitado su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que, conforme al art. 406, cualifica el asesinato.

2.º Un elemento objetivo, que constituye la verdadera esencia de esta importante circunstancia agravatoria, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que elimine las posibilidades de defensa del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable (es la otra cara de la misma moneda) la inexistencia de

riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido.

Ahora bien, esto no es suficiente para la existencia de alevosía, pues es necesario que esa indefensión proceda del mismo ataque que el agresor utiliza contra la víctima, y no de otra circunstancia ajena. Por eso la definición legal utiliza la expresión «empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla». Es decir, es el sujeto activo el que tiene que utilizar una agresión que por su propia manera de ser ocasione la tan repetida indefensión; no existiendo alevosía cuando la carencia de posibilidades de defensa no deriva de las características del propio ataque, que es lo que ocurrió en el caso presente, según se explicará después.

Ahora bien, esto no quiere decir, como algunas veces se ha pretendido, que para que haya alevosía tienen que existir diversos medios entre los cuales el agente pueda elegir, de modo que, si opta por uno concreto, que es el seguro para sus propósitos homicidas por llevar consigo la indefensión de la víctima, es cuando únicamente cabe aplicar esta agravación. Tal posibilidad de elección entre varios procedimientos de ataque posibles no es exigida en la definición del núm. 1.º del art. 10. Basta para cumplir los requisitos exigidos en esta norma penal el que de hecho se haya utilizado una clase de agresión que elimine las posibilidades de defensa del agredido, aunque no exista posibilidad de optar por otra diferente, que es lo que ocurre cuando el ataque se dirige contra alguien que no puede defenderse por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por encontrarse indefenso de modo accidental (dormido, drogado, sin conocimiento, anonadado, etc.), supuestos en los que esta Sala viene apreciando la concurrencia de esta agravante.

Precisamente porque la indefensión ha de derivar de la propia conducta del sujeto activo es por lo que se califica a quien así actúa como traidor o ruin (y aquí se multiplican los adjetivos para poner de manifiesto el rechazo social que estos comportamientos llevan consigo —felón, falso, taimado, pérfido, etc.—), calificativos que no encajan cuando hay indefensión pero ésta procede de circunstancias ajenas al propio obrar del agresor.

No podemos olvidar que alevosía significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, y que esta palabra procede de aleve que tiene su origen en raíces góticas o anglosajonas relativas al concepto de traición, apareciendo en nuestra historia como lo opuesto al concepto medieval de comportamiento caballeroso o noble.

3.º Un elemento subjetivo, que no es sino la aplicación al caso presente del dolo como requisito necesario en todos los delitos dolosos, consistente en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo al hecho de la muerte de una persona, sino también a la circunstancia de que ésta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido.

Así se viene pronunciando con reiteración la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de febrero de 1989, 19 de abril de 1989, 26 de octubre de 1989, 24 de noviembre de 1989, 23 de enero de 1990, 28 de febrero de 1990, 29 de junio de 1990, 22 de septiembre de 1990, 15 de octubre de 1990, 19 de enero de 1991, 15 de abril de 1991, 22 de julio de 1991, 11 de septiembre de 1991, 18 de octubre de 1991, 12 y 17 de marzo de 1992, 20 de abril de 1992 y 12 de mayo de 1992, entre otras muchas).

Cuarto: Aplicando la doctrina antes expuesta al caso presente, es claro que ha de rechazarse este motivo único del recurso del Ministerio Fiscal.

Es cierto que hubo una situación de indefensión del agredido cuando recibió un fuerte golpe en su cabeza de manos del procesado, y ello con un medio de ataque poderoso, como lo era la pata de hierro de un pupitre, pues se encontraba de espaldas y no vio acercarse al agresor. Es evidente que no tuvo posibilidad alguna de defenderse.

Pero también es cierto que la agresión se hizo de modo abierto, a las claras, sin ocultación alguna, tuvo que atravesar varias dependencias de la galería donde se hallaba recluso para llegar desde la escuela, donde rompió el pupitre para hacerse con el instrumento que utilizó para el ataque, hasta la sala de la televisión, donde el fallecido estaba jugando y donde se encontraban entre 20 y 30 reclusos. Hemos de entender también que el agresor actuó sin ocultar tal instrumento en todo ese trayecto, pues en este punto la Audiencia manifiesta sus dudas y sabido es que toda duda fáctica ha de solucionarse en beneficio del reo (*in dubio pro reo*) y además tal modo de proceder parece el más adecuado con la situación de arrebató pasional en que éste se encontraba.

Así pues, esta conducta del procesado nada tiene que ver con el comportamiento taimado, cauteloso o traidor que, como ya se ha dicho, configura el concepto de alevosía.

La razón de la indefensión no estuvo en el procedimiento utilizado por el agresor para atacar a la víctima, sino en el estado de distracción o descuido en que ésta se encontraba. Probablemente en los cálculos del agresor nunca estuvo presente el que le pudiera ser tan fácil, como realmente fue, matar a la persona que tanto le estaba molestando con sus reiteradas exigencias de dinero.

Así pues, no nos encontramos ante una agresión alevosa, aunque haya existido indefensión de la víctima. Faltó el elemento objetivo antes referido, y también el subjetivo, pues no estuvo en la intención del agente la utilización de un medio de ataque que tuviera en cuenta la imposibilidad de defensa del agredido.

Por todo ello, entendemos que fue bien aplicado por la Audiencia el art. 407 al condenar como homicidio rechazando la agravante de alevosía.

Artículos 52 y 501.5.º

Tentativa imposible. Robo

(STS de 10 de marzo de 1993. Pte. Sr. Soto Nieto).

Primero: Al amparo del número 1.º del artículo 849.1.º de la LECr. formula el Ministerio Fiscal el único motivo de su recurso en favor del reo. Y ello por aplicación indebida del artículo 3.2 del CP, e inaplicación de los artículos 3.º3 y 61, regla 1.ª, del citado Código. Los hechos descritos en el apartado primero de la narración fáctica de la sentencia —expone— integran un delito de robo con intimidación y uso de arma en grado de tentativa, y no frustrado. Del relato fáctico aparece que el propósito del inculpado Antonio J. H. era el de apropiarse de los objetos de valor que llevase consigo la agraviada, lo que no logró por inexistencia de los mismos. En la relación de hechos atribuidos a los acusados, bien consta que la finalidad perseguida era el apoderamiento de dinero, joyas o reloj, en una ocasión.

Puede acusarse, pues, inexistencia del objeto, motivadora de que a la acción desplegada por aquél no subsiguiese la aprehensión de ningún efecto. Realmente nos hallamos ante supuesto de delito imposible o tentativa inidónea, respecto de cuya figura vienen exigiéndose los siguientes condicionamientos: 1.º) resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del objeto del delito; 4.º) presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados —imposibilidad de ejecución— o a la inexistencia del objeto —imposibilidad de producción— sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez (Cfr. Sentencias, entre otras, de 24 de mayo de 1982, 11 de octubre de 1983 y 5 de diciembre de 1985).

Artículos 69 bis y 429

Violación. Rechazo de la continuidad

(STS de 2 de abril de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).

Segundo: Con correcto apoyo procesal, se denuncia que la *penetración vaginal*, por tres veces, no puede dar lugar a un delito continuado de violación, no sólo porque no se dan los elementos que integran dicha modalidad delictiva, sino, también, porque no se dice que fueran coitos completos.

En esta sentido y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, hay que señalar lo siguiente:

1) En determinados supuestos, la existencia de un hecho que, desde el punto de vista de su configuración, haya de ser considerado como único e indivisible, la conducta enjuiciada, pese a relatarse en ella una doble penetración, debe ser considerada como constitutiva de una sola y única acción punible. Decidir cuándo existe una acción y cuándo varias dependerá del entorno y de los acontecimientos en que aquélla se desarrolle, nuclear y periféricamente. En todo caso, será necesario identidad de sujetos activo y pasivo, identidad de ocasión y circunstancias, entre ellas el lugar o lugares de realización de los actos y un tiempo corto en el que no quepa individualizar las acciones, sino, por el contrario, en el que todas hayan de situarse, como ya se dijo, bajo el calificativo, atendiendo a su propia naturaleza, de una única acción punible, al estar unidas las acciones que la forman por un inseparable denominador común. Obviamente en tales casos, dentro del marco legal, si no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dentro de la reclusión menor, el Tribunal individualizará la pena, de 12 años y 1 día a 17 años y 4 meses, en función de los criterios que el propio Código Penal facilita en el artículo 61, entre ellos el de la gravedad del mal producido por el delito, teniendo en cuenta

que la reiteración del atentado contra la libertad sexual de la víctima, que es el bien jurídico protegido, de muy especial gravedad y trascendencia, produce, sin duda, un efecto de agravación, con independencia de la modalidad de la violación.

2) Por lo demás, la naturaleza del bien jurídico protegido en la violación, perfectamente diferenciable del estupro, no es compatible, en general, con el delito continuado, a salvo lo anteriormente manifestado.

3) La consumación del delito de violación no depende de la circunstancia de que se produzcan o no eyaculaciones, bastando con la penetración del miembro viril, más o menos perfecta, e incluso prácticamente imperfecta en el caso de menores con desproporción evidente entre el miembro viril y la vagina de la niña.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

Artículo 71

Conexión objetiva. Absorción del desvalor. Progresión delictiva

(STS de 23 de enero de 1993. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater).

Único: El Ministerio Fiscal en favor del procesado Emilio Beltrán Mella y la Defensa de José Carlos Martín García sostienen que en el presente caso se debió condenar a los nombrados sólo por el delito de robo, en lugar de aplicar el art. 71 CP, penando —como lo hizo el Tribunal *a quo*— separadamente los delitos de robo y utilización de vehículos de motor. En apoyo de su tesis el Ministerio Fiscal y, siguiendo a éste, la Defensa del otro procesado alegan que se debió tener en cuenta el principio de «progresión delictiva».

Ambos recursos deben ser desestimados.

El art. 71 CP no puede ser entendido como un fundamento genérico de atenuación para los casos en los que el autor o autores cometen un delito con un plan más o menos indeterminado de cometer luego otros aprovechando la situación creada por el primero. Es indudable en estos casos que no existen razones político-criminales ni ético sociales para beneficiar a los autores ni para renunciar a la aplicación de las penas previstas para el concurso real (art. 69 CP), y que por ello autorizada doctrina considera que *las consecuencias del art. 71 CP «resultan altamente discutibles»*. Tal falta de razones es todavía más evidente en los casos en los que el autor pone de manifiesto un desarrollo creciente del impulso criminal como, ocurre en el presente caso, en el que los procesados luego de cometer el robo de uso del automotor, lo emplearon para cometer un segundo hecho en el que se valieron de armas para intimidar a las personas.

Consecuentemente, el art. 71 CP se debe entender de tal manera que no constituya un beneficio injustificado para los autores. En este sentido la STS de 11 de abril de 1989 ya ha señalado que «la sustracción del uso de un vehículo de motor no es medio necesario para perpetuación ulterior de un delito de robo común», dado que este último puede ser cometido sin necesidad de valerse de un automóvil. Por lo tanto, el art. 71 CP, *en su segunda alternativa, a veces llamada de «concurso medial», se debe reservar para aquellos casos en los que la conexión «medio a fin» aparece objetivamente como necesaria, es decir, con independencia del plan del autor y cuando el desvalor de uno de los hechos esté ya absorbido por el más grave*. Dicho de otra manera, el segundo supuesto del art. 71 CP se debe aplicar

sólo en los casos en los que se trata de «hechos acompañantes característicos», como lo ha señalado la teoría.

Desde este punto de vista es indudable que el art. 71 CP, en tanto excepción al principio acumulativo previsto para el concurso real (art. 69 CP), no es aplicable cuando la conexión «medio a fin» sólo se da en el plan del autor, es decir, subjetivamente. Por estas razones, la decisión de la Audiencia Provincial, al aplicar las penas por separado es correcta, aunque no derive del art. 71 CP, sino del 69 del mismo Código.

Artículos 119 y 236

Atentado a agente de la autoridad. Funcionario de hecho. Policía municipal en prácticas

(STS de 28 de enero de 1993. Pte. Sr. Moyna Ménguez).

Único: El artículo 119 del Código Penal, según una inconcusa doctrina jurisprudencial, se emancipa —para definir la condición de funcionario público— de la relación administrativa, y considera como tal al que ostenta un título que arranca de la Ley o por elección o por nombramiento de la Autoridad competente, siempre que desenvuelva una actividad de participación en la función pública o, que se proyecte o tienda al interés general o colectivo. Pero dentro de esta categoría —cuando concurre el elemento objetivo o de actividad pública—, además de los sujetos que en calidad de autores o de víctimas gozan de un estatuto jurídico-administrativo, se da cabida a los llamados **funcionarios de hecho** que desempeñan una función pública —requisito siempre ineludible— aunque, en cuanto al título, no tengan todas las cualificaciones exigidas.

No puede cuestionarse, con referencia al relato judicial de los hechos, que el sujeto lesionado actuaba guiado por un interés público o general cuando impedía el estacionamiento de un vehículo en lugar inadecuado, y no debe ser obstáculo al reconocimiento de su condición de agente de la Autoridad la circunstancia de ser policía municipal «en prácticas», pues había recibido una designación de quien tenía facultades para hacerla, aunque no hubiere llegado a perfeccionarse la relación funcional o administrativa. Se trata, en definitiva, de una hipótesis de funcionario de hecho, subsumible en el ámbito del artículo 119 del Código, como ha hecho esta Sala en repetidas ocasiones, de las que pueden ser ejemplo las Sentencias de 20 de enero de 1979 y 27 de marzo de 1982.

En consecuencia, procede estimar el recurso del Ministerio Fiscal, profiriendo segunda sentencia que subsuma los hechos en el delito de atentado previsto en el artículo 236 en relación con el 231.2.º del Código Penal, en concurso con las lesiones ya apreciadas por el Tribunal sentenciador.

Artículo 254*Tenencia ilícita de armas. Componente temporal*

(STS de 18 de marzo de 1993. Pte. Sr. Moner Muñoz).

Segundo: El primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se aduce falta de aplicación del artículo 254 del Código Penal, ya que del relato fáctico se deduce que el procesado intimidó al Agente de Policía Municipal, simulando tener un arma de fuego, al que «obligó a dejar su arma reglamentaria en el suelo y darse la vuelta apoderándose de dicha arma Roberto Lacunza...», por lo que hay un apoderamiento del arma, sobre el que no se formuló acusación pese a constituir un delito de robo, afirma el Ministerio Fiscal, «que desemboca en una situación de disponibilidad real del arma, evidenciada en el uso repetido, que del arma se hace a continuación, disparando al aire, utilizándola para amedrentar al guardia Municipal y disparando sobre los Guardias Civiles».

El delito de tenencia ilícita de armas, previsto en el artículo 254 del Código Penal, no requiere que el autor haya obrado en *animus rem sibi habendi*. Pese a ello, *el tipo delictivo exige una corta frecuencia de la acción, que se debe diferenciar del mero uso instantáneo del arma*. La infracción delictiva que se examina constituye un delito de peligro abstracto, por tanto, la permanencia de la posesión del arma es un requisito imprescindible para que surja la acción peligrosa, que es por sí misma independiente del uso instantáneo del arma. Si ésta es utilizada sin una tenencia previa, sólo puede entrar en consideración el uso de la misma que, como tal, no se subsume dentro del tipo que sanciona el artículo 254 del Código Penal. Por ello, en los supuestos en los que el agente activo entra en posesión del arma sólo para usarla, el peligro que surge de su acción es del uso mismo y queda absorbido en él el nuevo peligro abstracto de tenencia —cfr. Tribunal Supremo, Sentencia de 21 de febrero de 1992—. El motivo, pues, debe rechazarse.

Artículo 302.4.º*Falsedad documental. Dolo falsario. Mutación de la verdad*

(STS de 23 de abril de 1993. Pte. Sr. Carrero Ramos).

Único: El único motivo del recurso de casación del procesado ha impugnado al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la aplicación del artículo 302 número 4.º del Código Penal.

Como quiera que tal motivo tiene que sujetarse íntegramente a la resultancia de los hechos declarados probados en la sentencia, so pena de incurrir en la inadmisibilidad del número 3 del artículo 884 de la Ley procesal, a la luz de ese relato ha de valorarse la argumentación del recurrente. El hecho que ha sido objeto de condena es el relatado en los números primero y segundo de la narración fáctica. Conforme a los mismos el procesado en ejercicio de sus funciones públicas certificó en impreso del Ayuntamiento de que era Suboficial de la Policía Municipal que un subordinado suyo tenía su domicilio familiar —concretado—, en la misma localidad,

constándole que vivía con su familia en otro municipio y que ello tenía por fin acreditar su derecho a optar a otra vivienda de promoción oficial.

Concurrieron así en el caso enjuiciado: a) el ser el autor funcionario público; b) expedir como tal un documento público por su carácter y su destino final; c) alterar en él, a sabiendas, la verdad de lo allí narrado, falsedad ideológica. Luego coinciden los elementos objetivos todos del tipo penal aplicado, artículo 302 número 4.º del Código. Hay mutación trascendente de un hecho relevante contrario a la verdad.

El recurrente impugna por ello la apreciación del elemento subjetivo; éste por pertenecer al arcano de la intimidad hay que inferirlo de la actuación externa. En este tipo penal es el dolo falsario o sea el conocimiento de que se altera la verdad genuina con voluntad de alterarla y conciencia de su ilicitud y así consta acreditado. *No se precisa para el delito del artículo 302 el dolo defraudatorio* (como necesitan otras figuras delictivas relativas a documentos privados por lo que el lucro propio o ajeno no es requerido para la consumación). Basta con que el documento falsario tenga *potencialidad lesiva* en el tráfico jurídico, como aquí sucede al tender a acreditar con el hecho inveraz un derecho administrativo, como consta probado.

No cabe pues argüir, como se esgrime en el único motivo, que no hubo anti-juridicidad porque la fe pública documental no fue atacada ya que el domicilio que se atribuyó al beneficiario del documento era el del destino oficial que tenía como funcionario del Ayuntamiento.

No se trataba de residencia como funcionario sino de atribuirle un domicilio como vivienda concreta y con la precisión de convivir en él con esposa e hijos sin ser cierto nada de ello pues vivían en Agüimes y no en S. Bartolomé de Tirajana. La finalidad jurídica perseguida con ese abuso antijurídico era la obtención de una vivienda protegida en competición con otros peticionarios y no los derechos inherentes a todo funcionario por su destino o trabajo.

Todo lo cual afecta esencialmente al valor probatorio del documento y le dota de efectos jurídicos en la vida administrativa. Concurriendo todos los elementos legales del injusto que han fundamentado el fallo.

El precepto penal ha sido bien aplicado y el motivo no puede prosperar.

Artículo 319

Delito fiscal. Ánimo defraudatorio. Obstrucción a la inspección. Retenciones

(STS de 24 de febrero de 1993. Pte. Sr. Díaz Palos).

Tercero: El motivo tercero del recurso, por la misma vía casacional antes dicha, aduce la infracción del artículo 319 que en su redacción dada al mismo por la reforma de 1977, exige una conducta *defraudatoria* para la Hacienda Pública, lo que supone que estamos ante un delito estrictamente doloso, de modo que habiendo sido reducida la sanción por la Administración a su grado mínimo, ello supone con arreglo a la Ley Tributaria anterior a la Ley 10/1985, de 26 abril, que la infracción se califica de *omisión*, por lo que no concurriendo mala fe en el recurrente estamos ante un caso de falta de dolo.

En primer lugar, es ya doctrina consolidada de esta Sala aplicable, dada la comunidad del tema tanto para el antiguo artículo 319 como para el vigente artículo

349 del Código Penal, que el ánimo defraudatorio es factible por la simple omisión del sujeto tributario y es que, como dice la Sentencia de 2 de marzo de 1988, quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto no debe ser de mejor condición que, quien en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar menos de lo debido. Claro es que la detección del *animus* defraudatorio ha de hacerse mediante *facta concludentia* o juego de inferencias, derivadas de actos anteriores, coetáneos o posteriores que corresponde decidir al Juzgador (Sentencias de 27 de diciembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 y otras).

En el caso de autos no sólo existen tales inferencias, sino que el propio precepto, en su redacción anterior, estima que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción de la acción investigadora de la Administración Tributaria.

Basta recordar al efecto, que según el *factum* probatorio, el recurrente no sólo omitió la declaración tributaria correspondiente a los empleados de la sociedad que gestionaba sin hacer la correspondiente retención para dicho pago, sino que en el curso de la Inspección de Hacienda, manifestó que carecía de libros de contabilidad, al haberse quemado los mismos durante un incendio que sufrió la entidad mercantil, haciéndose constar así en el acta, lo que no era cierto, pues la Empresa, al solicitar en el Juzgado la declaración de suspensión de pagos el 18 de mayo de 1982, presentó en el correspondiente procedimiento tales libros, lo que obstruyó la labor inspectora de Hacienda, que a la vista de la omisión de la pertinente declaración por parte de la Empresa, la requirió a que presentara debidamente cumplido un impreso oficial (modelo 190) sobre «retención indirecta-rendimiento de trabajo».

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

Cuarto: El *motivo cuarto*, por igual vía casacional que las anteriores, aduce la infracción del artículo 319 del Código Penal aplicado en la instancia porque según los artículos 31 y 32 de la Ley General Tributaria, el obligado a retener y a ingresar el impuesto no es el contribuyente, sino el «sustituto» del contribuyente. En nuestro caso, dice, los contribuyentes son los empleados obligados a pagar a Hacienda, aunque el sujeto pasivo sea el «sustituto», es decir, la empresa obligada a retener las cantidades. Finalmente, aduce a su favor la Sentencia de 25 de septiembre de 1990.

Sin embargo, si en el caso de examen el comportamiento defraudatorio consiste en eludir el pago de tributos, sujeto activo del delito sólo podría serlo quien está obligado al pago, que según el artículo 35 de la Ley General Tributaria, corresponde al sujeto pasivo de la obligación tributaria. Y según el artículo 40 de la propia Ley habrá de entenderse como sujeto pasivo de la obligación tributaria a la persona natural o jurídica que según la Ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, *sea como contribuyente o como sustituto del mismo*. En consecuencia, sujeto activo del delito sólo puede ser el contribuyente o su sustituto. De ahí que el delito fiscal sea considerado como *delito especial* o de propia mano.

De lo expuesto deduce la sentencia recurrida que el Gerente de la sociedad «KIO-FLEX, S.L.», es decir, el procesado, era la persona obligada al pago del impuesto en su condición de tal y que, por tanto lo eludió, siendo por ello sujeto activo del delito.

Finalmente, la sentencia de esta Sala aducida por el recurrente, no se refiere al supuesto de autos en la que no hubo retención ni pago, sino al supuesto de que se realizó la retención, pero no el ingreso a Hacienda.

El motivo por todo ello debe ser desestimado.

Artículo 344

Tráfico de drogas. Donación. Consumo compartido. Irrelevancia penal

(STS de 23 de febrero de 1993. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater).

Tercero: Por la vía del art. 849.1.º LECr. sostiene, además, la Defensa que se ha infringido el art. 344 CP, pues la conducta imputada al recurrente no es típica. Básicamente sostiene, en este sentido, que la tipicidad se excluye en este caso porque el procesado no obró con propósito de tráfico. En particular sostiene que «las condiciones y el *animus* con que se lleva a cabo la entrega de una pequeña porción de droga» (0,232 grms.) a personas vinculadas amistosamente, con las que se comparte el consumo, excluye el propósito de tráfico.

El motivo debe ser estimado.

La jurisprudencia ha establecido con razón, que el delito del art. 344 CP es un delito de *perigo abstracto*. Ello significa que la acción no necesita crear un peligro *concreto* para el bien jurídico, pero también que no debería ser suficiente con la mera desobediencia formal a la norma, pues, si así fuera, el delito del art. 344 se debería considerar como de pura actividad. Consecuentemente, la adecuación de una acción al tipo del art. 344 CP requiere que ésta reúna los elementos que la caracterizan como abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Qué elementos cumplen esta función es una cuestión que resulta muy difícil de responder de una manera positiva y general. Por el contrario, no ofrece dificultades especiales excluir ciertos casos extremos.

En la *doctrina* se han sostenido diversos criterios para resolver esta problemática. Como es sabido, los delitos de peligro abstracto son considerados en la teoría como difícilmente compatibles con el *principio de culpabilidad*. A principios de este siglo (1919) uno de los padres de la ciencia penal moderna afirmaba en este sentido que «los delitos de peligro general, como los contruidos en el parágrafo 335 del Código Penal austríaco, cuyo tipo penal se refiere a todo peligro para la vida, la salud o la seguridad de las personas, contienen verdaderas malformaciones criminales». Se afirma, además, que la creación de un peligro meramente ficto sólo puede dar lugar a una *culpabilidad ficticia*. Por lo tanto, para armonizar estos delitos con el principio de culpabilidad, entre otras soluciones de muchísima mayor complejidad, destaca la tesis que sostiene que en los tipos de peligro abstracto con un objeto de protección determinado, la acción no se debería subsumir bajo el tipo penal de peligro abstracto cuando sea posible en el hecho concreto probar la falta total de peligro. A partir de esta tesis se ha generado una ya larga disputa que ha culminado en la distinción entre delitos de peligro abstracto y «delitos de peligro abstracto-concreto». También se propuso una reducción de la extensión de los tipos penales de peligro abstracto mediante correcciones interpretativas que excluyen la tipicidad para ciertos supuestos de mínimas infracciones que ponen *in abstracto* en peligro el bien jurídico o cuando la acción en sí misma no es apropiada para poner en peligro el bien jurídico. Otros autores han reinterpretado los delitos de peligro como delitos imprudentes sin resultado, lo que exigiría, como es claro, establecer en el caso concreto la imprudencia de la acción en relación al peligro.

De todo ello es posible deducir que se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza. la acción de estos delitos quede total-

mente excluido, pues ésta no es adecuada para producirlo o porque, tratándose de un delito de peligro abstracto-concreto, se ha podido demostrar que el peligro estaba totalmente excluido para el bien jurídico protegido.

El art. 344 CP no contiene un delito de peligro abstracto-concreto, toda vez que la salud pública es un bien jurídico constituido por un objeto impreciso y carente de individualización pues se refiere a la generalidad. Por el contrario, la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública es un elemento del tipo penal del art. 344 CP. Como se lo señalado en la doctrina de los delitos de peligro, en estos casos son los tribunales los que deben comprobar en cada supuesto si la acción aparece como adecuada para la producción de las consecuencias que la ley penal quiere evitar.

Por lo tanto, la realización de una acción peligrosa *in abstracto* se debe establecer en cada caso de tal forma que se cumplan todos los elementos que acrediten su peligrosidad abstracta. En este sentido, es posible afirmar la exclusión de la tipicidad del delito del art. 344 CP en aquellos casos en los que: a) Está totalmente descartada la posibilidad de una difusión de la droga entre el público (delito contra la salud pública); por regla, ello será de apreciar cuando la acción tenga lugar en un recinto cerrado; b) No ha existido contraprestación, y c) el otro consume la droga voluntariamente en presencia del que la entrega.

Como es claro estas condiciones se dan en el presente caso, pues se trata de una modesta cantidad de droga, que sólo alcanza para una consumición y es puesta a disposición de unos acompañantes que la utilizarán en la propia presencia del que aporta la droga. En tales casos está totalmente excluido el peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores y, por lo tanto, el peligro (abstracto) que el legislador quiere impedir. En consecuencia, estamos ante una acción que no se puede considerar abstractamente peligrosa para el bien jurídico.

Naturalmente que cabe preguntarse si, en cualquier caso, estos hechos no se deberían subsumir bajo alguno de los tipos del delito (o en su caso falta) de lesiones (art. 420 y 582 CP), dado que no cabe excluir en ellos un resultado de esta naturaleza. Sin embargo, el procesado sólo ha colaborado en todo caso, en una autolesión, en una autopuesta en peligro de lesión de los otros consumidores, que como tal es impune como delito o falta de lesiones corporales, ya que dichos hechos punibles presuponen siempre que el resultado se produzca contra la voluntad de otra persona. En este caso las lesiones habrían sido causadas por el propio lesionado con plena responsabilidad. Sin perjuicio de ello, en la presente causa el procesado no fue acusado por el delito de lesiones, lo que elimina la posibilidad de considerar este aspecto dentro del objeto del presente recurso.

Artículo 348

*Delito contra la salud pública. Resultado de muerte. Imputación objetiva.
Compensación de culpas*

(STS de 20 de febrero de 1993. Pte. Sr. Conde-Pumpido Ferreiro).

Primero: El primer motivo del recurso denuncia, al amparo del número 1.º del artículo 849 LECr., la infracción de Ley que se dice cometida por inaplicación del artículo 348 CP, en cuanto al procesado José María G. J., por entender que tal

precepto sólo exige la previsibilidad del resultado, el que se podía intuir por el hecho de la venta de drogas que causen grave daño a la salud pública.

En el segundo motivo, subsidiario del anterior, plantea la infracción del artículo 565.1.º, en relación con el 407, ambos del CP, también por su inaplicación. La evidente relación de estos dos motivos y la relación que el obrar culposo del agente puede guardar con la aplicación del artículo 348 CP, aconseja su tratamiento conjunto, al igual que hizo el Fiscal en su escrito de impugnación de los mismos.

Para el recurrente, el conocimiento que el acusado tenía del mundo de la droga, por estar introducido en él, le hacía saber que la misma era peligrosa, que en muchas ocasiones había producido desde enfermedades irreversibles a la muerte y conociendo tal peligro se la vende a David D. I., que al inyectársela fallece de forma casi instantánea. De un lado, se afirma en el recurso que aquel resultado «podía y debía preverlo el procesado»; mientras el otro se asevera que, por el conocimiento que tenía de los peligros de la droga para la vida «siempre que vendía se representaba la posibilidad de una muerte y por consiguiente su actuación entra de lleno en el artículo 348 del CP» y «no —agrega— por qué aleguemos la existencia de un dolo eventual, más o menos desacreditado últimamente, sino por la existencia de un dolo directo y concreto en cuanto al resultado que pueda producirse». Supletoriamente afirma, en el segundo motivo de su recurso, que en todo caso el resultado de muerte se habría producido por una total falta de diligencia y cuidado lo que tipificaría la conducta del procesado como imprudencia temeraria.

Tal forma de argumentar nos reconduce a la cuestión de la culpabilidad en los delitos cualificados por el resultado, grupo al que pertenece el precepto penal que, en el motivo principal se dice infringido. Tales delitos se construyen inicialmente sobre la base de que la causación de un resultado más grave derivado de la ejecución de un tipo base, que encerraba un peligro de producción de tal resultado, daba lugar a una importante agravación de la pena. En esa construcción inicial la responsabilidad más severa se establecía por el mero hecho de que el delito base cometido por el autor era la causa del resultado agravatorio, al contener un riesgo de causación del mismo, lo que se presumía, excluyéndose así toda averiguación sobre la culpabilidad, imponiéndose lo que, en definitiva, venía a constituir una responsabilidad por el resultado u objetiva, según la que no era preciso que existiera culpa con respecto a la producción de aquel resultado, mientras que el dolo quedaba a su vez excluido por el hecho de que su concurrencia determinaba la aplicación del correspondiente tipo doloso, generalmente de mayor gravedad aún, que concurría en concurso con el tipo base.

Posteriormente, la necesidad de respetar el principio de culpabilidad obligó a una rectificación de aquella primitiva construcción, imponiéndose en la Reforma de la LO 8/1983 la cláusula del segundo inciso del artículo 1.º del CP según la que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos por culpa». Con lo que ya la culpa o imprudencia que pudiera encerrarse en el delito base habría de comprender dentro de su ámbito de previsibilidad y causación el resultado agravatorio que, de no ser así, dejaba de ser penado.

Pero tampoco esta última solución era del todo satisfactoria, en cuanto se entendía que, al igualar en la represión de los delitos cualificados por el resultado los supuestos en que el resultado agravatorio era causado por imprudencia y aquellos otros en que se producía con dolo eventual, el principio de proporcionalidad y aquellas reglas según la que «la culpabilidad debe ser la medida de la pena», apa-

recían contradichos por tal punición igualitaria de situaciones en las que la culpabilidad del autor era de distinta gravedad. Por ello la jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo, fundamentalmente en relación al delito de aborto (o de tentativa inidónea de aborto) previsto en el último párrafo del artículo 411, que sólo es aplicable tal figura de delito cualificado por el resultado previsto en aquel párrafo a los supuestos de concurrencia de dolo eventual, mientras los casos de dolo directo o de imprudencia, en cualquiera de sus clases, quedaban excluidos de él y darían lugar a un concurso de delitos (SS de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 y 11 de noviembre de 1987). Postura que no dejó de ser contestada por algunos sectores, no sólo por romper con el origen histórico de los delitos cualificados por el resultado, nacidos precisamente para castigar severamente los resultados culposos derivados del peligro propio del delito base, sino también por contradecir el principio del que se decía partir, al sancionar en estas figuras el resultado de muerte causado por dolo eventual más benignamente que en los supuestos del homicidio ordinario previsto en el artículo 407, y que se entiende también comisible con tal clase de dolo. Quizá por ello la Sentencia de 19 de noviembre de 1990 se apartó de aquellas tesis aceptando que también la culpa satisfacía el tipo de los delitos cualificados por el resultado. Pero la posición inicial ha vuelto a ser recuperada, esta vez precisamente para la aplicación del artículo 348 (que es el que se denuncia violado por el recurrente), en la Sentencia de 22 de abril de 1992, la cual además sale al paso de las críticas antes expuestas alegando que los supuestos beneficios para el autor «están desde el principio excluidos por el «efecto de cierre» (o de «clausura») que rige el ámbito del concurso (cfr. STS de 6 de abril de 1988)».

Segundo: Sin entrar de momento en aquella polémica en torno a si la culpa o imprudencia respecto al resultado agravatorio permite o no la aplicación del artículo 348 citado, se hace preciso determinar en primer lugar si en la conducta del recurrente se halla presente alguna de las modalidades del dolo en especial el dolo eventual que es lo que determinaría conforme a la citada jurisprudencia la denunciada infracción de aquel precepto penal.

Ante todo debe afirmarse que del relato histórico no resulta en absoluto la existencia en el acusado vendedor de la droga del dolo directo afirmado por el recurrente —y que de concurrir determinaría la tipificación de los hechos bajo la figura más grave del asesinato por veneno—, por cuanto no consta en absoluto que la finalidad de la venta de la droga a la víctima fuera la de producirle la muerte. Siendo de subrayar que el desconocimiento por parte del acusado José María G. J. de la mayor concentración de heroína de lo habitual en la droga vendida, a que luego nos referiremos más en extenso, contradice aquella supuesta voluntad homicida, así como excluye también y como ahora veremos el dolo eventual.

En efecto, la doctrina de esta Sala respecto al dolo eventual ha seguido, como advierte la Sentencia de 25 de noviembre de 1991, en distintos momentos las principales teorías de la dogmática: la de la probabilidad, la del sentimiento y la del consentimiento, pero dando más relevancia a esta última (S. 27 de marzo de 1990), tanto por ser la más enraizada en la doctrina, como por resultar menos equívoca y menos expuesta a declarar o reputar dolosas actuaciones negligentes, de forma que existiría aquella clase de dolo cuando se ha producido un resultado representado como probable y, sin embargo consentido (S. 16 de octubre de 1986, p. ej.) o aceptado (S. 19 de diciembre de 1987, p. ej.) por el agente, aunque esta aceptación pueda estar matizada por el posible deseo del autor de que el resultado admitido

no se produzca (S. de 27 de diciembre de 1988). Esto es, en el dolo eventual el autor preferiría que el resultado no se ocasionara pero, de ser inevitable su producción, la acepta sin desistir de la acción que puede causarlo.

Sin embargo, la antes citada Sentencia de 22 de abril de 1992 afirma que «en la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo». Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Aseverando también tal sentencia que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción.

Con ello la jurisprudencia de esta Sala, en su propósito de acomodarse a los casos concretos, ha llegado a una situación ecléctica y próxima a las últimas posiciones de la dogmática, que conjugan las tesis de la probabilidad con la del consentimiento, considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que además se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Pero en todo caso, y como se dijo, es exigible la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

Aplicando esa doctrina al supuesto de autos, vemos que del relato histórico y de ciertas afirmaciones que con valor fáctico se hacen en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida, resalta el dato de que el acusado José María desconocía «la alta concentración en heroína base, de la sustancia que adquirió y ulteriormente expendió» con lo que el sujeto no era consciente de que su acción encerraba un aumento notorio del peligro usual en el consumo de la heroína, que generalmente sólo produce un riesgo para la vida a largo plazo y tras un consumo continuado de la droga, produciéndose sólo un riesgo inmediato en el uso de una dosis elevada de la misma, circunstancia esta última que se daba en el caso concreto, pero que desconocía el recurrido, al vender una cantidad que aparentemente no excedía de las dosis usualmente consumidas por los adictos a tal alcaloide. Esa falta de consciencia de la elevación del riesgo implicaba también la ausencia de representación del resultado de muerte como inmediato y causable precisamente por el consumo de la droga expendida, por lo que mal podría conformarse el agente con un resultado que no se presentó como probable. Faltan, pues, los elementos propios del dolo eventual, tanto el del conocimiento o conciencia del elevado riesgo de producción del resultado de muerte como el de aceptar o cargar con la incertidumbre o eventualidad de que tal resultado se produzca.

Tercero: Otra cosa es la posible concurrencia de culpa en el comportamiento del recurrido. La Sala *a quo* la excluye en cuanto entiende que la conducta del procesado

«no entraña una actividad culposa o imprudente distinta de la ya inherente a dicho tráfico, al desconocer dicho procesado la alta concentración de heroína base, de la sustancia que adquirió y posteriormente expendió y ser además muy reducidas las porciones suministradas a cada comprador, lo que alejaba el riesgo de sobredosis».

Tal razonamiento no puede ser aceptado. La conducta observada por el procesado entrañaba, además del peligro normal propio de la expedición de drogas, riesgo reprobado y que determina la ilicitud penal de tal expedición o tráfico, otro riesgo sobreañadido y potenciado de producir daños más graves para la salud o la vida del consumidor que se derivaba de la proporción de alcaloide activo de la droga con la que se traficaba. Ciertamente que, si bien respecto a los primeros el recurrido tenía que ser consciente de su existencia, por su experiencia en el mundo de la drogadicción, no lo era en cambio respecto al segundo. Pero no cabe olvidar que esa falta de consciencia constituye en el campo de la imprudencia una modalidad específica —la de la culpa inconsciente o sin representación— que es igualmente reprochable y punible. Por lo que la única cuestión es la de establecer hasta qué punto el recurrido venía obligado a adoptar especiales deberes de cuidado en orden a la calidad de la droga expendida y a no provocar un aumento del riesgo que exacerbaba el peligro de su consumo, lo que a su vez le obligaría a tomar consciencia de aquel riesgo informándose de las condiciones o calidad de la droga con la que traficaba.

También este punto, el del riesgo asumible en el tráfico de mercancías y productos destinados al consumo, ha sido tratado por la ya citada Sentencia de 22 de abril de 1962 que advierte que «las exigencias de cuidado en ese ámbito esta constituido por las expectativas del consumidor. Desde esta perspectiva el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable». Este especial deber de cuidado que obliga a todo aquel que expende sustancias que van a ser consumidas por terceros a no aumentar los riesgos que el consumo de las mismas encierra ordinariamente, no desaparece porque la expedición o tráfico se lleve a cabo en el terreno de la ilicitud, pues también aquí rige el deber de no causar daños reprobados jurídicamente y el principio de confianza del consumidor, máxime si, como ocurre en este caso, lo ilícito es el tráfico, pero no el consumo, que no está jurídicamente reprobado mientras se limite al uso para sí mismo de la droga adquirida, en la confianza de poder utilizarla como le es habitual, sin sufrir riesgos sobreañadidos a los que son propios de tal consumo. Ni es usual ni es razonablemente exigible la adopción de medidas de «autoprotección» frente a riesgos que excedan de las relaciones sociales y el tráfico de la vida en la que se desarrolla las propias actividades lícitas.

En estas condiciones, el procesado venía obligado a asegurarse de que la droga con la que traficaba no se apartaba de los patrones usuales en el mercado y no contenía una probabilidad mayor de riesgos de los que son asumidos usualmente en ese tráfico, por los consumidores de la droga. El que no llegara a adquirir, por su pasividad y falta de información, el conocimiento o consciencia del mayor riesgo que la droga que había adquirido y vendía a terceros encerraba no excluye su culpa o imprudencia, sino sólo el carácter consciente de la misma y, a lo más, podrá valorarse en el orden a la gravedad de tal imprudencia, calificándola como simple y no como temeraria, en cuanto la adopción de aquellas medidas de información y cuidado no son usuales en el ámbito en el que el tráfico menudo de la droga se desarrolla y sólo una persona muy diligente se preocuparía de observarlas.

Cuarto: Ahora bien, tanto en el ámbito de la figura penal de la imprudencia punible (sea en la forma de delito tipificada en el artículo 565, o en la falta prevista en el artículo 586 bis), como en los delitos cualificados por el resultado, el carácter culposo de la conducta base no basta para determinar la existencia del tipo punible sino que, como recuerda la Sentencia de 3 de junio de 1989, la doctrina de esta Sala ha subrayado el carácter de elemento esencial de la apreciación de la imprudencia que tiene el nexo causal entre la acción y el resultado y como este nexo se quiebra si interfiere algún hecho extraño procedente de un tercero o de la propia víctima. Este comportamiento voluntario de la víctima asumiendo los riesgos de la acción base introduciendo en el proceso causal nuevos factores que contribuyen al resultado, ha sido de siempre valorado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de esta Sala como un elemento paliativo o excluyente de la responsabilidad del autor, acudiendo a diversos expedientes:

a) Primero, y en el más estricto terreno de la causalidad, con la tesis de la «prohibición del regreso» que determina que en el regreso por la cadena causal desde el resultado hasta la acción inicial, tal cadena se rompe si interfiere en ella una acción voluntaria (dolosa) de la propia víctima que contribuye al resultado (S. de 11 de febrero de 1975 p. ej.). Acción que, en este caso, estaría representada por la autoinculpación de la droga, con la que la víctima asumió el riesgo que comportaba el uso de la droga inyectada. Pero precisamente, el que para él —igual que para el autor— no fuera conocido el peligro exacerbado que la riqueza de la heroína representaba y que venía sobreañadido a los riesgos ordinarios que conscientemente asumía, así como el que no fuera para él —a diferencia de para el autor— exigible la comprobación de la calidad de la droga, hace que no pueda estimarse que el comportamiento de la víctima en este caso rompa la cadena causal en orden precisamente a la causa eficiente de la muerte, que fue la riqueza de la droga, pues no actuó de forma dolosa ni imprudente en cuanto a la puesta en efecto de tal causa, cuya existencia desconocía. Más aún, en el orden causal era previsible para el vendedor de la droga la conducta del adquirente, y su consumo exterior estaba implícito en el curso causal que con aquella venta se desencadenaba (la droga se adquiere para ser consumida), por lo que el hecho de tal consumo no puede romper la cadena causal de que se es consciente.

b) Más recientemente, especialmente a partir de la Sentencia de 20 de mayo de 1981, la doctrina de esta Sala viene aceptando la llamada imputación objetiva, en virtud de la que deben separarse el plano material y naturalístico de la causalidad y el normativo de la imputación objetiva del resultado a su autor. Se trate de una doctrina ligada al concepto de acción, como «acción típica», en cuanto que para afirmar que se da el tipo objetivo del injusto en los delitos de resultado es necesario comprobar ambos planos, el causal y el normativo, estimando objetivamente imputable el resultado causado por una conducta sólo cuando la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que ha dado lugar al resultado típico. Tesis que se ha desarrollado en una corriente de la que son hitos la Sentencia de 5 de abril de 1983, la de 15 de enero de 1991 y, la tantas veces citada en esta resolución, de 22 de abril de 1992.

En el terreno de la imprudencia, la Sentencia de 3 de junio de 1989 acepta tal doctrina declarando que cuando junto al peligro inicial aparece comprobada la intervención de terceros que asumen el riesgo creado por la acción de otro, se quiebra la imputación objetiva porque «en tales casos, el resultado antijurídico ya no pro-

viene del riesgo previo, indeseable pero no eficiente para ocasionar estas últimas contingencias». Ello impide que se pueda afirmar en tales casos la procedencia de la imputación objetiva. Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título —dolo o culpa— esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro, sino inconsciente inmisión en su esfera. Y la inmisión inconsciente en la esfera del peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la exclusión de la imputación objetiva, pues de otro modo quedarían impunes todo el grupo de los delitos llamados de «relación» (*Beziehungsdelikte*), en los que la víctima coopera o acepta su producción (estafa, estupro, delitos de contagio, etc.).

Por tal razón la tesis de la «asunción del riesgo» o «autopista en peligro» no puede ser aplicada para excluir la imputación objetiva y sus consecuencias en casos, como el presente, en los que la víctima no es consciente del peligro extraordinario asumido. Otra cosa equivaldría a afirmar la impunidad de los daños causados a los consumidores de productos adulterados por haber asumido inconscientemente el riesgo que representaban, al consumirlos voluntariamente. En el hecho de autos la víctima sólo asumió los riesgos ordinarios de su adicción a la droga, pero el riesgo extraordinario sobreañadido en este caso, y que fue precisamente el causante del resultado de muerte, no fue asumido conscientemente por él, ya que le era desconocido. Con lo que el criterio de la imputación objetiva sigue apuntando hacia el autor de la conducta base, que encerraba el peligro desaprobado, y no puede ser excluido por una inexistente aceptación voluntaria de tal peligro por parte de la víctima.

Tampoco el criterio del fin de la norma puede ser aquí utilizado para excluir la imputación objetiva, en cuanto si bien es cierto que la finalidad de la norma que tutela el bien jurídico de la integridad física y de la vida lo hace frente a los riesgos que provengan de la conducta de otro y no frente a las autolesiones y la propia muerte, ello es sólo en cuanto estas últimas sean voluntarias o imprudentes y no si son inconscientes: el que bebe el licor envenenado no elimina la imputación objetiva de quien, dolosa o imprudentemente, lo emponzoñó, por el hecho de ser él mismo quien lo ingiere poniendo inconscientemente en peligro su vida o, mejor aún, permitiendo inocentemente que el peligro creado por la acción del autor se materialice en el daño buscado.

Quinto: Por último, y desde otro punto de vista, esta Sala ha venido analizando el influjo que en el curso causal de las imprudencias y en la gradación de las mismas tiene la llamada «culpa de la víctima». En doctrina que resumen las Sentencias de 19 de junio de 1972 y 24 de marzo de 1983, se afirma que la culpa de la víctima puede exonerar la del autor cuando la primera sea tan determinante para el resultado que minimice la causalidad de la segunda. En otro caso, la culpa concurrente de la víctima puede hacer descender la culpa del agente uno o más peldaños en la escala imprudente. En este caso ha habido una culpa de la víctima que, si bien no asumió el riesgo pleno, sí asumió riesgos previsible en el consumo de drogas, en una imprudencia o grave, pero próxima a la culpa del autor que, como se dijo, fue constitutiva de simple imprudencia. Por esa misma nimiedad de la culpa de la vic-

tima, ésta no produce *per se* la exoneración de la culpa del autor, pero sí la disminuye o minimiza. Y no existiendo por debajo de la forma o grado de la imprudencia simple otra modalidad de culpa penalmente reprochable, la degradación de tal clase de culpa leve debe conducir a la no apreciación de imprudencia punible en la conducta del recurrido.

No existiendo, pues, ni dolo eventual ni imprudencia punible con respecto al resultado causado, son inaplicables al hecho de autos tanto el artículo 348 del Código Penal, como el 565 o el más leve, y no invocado, artículo 586 bis, del propio Código.

Artículo 349

Delito contra la Hacienda Pública. Falta de declaración

(STS de 26 de abril de 1993. Pte. Sr. Granados Pérez).

Cuarto: En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca aplicación indebida del artículo 349, en relación con el derogado artículo 319, ambos del Código Penal, e infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

Se alega que no concurre el elemento subjetivo del derogado artículo 319 del Código Penal, ni del actual 349 del mismo texto legal, que va implícito en el término «defraudar» que emplea el precepto y que el impago de los impuestos fue debido a la crisis económica que sufría la empresa y que no existió, por consiguiente, ánimo de engañar.

No se cuestiona, pues, que el recurrente desatendió su obligación de abonar el Impuesto de Tráfico de Empresas durante los ejercicios de los años 1983, 1984 y 1985, sino que se trata de justificar el impago por la crisis económica que padeció la sociedad, afirmando la inexistencia de ánimo de defraudar.

Se razona por el Tribunal de instancia, con profusión y acierto, la concurrencia, en el relato histórico de la sentencia impugnada, de cuantos componentes subjetivos y elementos objetivos configuran el delito contra la Hacienda Pública apreciado por el Tribunal sentenciador.

Ciertamente, se explicita la presencia de la defraudación, del perjuicio económico a la Hacienda Pública, y que la cuota defraudada era superior, por concepto tributario y por cada periodo impositivo —años 1983, 1984 y 1985—, a los cinco millones de pesetas.

El sentido y alcance que debe otorgarse al término «fraude» al que se alude en el artículo 349 del Código Penal y si es posible o no cometer el delito fiscal por la mera omisión de la declaración, son dos cuestiones básicas para el entendimiento de esta figura delictiva y que han sido objeto de especial atención por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala.

La Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1988, resuelve ambas cuestiones con un común argumento: *la no presentación de la declaración equivale a estar afirmando a la Administración que no se tiene nada que declarar y ello entraña la presencia del engaño propio de la defraudación.*

Con arreglo a este criterio, defrauda a Hacienda quien sabedor de que tiene la obligación de satisfacer el impuesto que corresponda lo elude, omitiendo la declaración debida.

Que exista o no *animus* defraudatorio es un problema de inferencias (cfr. Sentencia de 27 de diciembre de 1990), que corresponde decidir al Tribunal de instancia.

Si a la omisión de la declaración se añade, como sucede en este caso, la ocultación de los datos propios para sentar las bases del impuesto, al prescindirse de la obligada llevanza de los registros en los libros, ello ayuda a conformar el elemento defraudatorio, por lo que en modo alguno resulta ilógica o arbitraria la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia acerca de su presencia; y si, al mismo tiempo, coexiste con un perjuicio a la Hacienda Pública por una cuota superior, en cada una de las tres anualidades, a los cinco millones de pesetas, resulta obligado desestimar el presente motivo, por infundamentado y por existir una más que suficiente prueba de cargo para enervar el principio de presunción de inocencia, igualmente invocado.

Artículo 369

Desobediencia. Incumplimiento de sentencia. Alcalde

(STS de 16 de marzo de 1993. Pte. Sr. Díaz Palos).

Primero: Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso interpuesto, conviene recordar los elementos estructurales del delito de desobediencia cometido por funcionario y tipificado en el artículo 369, párrafo primero del Código Penal y que son:

a) Un *elemento objetivo* constituido por la negativa abierta a dar cumplimiento, en este caso a sentencia dictada por el Tribunal Supremo, dentro de su competencia *ratio materiae* y revestida por las formalidades legales. Negativa abierta que tanto quiere decir como patente y categórica, desoyendo el funcionario los requerimientos que se le hicieran para el cumplimiento del mandato (judicial) (Sentencia de 5 de diciembre de 1990), sin que al respecto pueda tacharse de contradictoria la jurisprudencia recaída en el tema, pues «el delito de desobediencia se caracteriza no sólo porque aquella desobediencia adopte una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde» (Sentencia de 9 de diciembre de 1964). No se trata de confundir la desobediencia con meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia (Sentencia de 7 de noviembre de 1944). En suma la expresión «negativa abierta», como dice la doctrina científica, excluye la comisión culposa en delito esencialmente intencional (Sentencia de 15 de febrero de 1990). Y lo cierto es que la oposición clara a un mandato, bien puede deducirse de la repetida no ejecución.

b) Un *elemento subjetivo* que se deduce de lo anterior, y que no es otro que el incumplimiento del mandato sea de una manera voluntaria e intencional, sin que lo supla un reiterado o negligente abandono, dado que por el contenido de la orden no hay lugar a confusión o mala inteligencia (Sentencia de 5 de diciembre de 1990 ya citada). Ello quiere decir que si el incumplimiento es ostensible y, por ende, intencional, no cabe la comisión culposa.

Segundo: El *primer motivo* del recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción del artículo 369 del Código Penal por entender que a tenor de la relación de hechos probados, éstos no son constitutivos de delito.

Según el recurrente, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1985, reconoció al acusador particular de esta causa, Ignacio Cuadros Naves, el derecho de obtener del Ayuntamiento de Biosca (Lérida) licencia de obras para edificar un almacén en la parte de finca llamada «La Era» que había comprado a su dueña Florentina Millas Vilagriño, sin embargo, la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1987 desestima la pretensión del Sr. Cuadros, una vez que esta última resolución judicial autorizó la construcción de una escuela por ser de utilidad pública o de interés social en la finca que el Sr. Cuadros había comprado posteriormente en su totalidad, causa de que solicitara al Ayuntamiento la mentada licencia de obras, que le fue denegada en 20 de diciembre de 1982 siendo sucesivamente interpuestos por la acusación particular hasta obtener la sentencia del Tribunal Supremo de 1985, resolución en la que se dice que debía concederse la licencia «sin nuevas dilaciones, artificios o subterfugios, ya que ello representaría una conducta contraria a la buena fe... que podría acarrear a la Corporación consecuencias nada favorables».

Como se ve antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 1987, e incluso de la de 1985, el Sr. Cuadros, ya había instado licencia que de nuevo instó y que de nuevo fue denegada por silencio administrativo, lo que hizo que el perjudicado acudiera a la Comisión de Urbanismo de Lleida, que otorgó la licencia por subrogación en 16 de julio de 1986, contra cuyo acuerdo recurrió el Ayuntamiento en reposición y alzada, siendo desestimados ambos recursos.

Para salir de este *impasse* el acusador particular trató de buscar una conciliación con el Ayuntamiento ofreciendo en compensación al Alcalde la cantidad de 100.000 pesetas para obtener el permiso de obras, lo que fue debatido en el Ayuntamiento, que siendo favorable en principio a tal compensación, arrastrado por el acusado denegó esta vía de acuerdo. El Alcalde, incluso, siguiendo en su actitud de oposición a la sentencia de 1985, siempre en su condición de Alcalde, interpuso en 23 de enero de 1985, demanda de interdicto de obra nueva que paralizó las obras iniciadas por Cuadros amparado en el permiso de la Comisión de Urbanismo, hasta que el día 8 de mayo de 1987, ya conocida la sentencia de 1987, el acusado firmó el acuerdo municipal de expropiación de la parcela e interesó de la Conselleria de Gobernación de la Generalitat de Catalunya la declaración de urgente ocupación de la finca. Sin embargo, también esta demanda fue desestimada finalmente por la Audiencia Provincial de Lleida en sentencia de 1987, la que puso de manifiesto la falta de respeto de la Corporación Municipal ante las precedentes resoluciones judiciales, advirtiendo que de seguir en dicha actitud podría derivarse responsabilidad penal, que es lo que, en definitiva, ha ocurrido.

En resumen, de lo que antecede se desprende que el acusado obrando siempre como Alcalde del Ayuntamiento de Biosca, lo que hace aplicable el artículo 15 bis del Código Penal, propició las resoluciones corporativas desconocedoras del derecho otorgado, hasta el punto de que después del complejo proceso antes expuesto culminó su actitud, una vez interpuesta la querrela que dio origen a esta causa, logrando que el Pleno del Ayuntamiento, en 25 de abril de 1988, basándose el acusado en un informe previo de Letrado, acordase la revocación de la licencia de obras con-

cedida por la Comisión de Urbanismo de Lérida; reconocer al Sr. Cuadros la indemnización que le corresponde; y ordenara que suspenda de inmediato las obras emprendidas al amparo de dicha licencia, pero el Sr. Cuadros también logró del Juzgado de Cervera, en el procedimiento interdictal aludido, que revocara la suspensión de la obra.

Tan accidentado proceso, terminó con la expropiación forzosa del terreno para construir la escuela pública y abonando al Sr. Cuadros como justiprecio la cantidad de seis millones de pesetas, incluidos los intereses devengados, en fecha 26 de enero de 1990.

Tercero: De todo lo expuesto se desprende la contumaz postura del acusado como Alcalde del Ayuntamiento de Biosca, no sólo omitiendo cumplir la sentencia del Tribunal Supremo de 1985, sino obstaculizando su ejecución promoviendo recursos distintos en órganos judiciales inferiores y logrando acuerdos del Ayuntamiento para lograr su obstinada decisión de llegar a la construcción de la Escuela Pública, que si, en sí mismo, es cosa loable como dice la sentencia recurrida, los medios puestos en práctica no lo son, tanto más que fueron a costa de una sentencia firme del más alto Tribunal de Justicia.

El delito de desobediencia se había, pues, consumado, cuando se dictó la sentencia del Tribunal Supremo de 1987, siendo de notar que esta sentencia no es en modo alguno contradictoria de la anterior, sino que cada una de ellas otorgó su amparo a derechos distintos: La primera el *ius aedificandi* que tenía el actor en terreno que era de su propiedad. Y la segunda el derecho de satisfacer el interés social de levantar una escuela en dicho terreno, por medios lícitos, como era el de expropiación, que es en definitiva lo que consiguió el Ayuntamiento de Biosca utilizando tales medios. Esto es lo que debió realizar la Corporación municipal y su Alcalde en representación de la misma, sin equivocarse el camino de desconocer una sentencia firme y de empeñarse en ello hasta el último momento. Así lo pone de relieve la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica que damos por reproducida.

Tampoco es admisible el alegato de la representación del recurrente de que el Alcalde «con argumentos en los que realmente creía», siguió con el deseo de construir la escuela prometida al pueblo. Esta creencia pudo obrar como móvil, pero el mismo es distinto del dolo, como es sabido de todos. Y así sucede en el delito de que tratamos que se consuma con la desobediencia a una sentencia judicial de manera abierta y continuada. La obstinación del Alcalde lo único que consiguió fue despertar la conmoción del pueblo de Biosca provocando insultos y pintadas contra Cuadros, todo lo cual se hubiera evitado de haber seguido el camino correcto que al final se impuso.

De lo dicho también se desprende que el acusado, en su largo camino de desobedecer la sentencia del Tribunal Supremo de 1985, obró dolosamente.

No cabe la réplica a que se acoge de nuevo el recurrente que éste, en definitiva, obró conforme a derecho y asesorado por un Letrado, como lo prueba el advenimiento de la sentencia de 1987. Ya hemos visto que no existió tal contradicción de ambas resoluciones. En todo caso, cuando se pronunció esta segunda sentencia, se había desobedecido ampliamente la primera, que, además, le marcó al acusado el camino adecuado de no persistir en su actitud y utilizar otros cauces legales para lograr su pretensión. Sobre todo ello se ha dicho ya lo bastante.

El motivo debe ser desestimado.

Artículos 390 y 401

Cohecho impropio. Solicitud del regalo. Tentativa. Fraude de funcionario. Concurso

(STS de 23 de febrero de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).

Noveno: Se apoya en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando infracción del artículo 390 del Código Penal por indebida aplicación.

El artículo 390 citado dice: «El funcionario público que admitiera regalos que le fueran presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido, será castigado...»

No es el momento de llevar a cabo una consideración general y pormenorizada sobre las características de los hechos que aquí se punen. No sería adecuado. Nadie ha recurrido respecto a otras modalidades más graves y, por tanto, el incodicionado sometimiento al principio acusatorio lo hace improcedente.

Estamos, pues, en presencia del llamado *cohecho impropio* en el que, como dice la doctrina científica, existe una perturbación del correcto funcionamiento de la función pública por cuanto existe una conexión causal entre el regalo que se ofrece y el oficio público del funcionario. Se trata, nada menos, que de 300 millones de pesetas y de una actuación penal iniciada precisamente —y, por fortuna, terminada— con la no consumación de lo pretendido en razón de la denuncia de Javier García y Asencio Pastor, explicando lo sucedido a la Directora General de Urbanismo, quien puso los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Tampoco hay necesidad de insistir —porque el reproche penal es aquel, y sólo aquel, que establece la Ley— principio de legalidad con exigencias de taxatividad y certeza —en relación con la gravedad de los hechos de esta naturaleza o de naturaleza análoga por el muy grave daño que hacen a la comunidad que puede perder la credibilidad o parte de la credibilidad en las instituciones—, aunque, por fortuna, en este caso la reacción de la autoridad fue inmediata y eficaz.

Todos los elementos del tipo penal concurren en este caso, puesto que en él se incluye el supuesto de que el sujeto activo admita regalos que le fueran presentados, *y también cuando es él quien los solicita*. En definitiva, son perspectivas de un mismo comportamiento, visto como un poliedro desde distintos planos.

Otra interpretación conduciría al absurdo, teniendo en cuenta que, con este entendimiento del precepto no se extravasa el contenido propio del mismo, en razón a que, *con iniciativa del funcionario o sin ella, lo que se sanciona —elemento teleológico— es el abuso del ejercicio de la función pública*.

En este caso la solicitud procede del funcionario y, entonces, es él el que induce, aunque sea sin éxito, al particular, al delito.

Pero el funcionario no actúa en un sistema de bilateralidad, sino que en su actuación ya se dan todos los requisitos y exigencias objetivas y subjetivas del injusto.

Décimo: Con apoyo en el mismo artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia otra vez indebida aplicación del artículo 390 del Código Penal, en relación con el 3.3 del mismo Código respecto de la tentativa. Lo que sucede es que en este supuesto y en este delito la sollicitación es, al menos, tentativa, según

la sentencia de instancia, calificación que, como ya se dijo, no puede ahora agravarse por el principio que prohíbe la *reformatio in peius*.

Entienden los recurrentes que sería de aplicación la figura del desistimiento, pero esta modalidad en los actos de perfeccionamiento del delito supone una dejación de la actividad delictiva que responde a su propia y definitiva decisión, y esto no es lo que dice la sentencia de instancia, declaración histórica que en este cauce procesal ha de respetarse.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

Único: En el único motivo, por infracción de Ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia indebida aplicación del artículo 401 del Código Penal.

Dice el Ministerio Fiscal que, dándose como probado que lo acusados (funcionarios públicos y particulares cooperadores) pretendieron obtener de terceros un beneficio (300 millones de pesetas), de una operación relativa a la calificación urbanística de una finca, en que debían intervenir por razón de su cargo o función, no es procedente que se les absolviese de esta modalidad delictiva.

El artículo 401.1 citado castiga al funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo...

Sujeto activo lo será el funcionario que, por razón de su cargo, haya de intervenir en un contrato u operación, si se interesare en él. Por consiguiente, el *problema se plantea a la hora de fijar si tal comportamiento actúa en forma concursal con la prevaricación y el cohecho*. La doctrina científica está dividida. La actividad comisiva consiste esencialmente en interesarse en cualquier clase de contrato u operación en la que deban intervenir por razón de su cargo (Sentencia de 18 de febrero de 1980).

No es ajena a la controversia doctrinal existente la falta de una jurisprudencia consolidada en la interpretación del precepto. La Sala de instancia estima excluidos de la norma los actos de los funcionarios que, desde fuera del negocio u operación, sin estar implicados en ellos, se limitan a pedir u obtener algún beneficio, al convertirse así, de alguna manera, en contratistas.

Esta Sala ha manifestado que lo esencial es que el funcionario tome interés en aquello que, por constituir materia propia de su cargo, no puede ser objeto codiciado para sus apetencias lucrativas (Sentencia de 28 de septiembre de 1951), lo que le obliga a un total apartamiento (Sentencia de 30 de marzo de 1955), tratando de impedir el abuso o prevalimiento (Sentencia de 22 de noviembre de 1971), que la actividad del sujeto activo se desdobra actuando como funcionario en el contrato u operación y recibiendo como particular el beneficio (Sentencia de 18 de febrero de 1980), que la esencia está en evitar la contradicción de intereses y de lealtades (Sentencia de 6 de marzo de 1990), y que se trata de preservar la integridad y rectitud del funcionario (Sentencia de 16 y 29 de mayo de 1990).

El artículo 419 del Proyecto de Código Penal de 1992 determina con precisión el contenido del tipo equivalente al actual artículo 401.

La autoridad o funcionario público que debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, acuerdo, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa

o por persona interpuesta en tales negocios o actuaciones, será castigada... Este dato puede ser significativo.

En definitiva, hay que entender que la nota distintiva respecto de otros delitos, con los cuales puede coexistir a través de un concurso, es que en esta infracción penal el funcionario pretende obtener beneficio del negocio o actividad en cuyas actividades se introduce o participa, es decir, participar en el negocio, inmiscuirse en él, actividad que aquí no se produjo.

Es por ello por lo que, asumiendo los argumentos de la sentencia de instancia, procede desestimar el motivo único del Ministerio Fiscal, no sin reconocer el interés que su formulación y defensa, en el acto juicio oral, han ofrecido.

Artículo 405

Parricidio. Omisión. Posición de garante

(STS de 31 de marzo de 1993. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez).

Quinto: El segundo motivo por infracción de Ley, por la vía del núm. 1.º del art. 849 del texto procesal penal, denuncia aplicación indebida del art. 405 del Código Penal.

El motivo está inexcusablemente destinado a su desestimación, porque el recurrente no respeta el hecho probado, constantemente en su desarrollo lo cuestiona con manifestaciones particulares, o declaraciones de la víctima.

El *hecho probado* resulta tajante: «... se despertó debido a que sentía dolor en el vientre y sin decir nada a su marido se fue al baño y allí parió una niña viva, a término, que respiró, pesando 3 kg y 100 gr, midiendo 54 cm de longitud y teniendo 36 cm de perímetro craneal. La madre, que tiene conocimiento de asistencia a un parto por razón de su profesión de azafata —por si se produce alguno en pleno vuelo— cogió a la niña entre sus manos sin que se cayera al suelo y viendo que tenía espuma en la boca se la limpió, se desgarró el cordón umbilical; le pareció que no respiraba y sin pedir auxilio a su marido, ni a nadie, la envolvió en una toalla y una falda pantalón cuya bolsa puso en un estante del armario entreabierta. La niña murió debido a la intervención de diversos factores: la anoxia producida por confinamiento, la falta de ligadura del cordón umbilical y, en definitiva, la privación de los cuidados necesarios para la conservación de vida...».

Consta la existencia de una niña viva, que respira, a término, con las características de peso y tamaño que el *factum* describe, la madre que tiene conocimientos obstétricos, no avisó a su marido, ni a nadie y ante el desgarrar del cordón, introduce a la criatura en unos envoltorios y bolsas y omite toda clase de cuidados y al despertarse el marido y ver a su mujer en el suelo y ver manchas de sangre, no apreciando mucho por no llevar las gafas, su mujer le engañó diciendo que había tenido el periodo y había perdido mucha sangre.

Existen en la conducta de la recurrente actos y omisiones de claro contenido causal en la producción de la muerte de la niña, que por su total indefensión exige cuidados y atenciones, equiparándose así la conducta activa a la omisiva en el orden causal, a más de actuaciones positivas como introducir en bolsas y envoltorios irrespirables a la recién nacida. Envolvió a la criatura en una toalla que metió en una bolsa de plástico y todo ello en una bolsa de deportes, lo que impidió respirar

adecuadamente. Debió liar el cordón umbilical por los conocimientos que poseía y por anterior parto propio.

Finalmente *la conducta ha de reputarse dolosa* a todas luces.

Como el dolo con su dualidad de elementos, intelectual y volitivo, pertenece a lo subjetivo para poder apreciarse, salvo que el propio sujeto confiese voluntaria y lícitamente su voluntad intencional y maliciosa del resultado punible, debe inferirse por datos extrínsecos, pero íntimamente relacionados con el agente y con el hecho delictivo, para inferir y sacar las precisas consecuencias. La Sala de instancia lo ejecuta irreprochablemente, a juicio de este Tribunal de Casación, en el fundamento jurídico primero de su sentencia, complementario del hecho probado según la doctrina jurisprudencial. Son datos a tener en cuenta el conocimiento del estado de gestación por la recurrente, que pese a que lo niega hasta que según ella se le retiró la menstruación en mayo de 1990, la pericial médica practicada en el plenario patentiza una criatura a término, por su tamaño, peso y otros datos de observación. La acusada no hizo saber a nadie su estado de gestación, ni acudió a consultorio médico, trabajando durante todo el tiempo que duró el embarazo y haciéndolo intensamente. El nacimiento se produjo de una niña completamente formada, a término, que nació viva y respiró y no cayó al suelo, ya que no se le apreció lesión alguna y que si murió fue debido a no recibir los cuidados de la madre. Resulta inconcebible la ocultación del embarazo, incluso al marido y el no acudir a la consulta del ginecólogo, máxime habiéndosele tenido que practicar una cesárea al dar a luz a su anterior hijo y que no avisara a su marido que estaba junto a ella de que se le aproximaba el momento del parto o a cualquier persona, hallándose en zona urbana. De todos estos datos, de la no ligadura del cordón umbilical, de la colocación de la niña entre envoltorios, en bolsas, en situación de imposibilidad de respiración, en la omisión de cuidados y en engañar al propio esposo de la sangre caída en el suelo, atribuyéndolo a la llegada de su regla... Todos estos datos conjunta y racionalmente apreciados infieren un claro *animus necandi* que puede vializarse por la vía de la acción, con actos positivos, como el introducir a la criatura, tras envolverla en una toalla, en una bolsa de plástico metiendo, todo ello, en otra bolsa de deportes, junto con otra toalla y ropa, como con omisiones trascendentes y causales al resultado lesivo como la falta de ligadura del cordón umbilical y la omisión de toda clase de cuidados a la criatura precisada siempre del auxilio maternal.

Tradicionalmente en el Derecho español se ha estimado como muerte dolosa del descendiente e incardinable en el art. 405 del Código Penal la conducta de la madre que deja sin alimento a su hijo de pocos días, lo que determina su fallecimiento —Sentencias de 12 de febrero de 1892 y 15 de noviembre de 1987—. Existe una identidad estructural y material en el plano normativo donde aparecen como equivalentes los actos determinantes de la muerte y las omisiones con virtualidad causal de negación de asistencia y cuidados a un ser totalmente desvalido.

En la *posición de garante* de la recurrente y en el *deber jurídico que pesaba sobre ella para la protección de su hija recién nacida*, se encuentra la razón de su responsabilidad por omisión, interviniendo en una situación peligrosa para evitar un peligro y daño para el bien jurídico ajeno.

La doctrina de esta Sala estimó un delito de parricidio, de comisión por omisión en la procesada, que dejó desasistido al hijo recién nacido, sin haber requerido la asistencia de facultativo, ni antes, ni durante el parto, ni después, para que asistiera al recién nacido, al que ni siquiera ató el cordón umbilical —Sentencia de 17 de

diciembre de 1985— y en la que encerró a los niños en el piso en que se encontraron, sabiendo que no tenían posibilidad de acceder a alimento alguno y que dependían en consecuencia de la alimentación que sólo ella les podía proporcionar —Sentencia de 30 de junio de 1988— habiendo sostenido este Tribunal que el dolo en los delitos de omisión está constituido por el conocimiento de las circunstancias condicionantes del surgimiento del deber de actuar propio de la posición de garante que ocupa el omitente, así como el de su capacidad para realizar la acción requerida para impedir el resultado lesivo al bien jurídico y así se aprecia el dolo en el desmejoramiento paulatino y progresivo, además de su directa consecuencia de la inadecuada y casi nula alimentación, era perceptible por el deprimente y penoso aspecto que la pequeña presentaba —Sentencia de 27 de octubre de 1992.

A la vista de las razones expuestas, debe ser desestimado inexcusablemente el motivo.

Artículo 420

Lesiones. Tratamiento médico

(STS de 6 de febrero de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).

Primero: Por infracción de Ley, con fundamento en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la incorrecta aplicación de los artículos 501.4 y 420 del Código Penal.

El desarrollo del recurso, absolutamente clarificador de la voluntad impugnativa, pretende llevar a la convicción de esta Sala que las lesiones que se produjeron y que fueron objeto de condena no deben determinar la calificación jurídica de robo con lesiones del artículo 501.4 del Código Penal, sino la más benévola del número siguiente.

Respetando los hechos probados, examina el concepto de tratamiento médico y considera que, en este caso, existió una primera asistencia pero no una intervención facultativa que merezca el calificativo de tratamiento.

Segundo: Centrado así el tema, es imprescindible determinar si, en efecto, hubo o no tratamiento médico. El hecho probado, en el aspecto que nos interesa, dice que el procesado clavó la navaja en el muslo izquierdo del agredido, produciéndole una herida de 5 centímetros de profundidad de la que tardó en curar 61 días, habiendo necesitado durante dicho período asistencia y tratamiento médico consistente en la puesta y retirada de un *drenaje* en la herida, en orden a evitar la posible infección de la misma, necesitando, al mismo tiempo, tratamiento con *antibióticos*, quedándole al lesionado como secuelas dos cicatrices de unos dos centímetros de longitud cada una de ellas, lineales, de dirección vertical, situadas en el tercio superior del muslo izquierdo.

Prácticamente toda la doctrina científica ha expresado su inquietud respecto a las fronteras de la idea de tratamiento médico o quirúrgico y a la posible excesiva indeterminación del concepto.

Desde luego, la primera asistencia facultativa no ha de considerarse tratamiento. Éste supone esa primera asistencia más una intervención complementaria, aunque la citada primera asistencia pueda consistir precisamente en prescribir, por ejemplo, una intervención quirúrgica, mediata o inmediata.

El legislador penal en 1989 decidió sustituir el viejo criterio de medición de la gravedad de las lesiones, en razón a los días de curación, por otro en el que se atendiera a la naturaleza del menoscabo corporal o psíquico lo cual, sin duda, representaba un considerable avance respecto al sistema puro de tarificación de penas en razón a los días de curación. El problema radica en conocer bien y aplicar correctamente la nueva ordenación jurídico-penal.

La Exposición de Motivos de la Ley de 21 de junio de 1989, que modificó el sistema penal respecto de los delitos contra la integridad física, al que acabamos de hacer referencia, no aclara mucho el problema. Razona el legislador que, al modificarse la falta de lesiones, era obligado modificar la parte fundamental de esta figura penal: se acaba así con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal, sustituyendo aquellas tipicidades por otras en las que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión, cuanto los modos y formas de su causación, mutilación y esterilización. Tampoco el Proyecto de 1992, que mantiene el sistema en líneas generales, ni en su exposición de motivos, ni en su articulado, da mayor luz al tema y el problema continúa.

La primera asistencia facultativa es la exigencia necesaria e indispensable para considerar la agresión corporal como una intracción penal delictiva (V. artículo 582 párrafo 2.º del Código Penal que contempla el golpeamiento y el maltrato de obra sin causar lesión). La primera asistencia viene a ser algo así como el inicial diagnóstico de la existencia de una lesión y puede proyectarse, a veces, en varias direcciones: El lesionado es observado por dos o tres especialistas. Si todos ellos estiman que tras aquellos estudios no es necesario actuar, estamos en presencia de una falta, a no ser que la lesión, por otra distinta razón, constituya una infracción penal más grave, por ejemplo, la pérdida de piezas dentarias o una deformidad de otra naturaleza si la lesión, lo que no es fácil de concebir, no necesita tratamiento.

El tratamiento médico es, por el contrario, aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquélla no es curable. Por ello, todo aquello que significa simples cautelas o medidas de prevención (como obtención de radiografías, pruebas de scanner o de resonancias magnéticas (mediante las cuales se puede separar una oscilación de determinada frecuencia de entre otras muchas de la misma o distinta amplitud, lo cual tiene gran aplicación en la técnica de la radioelectricidad y del diagnóstico), sometimiento a observación si ésta no genera intervenciones corporales propiamente dichas, etc.) no será tratamiento. Otra solución conduciría a que la mayor o menor exigencia del Facultativo, respecto a la observación/prevención, determinara la presencia de un delito o una falta, lo que no parece correcto por la inseguridad que este criterio generaría, y no se puede olvidar que la taxatividad y certeza forman parte del principio de legalidad, uno de los más esenciales del Derecho Penal.

El tratamiento quirúrgico es, por otra parte, aquel que, por medio de la cirugía, tiene por finalidad curar una enfermedad a través de operaciones de ésta naturaleza, cualquiera que sea la importancia de esta, cirugía mayor o cirugía menor.

Fuera de los supuestos de pura y simple prevención u observación, toda lesión que requiera una intervención activa, médica o quirúrgica, será ya tratamiento, debiéndose entender que la necesidad de tratamiento es de carácter objetivo, es decir, que habrá delito aunque no se hubiera hecho tratamiento si éste era imprescindible

(por ejemplo, en el caso de una fractura) y, en sentido opuesto, no lo habrá así, aun con la intervención o tratamiento de hecho, se constata, después, que éste en absoluto era necesario. Este dato podrá incidir en orden a la responsabilidad civil, pero no en la penal.

Tercero: Todo cuanto queda dicho conduce a desestimar el recurso. El drenaje constituye un tratamiento porque somete al enfermo a una serie de intervenciones, curaciones y gravámenes que no son de observación o exclusivamente de prevención, como suele ser una vacuna. El *tratamiento con antibióticos* frente a una herida es también tratamiento, cuando la herida por sí, por sus características o circunstancias, hacía obligada su ingesta para evitar complicaciones.

Artículo 420

Violación. Comisión culposa. El proyecto de 1992

(STS de 1 de abril de 1993. Pte. Sr. Ruiz Vadillo).

Primero: Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se formula el único motivo del recurso, alegando aplicación indebida del artículo 429.1 del Código Penal.

El argumento de la Defensa es, en síntesis, el siguiente: el recurrente permaneció, mientras se realizaban los hechos por un tercero, condenado éste como autor de un delito de violación, alejado del sitio en que aquéllos tenían lugar, a 10 ó 15 metros de distancia. Pasados unos minutos, el recurrente fue llamado por el otro procesado para que se acercara, introduciendo el pene en la boca de M.^a Alicia y, a indicación de aquél, es decir, el que hemos llamado terrero, en la creencia de que el contacto era consentido, sin que llegara a eyacular, retirándose pasados unos minutos y alejándose de nuevo unos metros, oyendo gritar por primera vez a la mujer, que hasta entonces no lo había hecho, distanciándose, por fin, con el otro compañero.

Segundo: Antes de dar solución al problema debatido, es obligado recordar, siquiera sea brevemente, los presupuestos sobre los que se asienta el recurso de casación y las limitaciones inherentes a una impugnación extraordinaria y con motivos tasados. En efecto, en éste, como en cualquier otro supuesto, ninguna significación jurídico-penal puede tener que esta Sala, con los mismos hechos declarados probados, que han de permanecer inalterados en este cauce casacional, estimara que los comportamientos que en él se relatan hubieran de ser constitutivos de infracción penal más grave, porque un principio esencial, en este orden de cosas, como es, precisamente, el de «prohibición de la *reformatio in peius*», lo impide. Por otra parte, los hechos que el Tribunal *a quo* considera probados o no probados no pueden ser objeto de alteración, salvo que por una prueba documental, no contradicha por los elementos probatorios, se acredite la equivocación, entendiéndose que, excepcionalmente también, la prueba pericial puede servir para acreditar el error.

Así las cosas, hemos de situarnos en el marco que el juzgador en la instancia ha acotado. El autor ha realizado el tipo penal —el acceso bucal— por error, excluyéndose, por consiguiente, su responsabilidad por el delito doloso. Falta el conocimiento de la voluntad de la mujer, contraria a la realización del hecho, difícilmente concebible en las circunstancias que se describen pero que se da como pro-

bado y nadie ha atacado este extremo, es decir, falta uno de los elementos básicos del tipo penal (el conocimiento de la voluntad contraria a la realización del acto por la víctima) y, por consiguiente, no hay delito doloso.

Ahora bien, este error, que ha de calificarse de error de tipo (representación falsa de la realidad), puede provenir de un descuido del agente (que pudo ser evitado mediante un actuar diligente: indagar si existía o no consentimiento de la mujer) o de un comportamiento erróneo o ignorante de tal naturaleza que de él no era factible salir: Si el error es vencible, es decir, si se está en la primera hipótesis queda abierta la responsabilidad culposa, pero sólo si la realización del tipo penal es punible bajo esa modalidad de culpa, es decir, si se dan los elementos que caracterizan la realización culposa del tipo. En la segunda hipótesis, es decir, cuando el error es vencible o no cabe la realización culposa del hecho, procede la absolución.

En tales circunstancias, *hay que plantearse el tema de si el delito de violación admite o no la forma culposa*. La doctrina jurisprudencial y la científica han aceptado, en efecto, en casos excepcionales, la culpabilidad culposa. Así, a la equivocación en la edad de la víctima, al error sobre si la misma se halla o no privada de razón o sentido y, en este orden de cosas, el error, obviamente, puede o no ser excusable (véase Sentencia de 21 de diciembre de 1963). La doctrina hace referencia en estos casos a las dificultades de diagnóstico de las enfermedades mentales, así como a la edad. En Derecho comparado, se establecen soluciones de distinto signo y proyección: no hay, en este orden de cosas, unidad.

El *Proyecto de Código Penal de 1992*, que puede servir de orientación respecto a la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil), especialmente cuando su incidencia en la interpretación de la norma es favorable al reo, regula el error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal y sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (artículo 13) de forma parecida a como se ordena en el Código Penal vigente (artículo 6.bis.a).

Ahora bien, cuando el Proyecto de Código Penal regula los delitos contra la libertad sexual (Título VIII) y, más en concreto, la violación y las agresiones sexuales violentas (Capítulo I), recoge, en el artículo 181 último párrafo, la siguiente declaración normativa: la comisión por imprudencia de los hechos descritos en los números 2 (cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación) y número 3 (cuando fuere menor de 12 años cumplidos), será castigada con la pena inferior en uno o dos grados. Es decir, queda excluida, y ello es lógico, la comisión culposa del número 1 que tipifica el uso de fuerza o intimidación.

Es, desde luego, conforme a los criterios más elementales de la lógica y al sentido común que no se puede usar, en este sentido, la fuerza o la violencia imprudentemente. Los actos de violencia física o psíquica no pueden compararse en situaciones jurídico-penales de culpabilidad culposa.

El alcance general del artículo 565 del Código Penal —hasta que se sustituya el sistema por la determinación específica de los casos en los que es de aplicación la impudencia o la culpabilidad culposa— ofrece excepciones, entre ellas aquellas, como la violación, en los términos ya vistos, cuya estructura no permite, en principio, un actuar culposo, en los términos ya examinados. El artículo 429.1 desde luego no lo contempla: se utiliza la violencia física o la intimidación para realizar el acceso carnal en contra de la voluntad del sujeto pasivo. Por ello, aunque en este caso el error fuera vencible respecto al consentimiento de la víctima, no hay posibilidad técnica jurídica de calificar el comportamiento del recurrente como delito de viola-

ción, lo que se dice desde la perspectiva de los hechos declarados probados, intocables en este trámite procesal, no, obviamente, desde la convicción que en uno u otro sentido haya obtenido la Sala respecto al comportamiento del recurrente en orden al conocimiento que pudiera tener de la realidad de la oposición de la víctima al ataque que sufría.

En consecuencia, procede casar la sentencia y dictar otra ajustada a derecho.

Artículo 429.1.º

Violación. Oligofrenia

(STS de 1 de febrero de 1993. Pte. Sr. García Ancos).

Primero: El inicial motivo de casación se ampara en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tiene su fundamento en haberse infringido, por indebida aplicación, lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 429 del Código Penal, alegándose por el recurrente, en esencia, que la oligofrenia que padecía la presunta víctima de la agresión no puede entenderse en el grado que la norma requiere para entenderla «privada de razón».

Según los hechos probados, la víctima era una mujer de 32 años de edad cronológica con «una oligofrenia media que disminuye sus facultades intelectivas y volitivas, cifrándose su edad mental en siete años, indicándose, asimismo, que esa deficiencia mental era «perceptible externamente» y que «el acusado la conocía porque iba todas las tardes con su familia al bar de su propiedad».

Ante tal descripción fáctica en lo que aquí interesa, es incuestionable que la jurisprudencia de esta Sala en supuestos parecidos e incluso idénticos al enjuiciado, ha venido entendiendo que si bien es cierto que el precepto sancionador (artículo 429.2.º) exige que la mujer se hallare privada de razón o de sentido», pareciendo *prima facie* que ha de encontrarse totalmente inconsciente para poder ser sujeto pasivo de la acción agresora, la realidad es que, en interpretación lógica de la norma, esa idea de lo «absoluto» o «total» en el estado anímico de la agraviada no es realmente aceptable, pues hasta la existencia de una disminución psíquica de sus facultades que la haga prácticamente inerte a los requerimientos sexuales ajenos, al quedar de hecho anulados sus frenos inhibitorios, tanto en el saber, como en el querer, como ocurre en los supuestos de los oligofrénicos en un grado suficientemente apreciable que necesitan de una mayor protección frente a la agresión externa o, más bien, frente a las adulaciones, seducciones o indicaciones de terceras personas, sobre todo si éstas son conocidas y tienen depositadas en ellas una confianza que se potencia afectivamente por su mentalidad ingenua e infantil y que se traduce, lógicamente, en una mayor obediencia y sumisión al mandato o a las indicaciones de esas terceras personas. De ahí, y no en balde, que estas disminuciones físicas sean equiparables en el delito de violación a las menores de doce años, por su falta de madurez y formación intelectual suficiente para resistir, con una mínima entereza de voluntad, los requerimientos sexuales de otros (Sentencias, entre otras, de 3 de mayo de 1987 y 28 de octubre de 1991).

Y esto es lo que sucede en el supuesto enjuiciado, en que esa disminución intelectual y volitiva esta concretada en un padecimiento oligofrénico irreversible, con una edad mental aproximada a los siete años, que necesariamente incide en una

gran quiebra de los frenos inhibitorios de quien la padece. Además, insistimos, esa subnormalidad era aparente y por cualquiera conocida, máxime por el autor de la acción, dadas sus relaciones diarias con la ofendida, relaciones que necesariamente hubieron de añadir un mayor debilitamiento, si cabe, de esos frenos inhibitorios ya de por sí suficientemente deteriorados.

Este primer motivo debe, por tanto, ser desestimado.

Segundo: La correlativa alegación se interpone en base al número 2.º del artículo 849 por error de hecho en la apreciación de la prueba, señalándose como documento que sustenta ese pretendido error un Informe médico-forense que obra en autos al folio 11 del sumario.

Aun admitiendo que ese informe tenga la naturaleza jurídica de documento a estos efectos casacionales, la verdad es que el mismo en nada apoya la pretensión del recurrente, sino todo lo contrario, y no sólo por haber servido precisamente al Tribunal de instancia para fundamentar su sentencia condenatoria, sino también, y sobre todo, porque el mismo nos está poniendo de relieve la muy acusada debilidad mental de la ofendida. Veámoslo muy brevemente: al principio del informe se nos dice que «su aspecto, actitud y expresión mímica, permiten sin más percatarse de su subnormalidad,, añadiéndose que no logra establecer diferencias entre palabras por su incapacidad para distinguir lo fundamental de lo accesorio», así como que el oligofrénico (caso de la víctima) «está siempre necesitado de protección, orientación y gobierno y que por su alteración en la capacidad de juicio y abstracción son fácilmente sugestionables e influenciables, sobre todo en cuanto hace referencia a sus tendencias instintivas que pueden estar exaltadas y no contar con el freno de los valores éticos y sociales, no parándose en las consecuencias de sus actos». Y se concluye, entre otras cosas, diciendo, que la reconocida sufre una oligofrenia o debilidad mental por lo que «tiene disminuida la capacidad de conocer y querer sus actos y las consecuencias de los mismos, estando precisada de protección y ayuda».

Basta una simple lectura de lo acotado, para comprender que la Sala de instancia hizo juicio acertado de esta prueba documental en la que trata el recurrente de basar su segundo motivo que, por tanto, habrá de ser rechazado igual que el anterior.

Artículo 429.1.º

Violación de la propia esposa

(STS de 23 de febrero de 1993. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater).

Segundo: A pesar de que la Defensa ha omitido un planteamiento expreso de la cuestión, habiéndose formalizado el recurso por infracción de ley, cierto es que indirecta (art. 849.2.º LECr.), no cabe duda que, implícitamente, la dirección de impugnación del recurrente alcanza también a la infracción directa (art. 849.1.º LECr.) del art. 429.1.º CP. En este sentido cabe preguntarse si la llamada «violación matrimonial» realiza el tipo penal de la violación. La cuestión se justifica dado que en la doctrina se registran opiniones que, disintiendo del punto de vista mayoritario, estiman que «el ayuntamiento carnal (violento) entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del art. 429». Este punto de vista minoritario fue ya defendido en el siglo XIX. En el derecho comparado europeo las opiniones están en este aspecto divididas. Mientras en los derechos de la familia jurídica latina

predomina una completa indiferenciación legal del sujeto pasivo (confr. p. ej. Cód. Penal italiano, art. 519; Cód. Penal portugués, art. 201), no faltan códigos que excluyen a la mujer casada con el autor del círculo de los sujetos pasivos típicos [confr. Cód. Penal alemán, parágrafo 177; Cód. Penal suizo, art. 187.1; Cód. Penal austriaco, parágr. 201 (1)]. En estos países, de todos modos, la cuestión no está fuera de discusión en la opinión pública, en cuyo seno se oyen voces que cuestionan seriamente el estado de la legislación en esta materia.

En la actualidad el legislador español ha despejado toda duda respecto del problema de la idoneidad de la esposa del violador como sujeto pasivo del delito. En efecto, la opinión que postuló la tesis de la exclusión de la tipicidad en estos casos se basó en el epígrafe del título IX del libro II del Código Penal. Una parte de la doctrina entendió entonces que la referencia a la honestidad, contenida en el antiguo texto más que una referencia al bien jurídico implicaba la mención de la «característica común de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza». De ello se debía deducir, concluían los representantes de este punto de vista, que «el yacimiento matrimonial (violento) no puede nunca ser deshonesto». De ello se dedujo que en tales casos el hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones (art. 496 CP).

Pero la reforma del Código Penal de 1989 (LO 3/1989), que introdujo una nueva designación en el epígrafe del título IX del libro II del Código, considerando que los delitos allí contenidos atacan a la libertad sexual, no fue sólo una reforma de palabras. Implicaba, como se lo ha reconocido generalizadamente, una reforma de los alcances de las figuras penales contenidas bajo dicho epígrafe que recogía una opinión claramente en materia de delitos sexuales y eliminaba, de acuerdo, entre otras consideraciones, con el derecho a la igualdad, toda ambigüedad en relación al sujeto pasivo del delito. De esta manera, queda claro que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de una violación en el sentido del art. 429.1.º CP es ser una persona libre, con lo que desaparece evidentemente toda posibilidad de exclusión de ciertas personas que la anterior redacción legal permitía poner en duda como sujetos pasivos de este delito (p. ej. las prostitutas, la esposa del violador, etc.). Por lo tanto, en la medida en la que el texto del art. 429.1.º CP no contiene una expresa limitación de su alcance en relación a ciertas personas, *la violación de la propia esposa no está excluida del tipo penal* contenido en la mencionada disposición, toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido.

Artículo 429.1.º

Violación. Formas imperfectas

(STS de 20 de abril de 1993. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez).

Cuarto: El tercer motivo por la vía del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal, denuncia la aplicación indebida del art. 3.2 del Código Penal, en relación con el art. 429.1.º del mismo texto y la inaplicación del párrafo tercero del art. 3 citado. En definitiva se sostiene que existe un delito de violación en grado de tentativa y no en grado de frustración como ha sido apreciado en la sentencia impugnada. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, plantea la espinosa

cuestión de la frustración en este delito. La doctrina más antigua de esta Sala, si bien admitió la frustración, cuando el culpable fue sorprendido en el acto de atentar contra la honestidad de la mujer —Sentencia de 28 de enero de 1871— y cuando cesa en su brusca acometida atemorizado por los gritos de la ofendida —Sentencia de 11 de octubre de 1888— por lo general se orientó en negarla, salvo en los casos de desproporción de órganos —Sentencias de 17 de noviembre de 1992, 23 de febrero y 13 de marzo de 1948, 26 de febrero de 1949, 20 de abril de 1950, 30 de abril de 1958— o por haber eyaculado antes de realizar el acto carnal —Sentencia de 29 de diciembre de 1959— si bien casos de desproporción entre los órganos sexuales de agresor y agredida fueron contemplados como tentativa —Sentencias de 15 de noviembre de 1957 y 2 de mayo de 1959— volviéndose al criterio tradicional de la frustración en las de 21 de diciembre de 1961 y 21 de enero de 1967, en contra de lo recogido en la Sentencia de 30 de abril de 1968 y señalando la de 21 de octubre de 1969, que recogió sustancialmente la tradicional doctrina del Tribunal de Casación, que la frustración debe estimarse cuando la perfección del acto carnal sea independiente a la voluntad del agente.

La de 13 de octubre de 1970 destacó que el límite entre la frustración y la tentativa es de difícil apreciación práctica en este delito, poniendo el acento en que la tentativa se compone de la realización de «algunos» actos ejecutivos ostensibles y manifiestos que obedezcan a dicho propósito, pero que representen una inacabada ejecución por causa involuntaria del agente, y que imposibilite la continuación adecuada de los actos precisos para consumar la infracción, mientras que la frustración requiere la contabilidad de «todos» los actos de ejecución precisos para conseguir el fin buscado intencionalmente, que no se logra alcanzar por motivos ajenos a la voluntad del delincuente, aparecidos cuando ya nada podía sumarse a cuanto había realizado, añadiendo que el procesado no realizó todos los actos de ejecución para consumar el delito, pues le faltaba la introducción del pene, más o menos completa, o ya frustrándose, si la desproporción entre los respectivos órganos la impidiera, que es el único supuesto en que podía darse esta figura.

En esta línea se ha orientado también la jurisprudencia más reciente, estimando frustración en los supuestos de desproporción de órganos —Sentencias de 23 de septiembre de 1981, 29 de enero de 1986 y 24 de abril de 1990— y la tentativa, si el culpable no consigue sus propósitos por la resistencia ofrecida por la víctima —Sentencias de 27 de febrero de 1875, 4 de enero de 1883, 27 de diciembre de 1916, 4 de mayo y 18 de junio de 1929, 11 de julio de 1931, 2 de julio de 1955, 5 y 20 de diciembre de 1956, 14 de octubre de 1957, 30 de junio y 15 de noviembre de 1962, 23 de mayo de 1967, 24 y 29 de marzo de 1971, 14 de mayo y 28 de septiembre de 1981, 28 de junio de 1982, 11 y 18 de junio de 1983, 17 de febrero y 31 de marzo de 1984, 29 de octubre de 1985, 27 de junio de 1986, 17 de marzo de 1987, 2 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1989, 14 de junio y 8 de octubre de 1991 y 9 de junio de 1992, entre otras.

En resumen, que como la consumación del delito exige la *coniunctio membrorum* o sea, la conjugación carnal de los órganos genitales del varón y la mujer, sin precisar la total penetración del pene, ni requerirse la *inmissio seminis*, el supuesto enjuiciado tal y como resulta del hecho probado que describe al acusado «que trataba de penetrar a María Lucía, presionando con su pene erecto contra la vagina de aquélla, no consiguiendo penetrarla al mantener ella las piernas juntas... persiguiendo Alberto R. en su intención de penetrarla, sin conseguirlo, por lo que éste, para lograr

su propósito, se acostó en el suelo tirando a María Lucía hacia él para que quedara sentada encima, momento que ésta aprovechó para incorporarse de un salto sobre el cuerpo de aquél y subir corriendo la rampa del garaje... cruzándose con un coche que pasaba... que tuvo que frenar bruscamente» siendo auxiliada por su conductor.

La resistencia utilizada por la víctima en todo momento, primero manteniendo juntas las piernas e impidiendo la penetración pretendida por el procesado y después saltando medio desnuda a la carretera, acreditan que si no consiguió el acusado sus propósitos se debe a dicha actuación contraria, por lo que los hechos, conforme a la reiterada doctrina expuesta con anterioridad deben calificarse de violación en grado de tentativa y ello obliga a la estimación del motivo.

Artículo 434

Estupro. Prevalimiento. Edad cronológica

(STS de 9 de febrero de 1993. Pte. Sr. Moyna Ménguez).

Primero: El correlativo del recurso, con sede formal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, propugna la aplicación del artículo 429.2.º del Código Penal por entender que no ha hecho el Tribunal de instancia una valoración ajustada de «todos» los elementos de prueba que facilita la causa, sin advertir que la vía casacional elegida sólo toma en consideración los hechos del relato judicial. Estos hechos, en lo atinente a la capacidad de la agraviada para el ejercicio de su libertad sexual, son sus antecedentes de epilepsia infantil, la desarmonía entre la edad real o cronológica —veintiún años— y la edad mental —trece o catorce años—, un cociente de inteligencia global según los «tests» psicométricos de 71, escolarización hasta los catorce años sabiendo leer y escribir y las cuatro reglas, con locución escasamente fluida y articulación poco clara de las palabras.

La jurisprudencia de esta Sala limitó —en un primer momento— la aplicación del precepto penal que se dice infringido a los retrasos mentales profundos y graves para ensanchar posteriormente su ámbito a los desarrollos psíquicos que, sin llegar a una absoluta privación de la razón, eran insuficientes para conocer la significación y alcance del acto sexual y, consecuentemente, consentirle válidamente. Ello exige del Juzgador una cuidadosa investigación y examen de la personalidad de la agraviada que ha de tener en cuenta los «tests» de inteligencia y la desarmonía entre la edad cronológica y la edad mental respecto del límite previsto en el número 3.º del artículo 429 del Código, dato referencial importante —no exclusivo o decisivo— que ha de ser conjugado a su vez con el entorno familiar y social, la expresión oral y escrita, el nivel de formación cultural, el grado de experiencia adquirida, e incluso con las *malformaciones somáticas*, a fin de obtener un juicio lo más aproximado sobre el déficit psíquico de la mujer, y sobre el posible o probable conocimiento del mismo por parte del agente.

En el supuesto enjuiciado, el hecho probado delata en la agraviada una discreta debilidad mental, observable en el trato personal, con escolarización y una experiencia adecuada a su edad cronológica y cierta vida de relación aunque controlada por su madre, lo cual impide hablar en términos absolutos de falta de conocimiento del alcance del acto sexual y de una privación de la capacidad de consentir que

conduzca a subsumir los hechos en el párrafo 2.º del artículo 429 del Código que pide el recurso.

Segundo: Es innegable, sin embargo, la existencia de consentimiento viciado que al entrar en el área de conocimiento del sujeto generó un supuesto de prevalimiento que permitiría llevar los hechos al campo del estupro del artículo 434 del Código Penal —tesis alternativa de la acusación particular que reproduce en el segundo motivo de casación—, pero el tipo de estupro «sin límite de edad» no ha pasado ser, hasta ahora, una aspiración de cierto sector doctrinal, que tuvo efímera vigencia legal, para el estupro fraudulento en el período 1848-1850; en realidad y con distintos límites, influenciados por las cambiantes realidades sociológicas y políticas, en los Códigos anteriores y posteriores, incluido el Proyecto que se halla en trámite parlamentario, la edad ha constituido un elemento objetivo del tipo de estupro.

La incidencia de las edades mentales en el límite de la edad cronológica se inició para el estupro en la Sentencia de 8 de noviembre de 1968 y se continuó en las de 6 de diciembre de 1972, 21 de junio de 1976 y 13 de junio de 1979, pero a partir de las Sentencias de 14 de octubre y 4 de noviembre de 1982, con criterio consolidado por las de 30 de mayo de 1987, 3 de mayo de 1988 y 1 de junio de 1989, se reanudó el primer criterio interpretativo consistente en entender que la edad es uno de los elementos del tipo objetivo del delito, que no puede transgredirse sin vulnerar el principio de legalidad y sin consagrarse una interpretación extensiva en perjuicio del reo con la inseguridad jurídica resultante de la posible opción entre la edad biológica y la edad mental según los casos. La Ley penal, cuando establece límites de edad, lo hace en el sentido rigurosamente cronológico, aunque de ello pueda desprenderse, en ocasiones, situaciones de aparente injusticia, como serían los supuestos de edades mentales referidas al campo de inimputabilidad (artículos 8.2.º y 9.3.º del Código).

En definitiva, siendo hecho probado que la edad de la agraviada es de veintiún años, el yacimiento o acceso carnal, aunque medie prevalimiento, constituye *de lege data* un comportamiento atípico y, consiguientemente, procede la desestimación del motivo.

Artículo 440

Rapto. Consumación

(STS de 8 de marzo de 1993. Pte. Sr. Carrero Ramos).

Primero: El primer motivo del acusado Juan Manuel Serrano Ruiz, por corriente infracción de ley ha impugnado la aplicación del artículo 440 del Código Penal, negando que exista el delito de *rapto*. Tal motivo por este cauce procesal tiene que respetar los hechos probados. Con arreglo a los mismos, concurren los elementos de dicho delito: la violenta sustracción de la mujer (en este caso menor) desde el lugar en que deambulaba en libertad camino de su casa a otro buscado por los sujetos activos privándola de aquélla pese a su resistencia, vencida con empujones y golpe lesivo, y a sus gritos y llantos de protesta, llevándola en un coche, en el que entró y se la retuvo a la fuerza, dos kilómetros en busca de un descampado constituye el elemento objetivo y el propósito, que consta, de abusar contra su

libertad sexual. Aquel hecho es suficiente sin que tenga que prolongarse la duración de esa privación de libertad por un tiempo tipo, basta con que sea plena y que no se limite a la mera retención o apartamiento próximo para el abuso obsceno, y aquí se dieron transcurros de tiempo y espacio suficiente para apreciar el atentado contra la libertad estante y transeúnte. Esta Sala se remite a su doctrina pacífica, aunque con alguna matización casuística no aplicable al supuesto presente (SS de 21 de mayo de 1981, 20 de enero de 1982, 6 de febrero de 1985, 4 de diciembre de 1987, 4 de mayo de 1988). No obsta a la consumación del rapto el que los autores desistieran luego por la renuncia de la víctima a la agresión sexual, de haber existido ésta constituiría otro delito en concurso con aquél (art. 71).

El motivo no es estimable.

Segundo: El segundo motivo postuló la aplicación del artículo 430 y en grado de tentativa. Tampoco es sostenible sobre la base fáctica.

Precisamente no se dio comienzo a actuaciones de agresión o abuso sexual ni menos violación; no hay pues ni tentativa de tales delitos. Hubo sólo privación de libertad y esa consumada; el propósito, no llevado a la práctica, es lo que tipifica el rapto para diferenciarlo de la detención ilegal, ese fin es su elemento específico y así consta.

No puede prosperar.

Tercero: En el tercer motivo, subsidiariamente se denuncia la inaplicación del artículo 3 del Código; tentativa en cuanto al grado de ejecución del rapto. Ya queda dicho lo suficiente antes sobre la consumación del rapto. Si ante el forcejeo de la víctima al introducirla en el coche se hubiera renunciado a retenerla y desplazarla en él hubiera podido haber tentativa de rapto (SS de 14 de febrero de 1990 y 21 de enero de 1991). Y desistimiento si al llorar y resistirse a entrar no se la hubiera metido a empujones. Con el relato de hechos el rapto estuvo perfeccionado. El desistimiento fue del delito contra la libertad sexual pero no del ya perfeccionado contra la libertad de movimientos.

No ha lugar al motivo, ni a este recurso.

Artículo 480

Detención ilegal. Vejación injusta. Coacciones. Diferencias

(STS de 23 de enero de 1993. Pte. Sr. Díaz Palos).

Cuarto: El *motivo tercero*, ahora por el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 480 del Código Penal definidor del delito de detención ilegal y correlativa falta de aplicación del artículo 585.5.º del Código Penal (en la redacción anterior a la reforma desde la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio) que tipifica la falta de coacción y vejación injusta de carácter leve.

Pero si nos atenemos al relato probatorio, ahora intangible, veremos que de tal narración histórica se desprenden tanto el *elemento objetivo* como el *subjetivo* del delito.

El primero en sus dos formas morfológicas contempladas en el tipo: *encerrar* o *detener* a una persona privándola de su libertad. El encierro por haber introducido a Garrido en una furgoneta, atado de pies y manos, amordazado y con los ojos

vendados durante un trayecto, desde la finca de autos al bosque, de al menos cuarenta y cinco minutos. Y la detención una vez que fue abandonado en el bosque de aquella guisa, desde las doce horas hasta, al menos, las catorce en que fue hallado por las personas que denunciaron el hecho a la Guardia Civil.

El *elemento subjetivo*, porque la conciencia y libertad constitutivas del dolo (*finis operis*) se deducen *ea ipsa* de la misma conducta narrada en el *factum*, aunque el móvil (*finis operantis* o *movente* en la doctrina italiana) fuera el de desembarazarse de aquella persona que incomodaba la paz de los convivientes en la finca de autos. En lugar de dar aviso a la Guardia Civil o a un médico que atendiera al enfermo, optaron los procesados, de consuno con sus superiores de la comunidad, por la vía fácil y rápida, pero delictiva, de abandonarlo inmóvil en el pinar próximo.

Lógicamente, la gravedad del hecho lo hace ingresar en el artículo 480 del Código Penal y no en la falta del artículo 585.5.º (ahora número 4.º) del Código Penal (Sentencia de 20 de febrero de 1991).

El motivo debe ser desestimado.

Quinto: El *motivo cuarto* del recurso en examen, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 480 del Código Penal e inaplicable el artículo 496 del mismo texto legal.

Una vez más, se plantea la distinción entre el delito de detención ilegal y el de coacciones. Este último es el que pretenden los recurrentes que se aplique.

Como tantas veces se ha dicho, el delito de coacciones es el género, la detención ilegal la especie. Por tanto, es el principio de especialidad el que entra en juego (*lex specialis derogat legi generale*), de suerte que la detención ilegal desplaza a las genéricas coacciones, porque a éstas añaden las específicas formas de comisión: detener o encerrar a una persona, atentando así a su bien máspreciado, la libertad, en su forma más elemental, la movilidad física, bien de superior rango constitucional que justifica sobradamente la mayor gravedad del delito específico (Sentencia de 13 de febrero de 1991, entre muchas). Por otra parte, la detención ilegal exige una cierta proyección temporal o permanente, como aquí sucede, que contribuye a la distinción de las demás próximas especies delictivas (Sentencia de 22 de octubre de 1990 y otras).

El motivo debe ser desestimado.

Sexto: El *motivo quinto*, por la misma vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción de la doctrina de esta Sala en relación con el delito de detención ilegal que mantiene el criterio —según los recurrentes— de que conductas análogas a la del caso de autos son constitutivos de un delito de coacciones del artículo 496 y no de un delito de detención ilegal del artículo 480, ambos del Código Penal.

Pero aparte de que la doctrina jurisprudencial no puede alegarse como fundamento de infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*ad exemplum*, Sentencia de 4 de febrero de 1972), lo cierto es que tal doctrina, como hemos visto en el anterior motivo, no da pie a la pretensión de los recurrentes. Y así la Sentencia de 9 de abril de 1986 que cita entre otras el motivo, lejos de basar la distinción aducida, confirma la tesis ya expuesta de que los verbos nucleares de «encerrar» o «detener» son específicamente expresivos de la detención ilegal frente al delito de coacciones con medios comisivos más genéricos, aparte, como ya se ha dicho, que concurre en el caso *sub iudice*, el requisito de una cierta duración y permanencia exigido por la detención ilegal como acto eminentemente coactivo.

El motivo, pues, debe ser desestimado.

Artículos 480 y 496*Detención ilegal. Coacciones. Diferencias***(STS de 3 de marzo de 1993. Pte. Sr. Moner Muñoz).**

Primero: El inicial motivo de impugnación, se formula por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia aplicación indebida del artículo 480.3.º del Código Penal. El motivo debe desestimarse. Con respeto absoluto a los hechos declarados probados, es evidente que en aquéllos se cumplen los requisitos del tipo por el que fue sancionado el recurrente. El precepto aludido degrada la penalidad a prisión menor, cuando se cumplen tres requisitos: 1.º el de carácter objetivo, consistente en que la víctima sea liberada dentro de los tres días siguientes a su detención, y 2.º de carácter subjetivo que requiere que el propio culpable sea el que con su actuación produzca o dé lugar a esa liberación, y 3.º que no se haya logrado el objeto propuesto, y que la sentencia de instancia estima concurre al reputar que la intención de los procesados era cobrar los créditos de inmediato, lo que consiguieron. La conducta, pues, descrita en el *factum* queda subsumida plenamente en el tipo específico aplicado.

Los argumentos de los recurrentes, en el sentido de que la detenida pudo llamar por teléfono y recibir visitas, no puede desvirtuar la limitación de la libertad ambulatoria a que estuvo sometida aquélla, vulnerando uno de los derechos fundamentales que ampara el artículo 17.1 de la Constitución Española. La invocación, por último, de ausencia de dolo, es realmente insostenible, ya que de difícil manera podría llevarse a cabo una actuación como la que describe el relato fáctico, con móviles muy determinados y con una finalidad que no fuera la dolosa, sobre todo, cuando coinciden los acreedores que pretendían cobrar sus créditos con los sujetos activos de la detención, lo que imposibilita otro enfoque subjetivo de lo sucedido.

.....
Tercero: Por la misma vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca de manera subsidiaria, inaplicación del artículo 496 párrafo 1.º del Código Penal, al supuesto aquí enjuiciado, al estimarlo como constitutivo, en cualquier caso, de un delito de coacciones. El motivo debe desestimarse.

Una doctrina consolidada de esta Sala, Sentencias de 4 de julio y de 21 de septiembre de 1992, ha declarado que la diferencia entre ambas infracciones debe consistir más que por la mayor o menor duración de la permanencia en la situación antijurídica, atendiendo al principio de especialidad, o sea apreciando el delito de detención ilegal cuando el empleo de los medios coactivos física o psíquicamente están dirigidos a privar a la víctima de su voluntad ambulatoria.

Es cierto, que suele estimarse la detención ilegal como verdadera especie dentro del género de las coacciones, ya que en ambas infracciones, el bien jurídico protegido es idéntico, pero sus modalidades comisivas presentan diferencias, pues la detención ilegal priva al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con una cierta duración temporal y exigiendo el encierro o la detención. Su conducta típica se concreta en los verbos «encerrar» y «detener», privando a la víctima de trasladarse libremente de un lugar a otro, obligándole a permanecer en determinado sitio o espacio cerrado contra su voluntad. «Encerrar», significa el mantenimiento de una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble. «Detener» admite la privación

de libertad en lugar abierto al sujeto del traslado ambulatorio. Obviamente la actividad realizada por los procesados se subsume totalmente en el tipo de la detención ilegal, pues, desde las 11 a las 17 horas mantuvieron a la esposa de su deudor, sin permitirle su libertad deambulatoria, al tenerla encerrada en la oficina de su marido, previo cierre del local con llave que retuvieron en su poder.

Artículo 490

Allanamiento de morada. Requisitos. Violencia

(STS de 14 de enero de 1993. Pte. Sr. Puerta Luis).

Primero: El Ministerio Fiscal ha formulado dos motivos de casación —ambos por infracción de ley— al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el primero de ellos, se denuncia «falta de aplicación del art. 490, párrafos 1.º y 2.º del Código Penal».

Afirma el Ministerio Fiscal, en apoyo de este motivo, que «desde el momento en que el procesado entra en el domicilio de Rosario Hidalgo Alcalde lo hace contra la voluntad de ella, queda consumado el delito de allanamiento de morada, ya que la voluntad contraria del morador se presume siempre, salvo prueba en contrario (Sentencia de 6 de noviembre de 1987)».

El delito de allanamiento de morada (art. 490 C. Penal), tiene como bien jurídico protegido el derecho que tienen todos los individuos a que sea respetado el ámbito espacial en el que se desenvuelve su intimidad personal. Se comete, por tanto, este delito cuando una persona entra en morada ajena contra la voluntad de su morador. El precepto penal analizado en último término, constituye una lógica consecuencia de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio, proclamados en el art. 18.1 y 2 de la Constitución.

Dos son, en esencia, los elementos definidores el tipo penal considerado: 1) la entrada —o permanencia— en la morada ajena, y 2) la circunstancia de hacerlo contra la voluntad del morador, expresa o tácitamente manifestada, como tiene declarado esta Sala (v. SS. de 16 de octubre de 1986 y 18 de febrero de 1989, entre otras); habiendo llegado a precisarse por la misma que la protección dispensada por este artículo alcanza, incluso, a las personas unidas por vínculo de parentesco, tras dictarse la resolución judicial que imponga la separación de las mismas (v. SS. de 11 de noviembre de 1989 y 4 de marzo de 1991).

En el presente caso, el relato fáctico de la sentencia recurrida describe una situación que guarda indudable analogía con las de separación conyugal. El procesado había convivido anteriormente con la titular del piso pero ya no convivían juntos desde hacía algún tiempo cuando penetró en el mismo el día de autos —poco importa el móvil personal que le impulsó a hacerlo— (v. SS. de 20 de noviembre de 1987 y 9 de febrero de 1990). Rosario Hidalgo se encontraba ausente de su domicilio, y el hoy recurrente hubo de manipular las persianas de la entrada de la casa, hasta que las mismas cedieron y pudo entrar en el piso de aquella. En definitiva, pues, el procesado hubo de forzar los obstáculos dispuestos por la moradora para impedir o dificultar el acceso a su vivienda (v. art. 504.2.º CP y ss. de 14 de enero de 1974, 11 de marzo de 1983 y 7 de febrero de 1987).

A la vista de lo dicho, procede apreciar la comisión del delito de allanamiento de morada, y, por ende, estimar este motivo.

Segundo: El motivo segundo, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia infracción de ley «por falta de aplicación del párrafo segundo del art. 490 del Código Penal».

Dice a este respecto el Ministerio Fiscal que «la entrada del procesado en la morada ajena fue conseguida estirando las persianas de la entrada de la casa, es decir, venciendo un cerramiento, por lo que debe ser estimada la agravación del segundo párrafo del art. 490 del Código punitivo».

Sobre el sentido y alcance del término «violencia», utilizado en el texto legal, la jurisprudencia de esta Sala mantiene mayoritariamente que por tal ha de entenderse la referida tanto a las personas como a las cosas (v. SS. de 1 de febrero de 1956, 8 de mayo de 1969, 30 de noviembre de 1970 y 5 de mayo de 1983, entre otras). En todo caso, es preciso que la *vis in re* se ejerza sobre las cosas como medio de ejecución del allanamiento (v. SS. de 6 noviembre de 1987 y 9 de febrero de 1990, entre otras).

En el presente caso, es patente que el procesado hubo de forzar las persianas de la puerta de entrada de la vivienda de su ex compañera para penetrar en el domicilio de ésta. Consiguientemente, procede estimar la infracción denunciada y, por tanto, este segundo motivo.

Artículo 501.1.º

Robo con homicidio. Pluralidad de intervinientes. Rotura del complejo.

(STS de 31 de marzo de 1993. Pte. Sr. Soto Nieto).

Cuando son varios los partícipes en el robo, al sobrevenir el resultado de muerte originada en las circunstancias descritas, se suscita el controvertido tema de la coautoría en cuanto a la total infracción compleja a que se da albergue en el artículo 501.1 y, particularmente, acerca de la posibilidad de condena de los plurales intervinientes bajo un mismo título de imputación, pese a que fuere uno solo de ellos el que materialmente hubiese causado la muerte de la víctima. La comunicabilidad del homicidio a cuantos toman parte activa en el robo, aparte, por supuesto, de la hipótesis de preordenado concierto para privar de la vida a quien estorbe en la realización del plan delictivo, es sostenible del mismo modo cuando, mediando una ocasional *societas sceleris* para la perpetración del violento ataque a la propiedad, se prevé y admite de modo más o menos implícito, que en el iter realizador pueda llegarse a ataques corporales de imprevisibles consecuencias, frente a quienes se opongan a la efectividad del proyecto criminal en vías de ejecución. Infririéndose semejante actitud psíquica de la circunstancia de que los agentes se hallen impuestos del porte y eventual uso de armas peligrosas y eficaces por algunos de los protagonistas del planeado robo, lo que implica un sentimiento previo al posible o contingente giro de radical violencia física capaz de llegar a resultados de ocisión, bien sea el ejecutar el hecho o al tiempo de intentar ponerse a salvo de los perseguidores. El partícipe no ejecutor material y directo del acto homicida, sabedor de antedichas circunstancias, que prosigue y persevera en su cooperación, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose, tanto en el campo de la

causalidad como en el de la culpabilidad el que sea alcanzado por la advertencia del precepto y, en definitiva, por el trato de agravación a que el mismo provee.

Dato este del conocimiento que si empleado por el artículo 60 del CP en el tema de la comunicación de las agravantes de índole objetiva, con mayor motivo deberá utilizarse para comunicar al partícipe ya no sólo lo que es accidental —circunstancias—, sino lo que es inherente al tipo como elemento del mismo, dando así expansión lógica al citado precepto. Lo que ha determinado la proclamación por la doctrina jurisprudencial de que el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya *a priori* todo riesgo para la vida o para la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos de robo con cuya ocasión se causa homicidio doloso, aunque sólo alguno o algunos de ellos sean los autores o ejecutores materiales de la muerte (cfr. Sentencias de 7 de diciembre de 1984, 3 de enero de 1985, 28 de enero y 11 de abril de 1986, 19 de marzo de 1987, 25 de junio de 1988, 17 de enero y 13 de noviembre de 1991).

Quinto: Aun partiendo de la anterior doctrina, de hondo arraigo en nuestra jurisprudencia, no han faltado supuestos en los que esta Sala há dejado fuera de la grave imputación del homicidio a los partícipes en un hecho depredatorio cual el robo intimidatorio o violento. Para este Tribunal partiendo de la decisión común de llevar a término su propósito delictivo, cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores, sin que sea de aplicación al respecto los criterios de la teoría formal objetiva de la autoría (cfr. Sentencia de 21 de diciembre de 1992). Pero si los partícipes se conjuntan en la realización de una acción intimidativa para los fines expoleatorios que les guiaban, máxime si tal voluntad surge ocasional y episódicamente, desconociendo uno de ellos el porte o posible empleo de armas, se produce, respecto del mismo, una ruptura del complejo delictivo de robo con homicidio, y su acción debe residenciarse en el artículo 501.5.º del Código Penal (cfr. Sentencia de 20 de mayo de 1988).

Ello es lo que sucede en el caso examinado en cuanto al acusado recurrente, cuya intervención se limitó a golpear en la cabeza con un palo a Pedro M., sin que conste le causase lesión alguna. Al tiempo, el otro inculpado, Lorenzo C., por propia y personal iniciativa infringió a Pedro varias puñaladas con una navaja que llevaba, causándole las mortales heridas que se describen. No existe constancia de que mediase acuerdo entre los acusados para realizar semejante brutal atentado contra la vida del atacado, ni siquiera que Luis fuese sabedor del porte de la navaja por parte de su compañero. Las mismas declaraciones de Lorenzo en el acto del juicio oral —examinada la causa conforme a las facultades reconocidas en el artículo 899 de la LECr.— dejan a Luis Santiago al margen de toda iniciativa en cuanto a los «pinchazos» inferidos a la víctima.

En base a lo expuesto, ha de acogerse el motivo, al estimarse subsumida la acción de Luis Santiago en la previsión del artículo 501.5.º, párrafo último, al venir considerado el «palo» con que golpeo al ofendido como «medio peligroso».

Artículo 501.4.º*Robo con violencia. Lesiones. Coautoría. Dolo eventual***(STS de 27 de marzo de 1993. Pte. Sr. Hernández Hernández).**

Cuarto: En el inicial motivo de su recurso, residenciado formalmente en el número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal citada, se denuncia infracción del contenido del artículo 501.4 del Código Penal, ya que ambos procesados son autores de un delito de robo de los artículos 500, 501.4 y 512 del Código Penal, y no los dos de un delito del artículo 501.5 y uno solo del delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones del artículo 565.1 y 4 de dicho Código.

El motivo debe ser estimado. Efectivamente, si ambos procesados estaban de acuerdo para apoderarse del bolso de la víctima, mujer de setenta y un años, y uno de ellos «de un fuerte tirón pretendió arrebatarse el bolso, sujetándole entonces fuertemente Carmen», pero —como dice el relato histórico— «insistió en su empuje, logrando hacerse con el bolso» y «... como consecuencia de los actos llevados a cabo para apoderarse del bolso, Carmen Martín cayó al suelo, causándose lesiones de las que tardó en curar sesenta días, durante los que precisó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una cicatriz de dos centímetros en muñeca derecha y molestias en la misma...», tan fuerte tirón y continuado empuje, suponen, cuando menos, la existencia de un «dolo eventual», pues emplear la fuerza física un joven de veinte años, sobre una mujer de avanzada edad, setenta y un años, haciéndola caer al suelo, implica la existencia del referido dolo, pues no es imaginable creer que un fuerte tirón y continuado empuje, no puede lograr la caída de una anciana y la subsiguiente causación de lesiones, que pudieran ser mucho más graves de lo que lo fueron. En la mente del agente hubo necesariamente de representarse la «probabilidad» de la caída y consecuentes lesiones y en su voluntad estuvo presente, sin duda el propósito de causarlas, aunque sólo existiera de modo «eventual», como una aceptación para el supuesto de que pudieran producirse. Si no hubiera querido lesionar, al notar la resistencia de la víctima habría desistido de su acción violenta. Si insistió, incluso aumentando la fuerza ejercida, actuó con el propósito de causar las lesiones, por la «gran probabilidad» de su efectación.

El motivo debe ser estimado.

Artículo 501.4.º y 5.º*Robo con violencia. Elemento culpabilista. Lesiones no delictivas***(STS de 22 de marzo de 1993. Pte. Sr. Granados Pérez).**

Segundo: En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca aplicación indebida del artículo 501.4.º, en relación con el 420.4.º, ambos del Código Penal y ello en relación con el artículo 1 del mismo Código.

Se argumenta, con acierto, que el delito complejo de robo con lesiones aplicado por el Tribunal de instancia y que viene tipificado en el artículo 501.4.º del Código

Penal, tras la última reforma del artículo 1 de dicho texto legal, exige discernir entre las heridas causadas dolosamente por el agente y las ocurridas fortuitamente.

Ciertamente, en los delitos complejos o compuestos de robo del art. 501 del Código Penal se debe superar pasados objetivismos y se hace preciso conciliar los distintos supuestos en él previstos con las exigencias de la responsabilidad culpabilística personal. Y como en los delitos compuestos se contempla un fenómeno de unificación legislativa al reunirse en una sola figura dos o más conductas constitutivas de delitos independientes, pero vinculados entre sí por una determinada relación típica, la implantación del principio culpabilístico se debe extender a cada uno de los delitos que forman el complejo.

En este caso, el Tribunal de instancia ha calificado la conducta del recurrente como constitutiva de un delito complejo de robo con lesiones tipificado en el artículo 501.4.º en relación con el artículo 420.4.º, ambos del Código Penal y queda acreditado, por las propias manifestaciones del perjudicado y por los informes médicos incorporados a la causa, que las lesiones sufridas se contraen a la agresión inferida por el recurrente con una piedra en la cabeza del taxista, que le produjo herida en el cuero cabelludo requiriendo unos puntos de sutura que le fueron retirados a los ocho días y a la fractura en la base del tercer metacarpiano derecho que determinó que continuase con la asistencia facultativa hasta que obtuvo la sanidad a los cuarenta y seis días, precisando cinco de asistencia facultativa y estando impedido para sus ocupaciones habituales los cuarenta y seis días indicados.

En la agresión causada con la piedra indudablemente está presente el *animus laedendi* sin que pueda cuestionarse el conocimiento y voluntad de atentar contra la integridad física del perjudicado. No sucede lo mismo respecto a la fractura del tercer metacarpiano derecho al recogerse en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, cuyo valor fáctico viene siendo reconocido por esta Sala en cuanto amplían los hechos que se incluyen en el relato histórico (cfr. Sentencia de 31 de mayo de 1991), que se produce «cuando el taxista en su propósito de retenerle sufre lesión en una de las muñecas», lo que complementa el relato fáctico en el que se dice que «en el momento en que José Antonio Neira Peña emprende la huida del taxi es intentado retener por Marcos Hernández Conde, quien en ese instante sufre lesiones, las que junto con las causadas en la cabeza curaron a los cuarenta y seis días...». Ausente, pues, la voluntad e intención de lesionar en lo que concierne a las heridas sufridas por el taxista en la muñeca y en el dedo no se puede reprochar culpabilísticamente tal resultado a la conducta del recurrente, ya que ello implicaría volver a considerar matices objetivos propios de delitos cualificados por el resultado que deben considerarse superados.

Así las cosas sólo debe ser objeto de consideración, a los efectos de conformar el delito complejo, la lesión producida en la cabeza del taxista como consecuencia del golpe infligido por el recurrente con una piedra. Y debe tenerse cuenta, porque en este caso sí resulta trascendente que los hechos acaecieron en julio de 1984, es decir, varios años antes de que se modificara el delito de lesiones por la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Y una lesión del alcance que ahora examinamos —curada a los ocho días en los que estuvo impedido para sus ocupaciones—, conforme a la redacción anterior a la citada reforma, es constitutiva de una *falta* tipificada en el artículo 582 del Código Penal, no siendo, pues, posible incardinar la conducta del recurrente en el artículo 501.4.º de dicho texto legal y sí en el número 5.º del mismo precepto, sin que pueda apreciarse el último párrafo al no haber sido interesado por el Ministerio Fiscal ni aplicado, por consiguiente, por

el Tribunal sentenciador. En estos términos debe ser estimado el presente motivo del recurso.

Artículos 504.4.ª y 510.2.º

Robo con fuerza en las cosas. Llave falsa. Tarjeta de crédito

(STS de 21 de abril de 1993. Pte. Sr. Delgado García).

Tercero: Pasamos a examinar la segunda de las tres cuestiones referidas, la relativa a si las tarjetas de crédito pueden ser consideradas llave a los efectos de la modalidad de robo con fuerza en las cosas del núm. 4.º del art. 504.

La *tarjeta de crédito* es un documento mercantil, de escasa o nula regulación legal, pese a los años que ya lleva funcionando en el ámbito bancario, que se rige por las normas establecidas por las entidades que las emiten como un caso más y con las limitaciones propias de las llamadas condiciones generales en los contratos de adhesión, cuyo titular puede utilizarla con distintas finalidades, siendo las más comunes el pagar bienes o servicios en establecimientos públicos concertados al efecto con la entidad emisora (son frecuentes en estos casos los delitos de falsedad y estafa), o el sacar dinero de la propia cuenta, ya mediante los servicios prestados por los empleados de las correspondientes oficinas bancarias, ya mediante la utilización de los tan extendidos y conocidos cajeros automáticos, que sirven también para otros usos y que es el procedimiento que aquí nos interesa.

Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo en una determinada posición la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento. Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito *es una verdadera y propia llave*, de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en Sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito.

A los efectos del delito de robo, entendemos que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, comúnmente hierro, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «con guardas que se acomodan a las de una cerradura, y que sirven para abrirla o cerrarla, corriendo o descorriendo el pestillo». Puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae o intenta sustraer.

Para sacar dinero del cajero automático, además de poseer la correspondiente tarjeta, es necesario conocer el *número secreto*, que hay que marcar con las teclas correspondientes, lo que en el caso presente no plantea problema alguno, dado que aparece como probado, como ya se ha dicho, que el acusado conoció tal número a

través de la correspondencia que recibía su compañera, que le tenía autorizado para abrirla como ya se ha dicho.

Así las cosas, si la llave utilizada es falsa, conforme al amplio concepto que al respecto utiliza el CP en su art. 510, el delito, que en otro caso sería hurto, merecería la consideración de robo, con lo que llegamos a la tercera y última de las cuestiones que aquí tenemos que resolver.

Cuarto: En el supuesto presente nos hallamos ante un caso de llave auténtica (o legítima, como dice nuestro Código), pues se trata de la misma tarjeta de crédito 4-B que emitió el Banco Hispano Americano y que los empleados de dicho banco entregaron al hoy recurrente porque conocían la relación de convivencia que mantenía con la titular de la cuenta y, sin duda, para que se la entregara a ésta.

Entendemos que estamos en un *supuesto de llave falsa por tratarse de una tarjeta de crédito legítima, pero que poseía el acusado por haberla sustraído a su propietaria* (art. 510, núm. 2.º).

Como a guisa de resumen dice la Sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1991, en la doctrina de esta Sala se han producido dos posiciones respecto de la interpretación del mencionado concepto de llaves sustraídas del núm. 2.º del art. 510: a) La tradicional y más amplia que considera como tales las utilizadas sin el consentimiento del propietario. b) La más restrictiva y reciente (Sentencias de 16 de febrero de 1988, 17 de febrero de 1989, 25 de mayo de 1990, 14 de septiembre de 1990, 19 de febrero de 1991, 12 de marzo de 1991, 2 de abril de 1991, 8 de febrero de 1992 y 14 de mayo de 1992, entre otras) que reputan sustraídas las poseídas por el acusado mediante un hecho constitutivo de infracción penal, como lo son el hurto, el robo, la estafa o la apropiación indebida. -

Esta segunda posición, que lleva el concepto de sustracción, no al momento en que se utiliza la llave, sino a aquel otro en que la adquirió el que luego la utiliza (o un tercero que a éste se la entrega), parece más acorde con la expresión que la ley utiliza («sustraídas») y por ello más adecuada a las exigencias del principio de legalidad. Este último es el criterio seguido por el Proyecto de CP de 1992 en el núm. 2.º de su art. 242.

En el caso presente no cabe duda de que nos encontramos ante un supuesto de tarjeta de crédito (que es llave como ya se ha dicho) sustraída a su titular, incluso adoptando el criterio segundo de los dos antes mencionados, que es el más restringido.

En efecto, entendemos que hubo un engaño por parte de José que acudió al banco a que le dieran la tarjeta 4-B fingiéndose mandatario de Josefina, como persona de la confianza de ésta por la convivencia que mantenían durante cuatro años, circunstancia que conocían los empleados que se la entregaron, lo que convierte tal hecho en un caso de estafa del art. 528 ó 587.2.º del CP

En todo caso, si estimáramos que no hubo engaño en tal obtención de la tarjeta de crédito, es claro que al quedarse con ella para sí, adquiriendo por su unilateral decisión la propiedad de lo que había recibido en concepto de mandatario con el encargo de entregar a su dueña, nos encontraríamos ante una verdadera apropiación indebida de los arts. 535 ó 587.2.º del mismo código.

Por todo ello, entendemos que fueron aplicados correctamente al presente caso los arts. 504.4.º y 510.2.º del CP y, consiguientemente, que hubo un delito de robo y no existió la infracción de ley denunciada en el único motivo del presente recurso que ha de ser rechazado.

Artículo 528

Estafa. Administración desleal. Inexistencia de engaño

(STS de 2 de abril de 1993. Pte. Sr. Hernández Hernández).

Cuarto: Por corriente infracción de Ley y con apoyo procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley adjetiva reiterada, el motivo 1.º del recurso denuncia vulneración, por aplicación indebida, del artículo 528 del Código Penal ya que no existe «engaño» en la conducta descrita en el *factum* y si sólo una situación conocida y aceptada, cuando menos, por el Director del Banco, a través de la cual lo único que se estaba produciendo, con la consiguiente irregularidad bancaria, era la concesión de un crédito por importe superior al que, seguramente, estaba autorizado el Director y demás apoderados de la Sucursal, quedando cuestionada en definitiva la realidad de la estafa típica.

El delito de estafa viene configurado en nuestro derecho positivo, como integrado por diversos requisitos o elementos, que pueden concretarse en los siguientes: 1.º un «engaño», precedente o concurrente, constitutivo de la *ratio esendi*, núcleo y alma del tipo y traducido en el ardid, maquinación, simulación, falacia o artificios incorporados, sin ánimo exhaustivo, al artículo 528, según estaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, y concebido con criterio amplio desde la misma, dada la ilimitada variedad que la real y cotidiana vida ofrece; 2.º engaño que ha de ser «bastante», es decir, adecuado, suficiente, proporcional e idóneo (tanto en su valoración por módulos objetivos, como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y circunstancias concurrentes) para conseguir un «error» en el sujeto pasivo y así conseguir el fin propuesto; 3.º «error» esencial producido en el sujeto pasivo que, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, fabulación o artificio, afectada por el vicio su voluntad, queda propinqua o facilitadora del desplazamiento patrimonial que le subsigue; 4.º «acto de disposición patrimonial» (o desplazamiento) a favor del agente, con el consiguiente «perjuicio» para el disponente que, con su propia actuación, consecuencia del error experimentado y en definitiva del engaño desencadenante, causa su propio daño patrimonial, quedando ensamblada o cohonestada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado; 5.º como se acaba de decir, «nexo causal» entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que y como se anticipó, el dolo tiene que anteceder o ser concurrente a la actividad defraudatoria, no valorándose el dolo *subsequens*, sobrevenido a la celebración del negocio de que se trate, y 6.º la conducta del infractor ha de hallarse presidida por el «ánimo de lucro», incorporado a la definición legal desde la reforma de 1983, que constituye el «elemento subjetivo del injusto» y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial (extendida en ocasiones a los beneficios meramente contemplativos) y viene a ser contrapartida del perjuicio provocado (cfr. SS de 25 de marzo de 1985, 6 de febrero de 1989, 5 de mayo de 1990, 31 de enero de 1991 y 24 de marzo de 1992 y los que en las mismas se citan).

Dichos elementos que se han sintetizado en la concurrencia de cuatro esenciales: el ideal o de engaño, el subjetivo o de ánimo de lucro, el objetivo del desplazamiento patrimonial y la relación causal entre daño y perjuicio y que la doctrina ha concre-

tado en el perjuicio patrimonial, el ánimo de lucro y el medio de engaño, todos han tenido feliz acomodo en la relación que la Ley Orgánica 8/1983, antes citada, dio al artículo 528 del Código sancionador, cuando gráficamente, con gran estilo gramatical y síntesis perfecta, dice que «cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero».

La lectura del relato histórico acreditado —al que tenemos que atenernos en un todo dado el cauce casacional elegido, así como el decaimiento de los motivos precedentemente estudiados— pone al descubierto cómo la conducta desarrollada por los procesados recurrentes, que en dicho relato se describe, fue realizada de «acuerdo» con otra persona ya fallecida, que desempeñaba cargo directivo en la sucursal principal del Banco Popular Español en la ciudad de Cartagena, no otra dicha persona que el aquel entonces Director de la misma don Francisco Cerón Albacete, como la Sala, en uso de la facultad que le confiere el artículo 899 de la Ley adjetiva reiterada, ha comprobado mediante la lectura de las actuaciones.

Para la apreciación y nacimiento a la vida jurídica, con el consecuente reproche culpabilístico de tipo penal, la estafa —como se deduce de lo precedentemente expuesto— requiere necesariamente, *sine qua non*, la existencia en la dinámica originadora del ilícito, de dos personas contrapuestas, el sujeto activo y el pasivo, el primero productor de un «engaño», dirigido a causar en el segundo un «error», que viciando su voluntad, le sitúe en disposición propinqua o facilitadora de llevar a cabo un «desplazamiento patrimonial» en favor del agente, con el consiguiente y causal «perjuicio» propio o de un tercero.

En el hecho enjuiciado, dado el acuerdo o connivencia existente entre los hoy recurrentes y el Director de la sucursal de la entidad bancaria perjudicada, que actúa como representante, mandatario o apoderado de la misma, falta el requisito esencial del «engaño», porque, no lo hay en los términos dichos de la estafa, o porque, en todo caso, el que «engaña», el Director aludido, lo hace en el sentido de «desleal», que a su vez, realiza el «desplazamiento patrimonial», no por haber sido viciada su voluntad por el «engaño» causado por los procesados hoy recurrentes, sino dentro de sus facultades de administración. No hay, pues, engaño precedente o concurrente con la entidad preciso para provocar el traspaso patrimonial, con producción de error esencial y desconocimiento en el representante del Banco de la realidad que, por su acuerdo con los procesados recurrentes, conocía perfectamente y a lo que había dado su aquiescencia.

Desligada la estafa del «engaño», como elemento decisivo, en el artículo 528 del Código Penal, según estaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y limitada al «defraudar a otro», en principio, el hecho narrado en el *factum* acreditado, hubiera podido ser subsumido en dicho precepto. Hoy queda excluida dicha subsunción de una forma terminante y categórica, ya que, *en definitiva, de lo que se trataría es de una verdadera «administración fraudulenta o desleal»*, en que se intenta fundar la existencia de un «engaño», que en realidad no es sino el «quebrantamiento de la relación de confianza» entre el comitente o mandante y el apoderado o mandatario, infidelidades que no reúnen los elementos del «engaño» y por lo tanto no son encuadrables en el tipo de estafa que contempla el vigente artículo 528 del Código Penal (cfr. SS de 31 de enero y 28 de mayo de 1991).

Por último, la posibilidad que pudiera existir de encuadrar el hecho enjuiciado en el tipo punitivo de «apropiación indebida», queda vedada a la Sala al no haber sido objeto de acusación.

De lo expuesto se infiere la procedencia de estimar el recurso y casar la sentencia de instancia, dictándose la procedente.

Artículo 534

Infracción del derecho de autor. Cinematografía. Copias en soporte de «video». Consumación. Dolo

(STS de 22 de marzo de 1993. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid).

Primero: El motivo inicial del recurso —como los restantes sólo por infracción de ley y con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— alega la vulneración por falta de aplicación de los preceptos penales sustantivos constituidos por el artículo 534 del Código Penal, en relación integradora de tal norma penal «en blanco» —en la redacción anterior a la actual introducida por la Ley Orgánica 22/1987, de 11 de noviembre—, que constituye por la antigua Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, el Reglamento dictado para su aplicación de 3 de septiembre de 1880 y la Ley de Cinematografía de 11 de mayo de 1966, que en su artículo 1 establece que «el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica corresponde al productor o a sus cesionarios o causahabientes». El motivo se dirige en su desarrollo a combatir la argumentación del tribunal de instancia orientado al pronunciamiento final de absolución al entender que las copias de película reproducidas en «soporte video», aun destinadas inicialmente y como no podía ser de otra forma (dado el importante número aprehendido) a la comercialización, llegarán a constituir objeto efectivo de explotación comercial que produjese beneficios económicos a los procesados.

El motivo —justamente apoyado por el Ministerio fiscal evacuar el trámite de instrucción del presente recurso— debe ser estimado. La S. de esta Sala de 30 de mayo de 1989 claramente expresa que la dinámica comisiva adopta varias formas, que con relación a las películas cinematográficas puede consistir en su proyección clandestina y sin licencia de su productor o en su reproducción no autorizada desde videos u otros medios de incorporación. La reproducción simple, como recuerda la S. de esta Sala de 17 de diciembre de 1985, está incluida en el ámbito de protección establecido en el artículo 1.º de la Ley de 10 de enero de 1879 y ello aparece con claridad en el artículo 5 del Reglamento de 3 de septiembre de 1880 respecto a las obras españolas y en el artículo 50 de la Ley con relación a las extranjeras, y en concreta proyección al área de la cinematografía», en el artículo 7 de la Ley 17/1966, de 31 de mayo.

El error de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida consiste así en confundir la conducta típica de reproducción con la de comercialización; olvidando que ambos comportamientos cumplen la descripción normativa y sólo la segunda forma afecta a la responsabilidad civil —no a la distinción de grados de perfección del delito—, mas no a la existencia de la figura delictiva.

.....
Tercero: En cuanto al ámbito de la estimación del motivo ha de distinguirse entre los comportamientos de los dos recurridos dada la naturaleza del tipo penal del artículo 534 del Código Penal, que incorpora la culpabilidad dolosa al «tipo»,

por lo que no es posible su comisión culposa conforme declara reiterada doctrina legal de esta Sala (SS, entre otras, de 15 de diciembre de 1969, 27 de abril de 1979, 23 de noviembre de 1991, 17 de diciembre de 1985 y 13 de junio de 1987); y ello señalado, si respecto al recurrido Sr. BG la intencionalidad de su conducta aparece plenamente patente en el *factum* de la sentencia recurrida, la falta de existencia de tal intencionalidad en el correcurrido resulta también expresamente reconocida en el relato histórico de la sentencia sometida a recurso, al señalar que dicho procesado recibió el encargo de reproducir las grabaciones en múltiples videocopias de cada *master*, lo que éste hizo sin entrar a analizar la titularidad de los correspondientes derechos»: afirmación fáctica que veda, al haberse formulado el recurso por la vía rituaría del artículo 849.1.3 de la Ley procesal, la variación de la narración e impone la desestimación del recurso respecto al Sr. P. en aplicación del artículo 884.3.º de la referida Ley.

Artículo 556

Incendio de bienes propios. Doctrina general. Compatibilidad con la estafa

(STS de 12 de marzo de 1993. Pte. Sr. Puerta Luis).

Séptimo: El motivo tercero, por último, se formula por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «por aplicación indebida de los arts. 552 del Código Penal, en relación con los artículos 528 y 529.7 del propio texto legal, con infracción del artículo 556 del Código Penal».

Afirma la parte recurrente que, de aplicarse al recurrente algún precepto punitivo, «éste debiera haber sido el artículo 556 que castiga el incendio en bienes propios, con prisión menor si tuviere propósito de defraudar a tercero». Y añade que «este precepto, aunque no es incompatible con la estafa, sí que la subsume por cuanto que contempla en su tipo la posibilidad de fraude y, en su consecuencia, impone la pena privativa de libertad de prisión menor con lo que es evidente que, de aplicarse el art. 556, no se condenaría a mi mandante como autor de un delito de estafa del art. 528 ni por tanto se le condenaría a una pena de cinco años de prisión menor».

Plantea aquí la parte recurrente la interesante y debatida cuestión relativa a la compatibilidad y posible concurso de las figuras delictivas del incendio de bienes propios con ánimo defraudatorio (art. 556 C. Penal) y de la estafa que se produzca con destrucción, daño u ocultación de cosa propia para defraudar al asegurador o a un tercero (art. 529.4.º C. Penal), modalidad de estafa, esta última, que, cuando el daño o la destrucción de la cosa se hiciera mediante incendio, se estima por una parte de la doctrina como de aplicación preferente como «ley especial», pese a la incongruencia que puede suponer tal posición desde el punto de vista penológico, habida cuenta de las penas con que el Código Penal sanciona ambos delitos.

En relación con el problema aquí planteado, dice la Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1991, que, como enseña la doctrina científica y la de esta Sala, la modalidad agravatoria del delito de estafa exige que se den todos los requisitos del delito básico descrito en el art. 528: engaño que produzca error en el sujeto pasivo induciéndole a un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero. Es decir, que para aplicar el art. 529.4 no basta con la intención de defraudar o de

causar daño efectivo al asegurador, sino que es menester que el asegurado, en este caso el incendiario, realice su conducta con propósito de inducir a error al asegurador y con él lograr la correspondiente indemnización. Si se lleva a término dicha conducta habrá lugar a estimar el delito de estafa de seguro en concurso con el delito de incendio de cosa propia, en cuanto que para este último, basta que se produzca el incendio con propósito de defraudar y que se cause incluso el perjuicio al asegurador pero sin que éste haya sufrido error alguno como consecuencia de aquella actividad engañosa. Y añade que redunda también la jurisprudencia al respecto, al decir que *puede existir concurso de ambos delitos si concurren tanto el dolo incendiario como el defraudatorio*, de modo que, además del primero, el dolo se dirige a engañar al asegurador, creando en el mismo un estado intelectual erróneo de falsa apreciación de las causas del incendio y como consecuencia de todo ello indemniza al asegurado, como declaró la Sentencia de 9 de abril de 1984. En el mismo sentido de admitir la compatibilidad de ambas figuras delictivas (incendio de bienes propios con ánimo defraudatorio y estafa) se han pronunciado las Sentencias de esta Sala de 13 de noviembre de 1958, 13 de marzo de 1982 y la de 14 de marzo de 1991).

De acuerdo, por tanto, con los anteriores criterios jurisprudenciales, procede estimar parcialmente este motivo, en el sentido de entender que el art. 552 del Código Penal ha sido indebidamente aplicado, debiendo haberlo sido el art. 556 del mismo Código, como sostiene la parte recurrente; habida cuenta del carácter genérico del primero y del específico del segundo, en que, junto al dolo incendiario, ha de concurrir un propósito específico de defraudar o perjudicar a un tercero.

Es de advertir que la aplicación del art. 556 del Código Penal no implica vulneración del principio acusatorio, dada la intangibilidad de los hechos imputados al recurrente y la homogeneidad de las dos figuras delictivas.

Por el contrario, no procede estimar el motivo en el sentido, pretendido por la parte recurrente, de que el incendio del art. 556 del C. Penal subsumiría el de estafa; por cuanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, se trata de dos figuras penales compatibles, entre las que cabe apreciar una relación concursal de tipo medial (art. 71 del C. Penal).

En conclusión, procede la estimación parcial de este motivo, en la forma indicada.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de revistas

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

Revista semanal. Año 44, segundo tomo (fascículos 1 a 25, págs. 1 a 1632).
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich-Frankfurt, 1991.

DOCTRINA

DEUTSCH, Erwin: Embryonenschutz in Deutschland. (La protección de embriones en Alemania.) Págs. 721-725.

El autor sintetiza, en primer lugar, la historia legislativa de la protección de embriones y de la reproducción asistida, refiriéndose tanto a la Ley de Protección de Embriones de 1990 como a los proyectos previos. Posteriormente pasa a describir el contenido de la ley citada: las conductas típicas (utilización abusiva de técnicas de reproducción asistida, atentados contra la integridad de los embriones, manipulación de gametos, elaboración de clones, quimeras e híbridos) y otras disposiciones legales (institución de una comisión de control, regulación de la objeción de conciencia del médico, causas personales de exclusión de punibilidad, regulación del ámbito temporal de eficacia de la ley).

Posteriormente, el autor señala la fundamentación constitucional que posee la protección de los embriones. Indica también brevemente las disposiciones que en el ámbito del Derecho Civil y del Derecho Internacional Privado existen al respecto. Y apunta que la Ley de Protección de Embriones ha de considerarse incluida dentro de la legislación penal especial.

Para acabar, se plantea al autor la significación efectiva de esta ley, negando que se trate de una ley meramente simbólica. Indica también que la misma posee un carácter intermedio entre los dos extremos político-criminalmente posibles (absoluta prohibición y liberalización total). Y rechaza la crítica, que algunos autores han realizado, de que esta ley es contradictoria con la regulación penal vigente del aborto (pues aquí, frente a lo que sucede en el caso del aborto, no existe un interés contrapuesto, de la madre, en la destrucción del *nasciturus*). En conclusión, considera el autor que se trata de una ley bastante satisfactoria, que coloca además a Alemania a la cabeza de las regulaciones en la materia. Para demostrarlo, señala

las soluciones que la misma prevé para los problemas de Derecho Penal Internacional que pueden plantearse, así como para los casos más recientemente discutidos a nivel mundial (el de las «madres sustitutivas» y el del trasplante de órganos de animales manipulados genéticamente).

FLEIG, Meinrad: Die Mitteilungspflichten der Justizorgane bei Straftaten von Angehörigen des öffentlichen Dienstes im Licht neuerer Rechtsprechung. (Los deberes de comunicación de los órganos jurisdiccionales en delitos cometidos por empleados públicos a la luz de la reciente jurisprudencia.) Págs. 1016-1021.

HENTSCHEL, Peter: Die Entwicklung des Straßenverkehrsrechts im Jahre 1990. (La evolución del Derecho de la Circulación en el año 1990.) Págs. 1267-1278.

Como cada año, el autor pasa una rápida revista a las novedades, en la legislación y en la jurisprudencia, producidas durante el año 1990. En primer lugar, señala las numerosas modificaciones producidas en los reglamentos que rigen en materia de circulación. Por lo que respecta a la jurisprudencia, se refiere a las más recientes interpretaciones de la misma en las siguientes materias: utilización de las calzadas por los vehículos, principio de circulación pacífica, velocidad máxima, adelantamientos, preferencias, giros, distancia de seguridad, libros de ruta, huida en caso de accidente, conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, retirada del permiso de conducción, prohibición de conducir.

Por lo que se refiere a los temas más específicamente penales, en primer lugar, en cuanto a los casos de huida tras la causación de un accidente, la jurisprudencia restringe la tipicidad en los casos en los que los daños causados sean escasos, pudiendo sustituirse, según algunos tribunales, por la colocación de un aviso en el lugar del accidente antes de abandonar el lugar. Y, cuando el perjudicado por el accidente renuncie a la ayuda del autor, éste se verá liberado de su deber de presencia.

En segundo lugar, en relación con la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, el Tribunal Supremo Federal (BGH) estableció un nuevo límite de contenido de alcohol en la sangre, entre el 1,1 por 1.000 y el 1,0 por 1.000.

HOLTHAUSEN, Dieter: Zum Tatbestand des Förderns in den neuen Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes (§§ 16-21 KWKG). (Acerca del tipo de favorecimiento en las nuevas disposiciones penales de la Ley de Control de Armas de Guerra.) Págs. 203-207.

En 1990 se introdujo una reforma en la Ley alemana de Control de Armas de Guerra con el fin de mejorar el control del tráfico internacional de armas y la prohibición del tráfico de armas atómicas, químicas y biológicas. El núcleo de esta reforma es la introducción de un tipo penal que sanciona el favorecimiento negligente del desarrollo de tales armas en el extranjero. Fin de este tipo es extender la punición que sufren ciertas conductas cuando se cometen en el interior del país también a las cometidas en relación con el extranjero (pues, de acuerdo con las reglas generales de la participación, al ser atípicos conforme a las leyes alemanas los hechos de este género cometidos por extranjeros en el extranjero, el partícipe

alemán también lo sería). Se trata, por lo tanto, de una extensión en el ámbito de aplicación de la ley penal alemana a los ciudadanos de esa nacionalidad, conforme al principio de personalidad.

Por lo que respecta al tipo objetivo, se sancionan todas las conductas de favorecimiento a la importación, a la exportación, al almacenamiento... Además, se tipifican también, como novedades, el favorecimiento del desarrollo de armas y de tráfico (prohibido) de las mismas. Por lo que respecta al concepto de favorecimiento, hay que remitirse al elaborado en relación con el § 27 StGB (complicidad). Se trata, por tanto, de una forma de participación convertida en tipo autónomo.

La existencia de autorización administrativa para la actividad comercial no significará justificación alguna de los actos de favorecimiento. Si que podrá, sin embargo, eliminar en muchos casos la imprudencia de dicho favorecimiento (excluyendo con ello la tipicidad de la conducta). Por lo que se refiere al tipo subjetivo, solamente los casos de favorecimiento cometidos con imprudencia temeraria (*Leichfertigkeit*) serán típicos.

Finalmente, el artículo alude también a las disposiciones específicas contenidas por la reforma en materia de armas atómicas, así como a la discusión parlamentaria que tuvo lugar acerca de la conveniencia de introducir o no este tipo penal.

KASTNER, Klaus: Der Kindsmord: historische, rechtliche und literarische Aspekte. (El infanticidio: aspectos históricos, jurídicos y literarios.) Págs. 1443-1455.

El autor examina la evolución de las concepciones sociales, jurídicas y literarias acerca del infanticidio. Señala que el tema del infanticidio empieza a ser planteado como problema de forma relativamente tardía, durante el siglo XVIII. La legislación al respecto evolucionó desde la consideración de forma especialmente agravada de homicidio a la creación de tipos privilegiados para estos delitos. Señala después una serie de hitos procesales en el tratamiento del infanticidio en Alemania, e indica su correspondencia con obras literarias de Wagner, Goethe y G. Hauptman.

KRAHL, Matthias: Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art. 103 II GG. (Falta de capacidad para conducir - Modificación retroactiva de la jurisprudencia y art. 103 II de la Ley Fundamental.) Págs. 808-809.

El autor opina que es altamente discutible la legitimidad jurídico-constitucional de las decisiones judiciales que han modificado la interpretación acerca de cuál es la cantidad de alcohol contenida en la sangre que se considera generadora de incapacidad para conducir. En concreto, rechaza la aplicación retroactiva de esta interpretación jurisprudencial, por considerar que viola, si no la letra, sí el espíritu de las normas constitucionales al respecto.

KREHL, Christopher: Der Schutz von Zeugen im Strafverfahren. (La protección de los testigos en el proceso penal.) Págs. 85-86.

KREHL, Christopher: Mißbrauchlich gestellter Asylantrag als Ansatzpunkt strafrechtlicher Verfolgung? (¿Es punible la solicitud abusiva de asilo?) Págs. 1397-1398.

El autor plantea la cuestión de si resulta constitutiva de delito la presentación abusiva de solicitudes de asilo. Se plantea, en primer lugar, si ello constituye un delito de estafa (en cuanto que los solicitantes de asilo se benefician de ayudas sociales), pero concluye que es muy dudoso que la conducta encaje en el tipo correspondiente. Por lo demás, la Ley reguladora del procedimiento de concesión del asilo no establece ninguna sanción penal para estos casos. Ello constituye una decisión consciente del legislador. Así, estas conductas permanecerán, en casi todos los casos, impunes.

LEHNER, Moris: Zur Bestimmtheit von Rechtsnormen - am Beispiel einer Entscheidung des Österreichischen VerFGH. (Acerca de la precisión de las normas jurídicas - mediante el ejemplo de una decisión del Tribunal Constitucional austriaco.) Págs. 890-893.

A partir de una decisión del Tribunal Constitucional austriaco, el autor diferencia los dos aspectos del principio de precisión que, en un Estado de Derecho, debe regir para la configuración de las normas jurídicas: precisión y claridad del enunciado de la norma, y claridad del contenido normativo de la misma.

LEHNER, Robert/KEMPER, Kurt: Überprüfung rechtskräftiger Strafurteile der DDR. (Revisión de las sentencias penales firmes de la República Democrática Alemana.) Págs. 329-334.

Se describen someramente los procedimientos legalmente previstos para, tras la unificación alemana, revisar en ciertos casos decisiones judiciales firmes en materia penal de los órganos jurisdiccionales de la extinta República Democrática Alemana.

RADEMACHER, Christine: Zulässigkeit der Gen-Analyse? (¿Es lícito el análisis genético?) Págs. 735-737.

La autora plantea la cuestión de si el análisis genético constituye un medio válido de prueba en el seno del proceso penal. Su conclusión es que tal procedimiento resulta difícilmente aceptable, por atentar al derecho fundamental al control acerca de la propia información —genética, en este caso— y a la protección de la propia personalidad. Además, este procedimiento carece de cobertura legal, es de dudoso valor probatorio y atenta contra el principio de proporcionalidad que debe regir toda actividad probatoria.

SAMSON, Erich: Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altataten nach der Einigung Deutschlands. (Tratamiento jurídico-penal de los delitos cometidos en la República Democrática Alemana tras la unificación de Alemania.) Págs. 335-340.

El autor sostiene que no es posible aplicar a tales delitos los principios del Derecho Penal internacional, sino que existe una transmisión de la pretensión penal y del *ius puniendi* que le correspondía a la extinta República Democrática Alemana

en favor de la nueva República Federal de Alemania, ya unificada. El principal problema se plantea en relación con los delitos contra el Estado. En este caso propone que se siga el criterio del lugar de comisión del delito: cuando se haya cometido en el territorio del Estado cuyos intereses fueran atacados, debería mantenerse la persecución penal en cuanto ello sea posible con el Derecho penal vigente en la actualidad; por el contrario, cuando el delito haya sido cometido en el territorio del Estado no atacado por el delito, el hecho debería permanecer impune.

SIMMA, Bruno/VOLK, Klaus: Der Spion, der in die Kälte kam. (El espía que vino al frío.) Págs. 871-875.

Comentan los autores la decisión del Tribunal Supremo Federal acerca de la punibilidad de las actividades de espionaje de la antigua República Democrática Alemana contra la República Federal. En primer lugar, afirman que en el Derecho Internacional el tratamiento del espionaje en tiempo de paz es, cuando menos, confuso. Por ello, no parece posible fundamentar la punición en normas de Derecho Internacional. No obstante, la solución que predica la punibilidad resulta, desde un punto de vista dogmático, netamente correcta. Ello no obsta para que razones de justicia material lleven a poner en duda lo acertado de tal decisión: hay que pensar en el hecho de que muchos de estos agentes podrían eventualmente convertirse en agentes de la propia República Federal, con lo que la injusticia de su punición, por realizar previamente una conducta similar, resulta más manifiesta. Por ello, proponen que se promulgue una ley de amnistía para estos casos.

NOTICIAS

- Reseña con motivo del 85.º cumpleaños de Richard Lange (*Dieter Meurer*).
- Reseña acerca de la celebración de las Jornadas Anuales de la Oficina Federal Criminal, sobre los riesgos y represión de la criminalidad organizada (*Konrad Händel*).

BIBLIOGRAFÍA

Reseña de los siguientes libros:

- **Festschrift 175 Jahre Oberlandesgericht Oldenburg.** (Libro conmemorativo del 175.º aniversario del Tribunal Supremo del estado de Oldenburg.), 1989. (*Werner Hülle*)
- **Günther, Jörg-Michael: Der Fall Rotkäppchen.** (El caso Caperucita Roja.), 1990. (*Markus van den Hövel*)
- **Müller, Elmar: Verteidigung in Straßenverkehrssachen, 4. Aufl.** (La defensa en asuntos del Derecho de la Circulación, 4.ª ed.), 1990. (*Karl-Adolf Günther*)
- **Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. Abt. II, Bd. 2, Teil 3.** (Fuentes de la reforma penal y del proceso penal. Sección II, tomo 2, parte 3), 1990. (*Hinrich Rüping*)
- **Wessels, Johannes: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 20. Aufl.** (Derecho Penal. Parte General, 20.ª ed.), 1990.

— **Wessels, Johannes: Strafrecht. Besonderer Teil - 1, 14. Auf.** (Derecho Penal. Parte Especial - 1, 14.^a ed.), 1990.

— **Wessels, Johannes: Strafrecht. Besonderer Teil - 2, 13. Aufl.** (Derecho Penal. Parte Especial - 2, 13.^a ed.), 1990. (*Lutz Meyer-Goßner*)

JURISPRUDENCIA

A) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Tribunal Constitucional Federal)

— Gesamtstrafenbildung und Erlaß von Freiheitsstrafe. (Formación de la pena global y exclusión de la pena privativa de libertad.) S. 23-2-1990. Pág. 558.

— Verfassungswidrige Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen. (Registro inconstitucional de viviendas y de locales de negocio.) S. 23-6-1990. Págs. 690-691.

— Verurteilung wegen Landfriedensbruchs aufgrund eines Demonstrationsaufrufs - Fall Schubart. (Enjuiciamiento por desórdenes públicos por hacer un llamamiento a manifestarse - el caso Schubart.) S. 26-6-1990. Págs. 91-95.

— Begriff der Schmähkritik. (Concepto de crítica insultante.) S. 26-6-1990. Págs. 95-97.

— Aufforderung zur Nötigung durch Sitzblockaden. (Incitación a las coacciones a través de la realización de sentadas.) S. 26-7-1990. Págs. 971-972.

— Fortdauer der Untersuchungshaft. (Prolongación de la prisión provisional.) S. 6-8-1990. Pág. 689.

— Wiedereinsetzung in einem Strafbefehlsverfahren. (Reposición en la situación anterior en un proceso penal abreviado.) S. 8-8-1990. Pág. 351.

— Verfall einer Sicherheit bei Aussetzung des Vollzugs eines Haftbefehls. (Anulación de una fianza en casos de interrupción en la ejecución de una orden de encarcelamiento.) S. 28-8-1990. Pág. 1043.

— Kosten des Privatklageverfahren bei Verfahrenseinstellung. (Costas del proceso a instancia de parte en casos de sobreseimiento.) S. 1-10-1990. Págs. 829-830.

— Gemeinnützige Arbeit durch Bewfhrungsaufgabe. (El trabajo socialmente útil como carga impuesta condicionalmente.) S. 14-11-1990. Págs. 1043-1044.

— Indizierung eines pornographischen Romans («Josefine Mutzenbacher»). (Indicios para la determinación del carácter pornográfico de una novela («Josefine Mutzenbacher»).) S. 27-11-1990. Págs. 1471-1475.

— Willkürliche Rechtsanwendung - Freistellung von den Verteidigerkosten eines Bußgeldverfahrens. (Arbitrariedad en la aplicación del Derecho - Exención del pago de las costas de defensa en un proceso de imposición de sanciones pecuniarias.) S. 11-12-1990. Págs. 1285-1286.

— Meinungsäußerung im Zusammenhang mit sog. Zahnärztestreik. (Expresión de opiniones en relación con la llamada huelga de dentistas.) S. 19-12-1990. Págs. 1529-1530.

— Sofortige Vollziehung des Widerrufs einer Approbation. (Ejecución inmediata de la revocación de una licencia de ejercicio profesional.) S. 16-1-1991. Págs. 1530-1532.

— Auslieferung nach Abwesenheitsverurteilung. (Extradición en virtud de un juicio realizado en ausencia del reo.) S. 24-1-1990. Págs. 1411-1412.

B) BUNDESGERICHTSHOF (Tribunal Supremo Federal)

— Unzulässige Verfahrensverbindung. (Acumulación indebida de procesos.) S. 24-4-1990. Págs. 239-240.

— Voraussetzung der Unerreichbarkeit eines Alibizeugen. (Condición para afirmar la inaccesibilidad de un testigo necesario para la coartada del reo.) S. 26-4-1990. Pág. 186.

— Verminderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. (Reducción de la capacidad de previsión y control.) S. 30-5-1990. Pág. 762.

— Gegenstand revisionsrechtlicher Überprüfung. (Objeto del juicio de revisión.) S. 24-7-1990. Págs. 50-52.

— Vorläufige Verfahrenseinstellung bei Auslandsaufenthalt. (Archivo provisional del proceso en casos de residencia en el extranjero.) S. 25-7-1990. Págs. 114-116.

— Begriff des Handeltreibens. (Concepto de tráfico.) S. 1-8-1990. Págs. 305-306.

— Veräußerung als unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln. (Enajenación como entrega no permitida de estupefacientes.) S. 3-8-1990. Págs. 306-307.

— Samenerguß bei Vergewaltigung als Strafschärfungsgrund. (La eyaculación como circunstancia agravante de la violación.) S. 14-8-1990. Págs. 185-186.

— Bestimmtheit eines Beweisantrages. (Determinación de una solicitud de prueba.) S. 29-8-1990. Págs. 435-438.

— «Herbeischaffen» von Beweismitteln. («Aportación» de medios de prueba.) S. 30-8-1990. Págs. 1622-1625.

— Berichtigung des anwaltlichen Empfangsbekennnisses. (Rectificación del acuse de recibo por el abogado.) S. 12-9-1990. Págs. 709-710.

— Untreue bei Abschluß langdauernder Verträge. (Gestión desleal en casos de finalización de un contrato de larga duración.) S. 17-9-1990. Págs. 371-372.

— Schutzzweck der Vorschriften des Betäubungsmittelrechts. (Fin de protección de las disposiciones del Derecho de estupefacientes.) S. 25-9-1990. Págs. 307-309.

— Verantwortlichkeit für Folgen unsachgemäßer Silobegasung. (Responsabilidad por las consecuencias de una inadecuada fumigación de silos.) S. 25-9-1990. Págs. 501-503.

— Wahlfeststellung zwischen versuchter schwerer Körperverletzung und Tötungsdelikt. (Apreciación alternativa de los hechos entre tentativa de lesiones graves y homicidio.) S. 25-9-1990. Pág. 990.

— Erforderlichkeit des Schußwaffengebrauchs zur Verteidigung. (Necesidad del uso de armas de fuego para la defensa.) S. 5-10-1993. Págs. 503-505.

— Beamter der Evangelischen Landeskirche kein Amtsträger. (Los empleados de la Iglesia Evangélica no son funcionarios públicos.) S. 9-10-1990. Págs. 367-371.

— Umfang des Akteneinsichtsrechts. (Alcance del derecho de examen de las actas.) S. 10-10-1990. Pág. 435.

— Falschbeurkundung von Führerscheinen. (Falsedad en carnets de conducir.) S. 24-10-1990. Págs. 576-578.

— Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona. (Punibilidad del inductor en casos de *error in persona*.) S. 25-10-1990. Págs. 933-934.

— Rückwirkende Anhebung des Höchstbetrags einer Geldbuße. (Elevación retroactiva del importe máximo de una multa.) S. 29-10-1990. Págs. 1241-1242.

— Verhältnis von strafrechtlichem Berufsverbot zu ehrengerichtlichen Maßnahmen. (Relación entre la prohibición penal de ejercer una profesión y las medidas adoptadas por tribunales de honor.) S. 30-10-1990. Pág. 1069.

— Keine Strafvereitelung durch Bezahlung der Geldstrafe durch Dritte. (No existe delito de quebrantamiento de condena porque una pena pecuniaria sea pagada por un tercero.) S. 7-11-1990. Págs. 990-993.

— Strafzumessung beim Aidsinfizierten. (Medición de la pena en el caso de infectados por el SIDA.) S. 13-11-1990. Pág. 763.

— Überprüfung der Glaubwürdigkeit von Tatzeugen. (Examen de la credibilidad de testigos presenciales.) S. 20-11-1990. Págs. 646-647.

— Einschränkung der Schuldfähigkeit bei Blutalkoholkonzentration von 2 por 100. (Reducción de la imputabilidad por un índice de concentración de alcohol en la sangre del 2 por 1.000). S. 22-11-1990. Págs. 852-855.

— Rücktritt bei unbeendetem, nicht fehlgeschlagenem Versuch. (Desistimiento en casos de tentativa inacabada y no fracasada.) S. 26-11-1990. Pág. 1189.

— Rüge der vorschriftswidrigen Abwesenheit des Angeklagten. (Repreñión de la ausencia antirreglamentaria del imputado.) S. 30-11-1990. Págs. 1364-1367.

— Beendigung der Steuerhinterziehung bei Untätigkeit. (Finalización de la defraudación tributaria en casos de inactividad.) S. 11-12-1990. Págs. 1315-1316.

— Verabredeter Zusammenstoß zweier Pkws. (Colisión concertada de dos turismos.) S. 12-12-1990. Págs. 1120-1121.

— Tatbestand des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer. (Tipo del ataque a un conductor por parte de ladrones.) S. 13-12-1990. Págs. 578-579.

— Äußerungsmöglichkeit des Angeklagten über Entschädigungsanspruch des Nebenklägers. (Posibilidad de intervención del reo acerca de la pretensión de indemnización de un sujeto adherido a la querrela.) S. 13-12-1990. Págs. 1243-1244.

— Vermeidung des Anscheins der unsachgemäßen Druckausübung. (Evitación de toda apariencia de ejercicio de presión inadecuada.) S. 18-12-1990. Págs. 1244-1245.

— Zur Steuerhinterziehung durch Parteispenden. (Sobre la defraudación tributaria a través de los gastos de partidos políticos.) S. 19-12-1990. Págs. 1306-1315.

— Beendigung der Steuerhinterziehung bei Abgabe mehrerer falscher Voranmeldungen. (Finalización de la defraudación tributaria en casos de entrega de varias declaraciones previas falsas.) S. 9-1-1991. Págs. 1316-1317.

— Mord in Mittäterschaft. (Coautoría en asesinato.) S. 15-1-1991. Págs. 1068-1069.

— Verschlafen kein eigenmächtiges Fernbleiben. (Quedarse dormido no puede ser calificado como ausentamiento arbitrario.) S. 15-1-1991. Pág. 1367.

— Strafbarkeit der DDR-Spione. (Punibilidad de los espías de la República Democrática Alemana.) S. 30-1-1991. Págs. 929-933.

— Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde zugunsten der Betroffenen. (Licitud del recurso de queja en favor del imputado.) S. 31-1-1991. Págs. 1367-1368.

— Unverschuldete Abwesenheit des Angeklagten. (Ausencia no culpable del reo.) S. 8-2-1991. Pág. 1367.

— Anwendung des mildestens Gesetzes. (Aplicación de la ley más favorable.) S. 12-2-1991. Págs. 1242-1243.

— Abfall trotz möglicher Wiederverwendung. (Los desechos son tales aunque puedan ser reutilizados.) S. 26-2-1991. Págs. 1621-1622.

C) OTROS TRIBUNALES PENALES

— Vorbereitung von Waffengeschäften mit dem Irak. (Preparación de comercio de armas con Irak.) BayObLG. S. 31-1-1989. Págs. 855-856.

— Steuerungsprogramm eines Geldspielautomaten als Betriebsgeheimnis. (El programa de control de una máquina tragaperras como secreto empresarial.) BayObLG. S. 28-8-1990. Págs. 438-441.

— Verjährungsbeginn bei fahrlässigen durch Unterlassen begangenen Dauerordnungswidrigkeiten. (Comienzo de la prescripción en las contravenciones imprudentes por omisión.) BayObLG. S. 28-8-1990. Págs. 711-712.

— Rechtfertigung der Geschwindigkeitsüberschreitung. (Justificación de la infracción del límite máximo de velocidad.) BayObLG. S. 1-10-1990. Pág. 1626.

— Voraussetzungen des Selbsthilferechts. (Requisitos del derecho de autotutela.) BayObLG. S. 18-10-1990. Págs. 934-935.

— Beleidigung von Soldaten der Bundeswehr. (Injurias a soldados del Ejército Federal.) BayObLG. S. 16-11-1990. Págs. 1493-1496.

— Fremdschuldenregulierung als Verstoß gegen Rechtsberatungsgesetz. (La regularización de las deudas ajenas como infracción de la Ley reguladora de las asesorías jurídicas.) BayObLG. S. 20-11-1990. Págs. 1190-1191.

— Ungenügende Gewährung von Akteneinsicht als Entschuldigungsgrund. (La insuficiente autorización del examen de las actas como causa de exculpación.) BayObLG. S. 27-11-1990. Págs. 1070-1071.

— Voraussetzungen für die Annahme eines minder schweren Falles. (Requisitos para la calificación como un caso de menor gravedad.) BayObLG. S. 29-11-1990. Pág. 1245.

— Beschimpfung der Bundesrepublik Deutschland. (Ultrajes a la República Federal de Alemania.) OLG Frankfurt. S. 28-8-1989. Págs. 117-118.

— Kostentragungspflicht des verurteilten Angeklagten. (Deber de soportar las costas del reo condenado.) OLG Zweibrücken. S. 13-10-1989. Págs. 309-310.

— «Es zittern die morschen Knochen» als nationalsozialistisches Kennzeichen. (La canción «*Es zittern die morschen Knochen*» como símbolo nacionalsocialista.) OLG Celle. S. 3-7-1990. Págs. 1497-1498.

— Begriff der Sich-bereit-Erklärens zur Agententätigkeit. (Concepto de «declararse dispuesto» a actuar como espía.) OLG Celle. S. 4-7-1990. Págs. 579-580.

— Pflicht des Anwalts zur Überprüfung der ihm mitgeteilten Tatsachen. (Deber del abogado de comprobar los hechos que le son comunicados.) OLG Celle. S. 9-8-1990. Págs. 1189-1190.

— Rechtsweg gegen Sperrerklärung bezüglich der Identität eines V-Manns. (Cauce procesal frente a la declaración de obstrucción en relación con la identidad de un confidente.) OLG Celle. S. 8-10-1990. Págs. 856-857.

— Abgabefreiheit von Mitbringseeln. (Exención fiscal de los regalos.) OLG Düsseldorf. S. 23-1-1990. Págs. 647-648.

— Berücksichtigung wirtschaftlicher Verhältnisse bei Katalogordnungswidrigkeiten. (Investigación de la situación económica en las contravenciones.) OLG Düsseldorf. S. 11-7-1990. Pág. 241.

— Rechtmäßigkeit der Diensthandlung eines Polizeibeamten. (Licitud de la actuación de un funcionario de policía en ejercicio de su cargo.) OLG Düsseldorf. S. 6-9-1990. Pág. 580.

— Ablehnung der Rechtshilfeleistung. (Denegación de la concesión de auxilio judicial.) OLG Düsseldorf. S. 10-9-1990. Pág. 647.

— Hausbesetzung nach Ablauf eines Mietvertrages. (Ocupación de una vivienda tras la expiración de un contrato de arrendamiento.) OLG Düsseldorf. S. 26-9-1990. Págs. 186-187.

— Voraussetzungen eines schweren Umweltgefährdung. (Requisitos para que exista un peligro grave para el medio ambiente.) OLG Düsseldorf. S. 26-9-1990. Págs. 1123-1125.

— Begriff des Zeitgesetzes. (Concepto de ley vigente en el momento de la ejecución.) OLG Düsseldorf. S. 16-10-1990. Págs. 710-711.

— Annahme der krankheitsbedingten Vollzugsuntauglichkeit. (Reconocimiento de la inidoneidad de la ejecución de la pena en virtud de una enfermedad.) OLG Düsseldorf. S. 16-10-1990. Págs. 765-766.

— Zulässiges Verteidigerverhalten keine Strafvereitelung. (El comportamiento lícito del abogado defensor no constituye quebrantamiento de condena.) OLG Düsseldorf. S. 10-12-1990. Pág. 996.

— Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Anwaltsverschulden. (Restablecimiento de la situación inicial en casos de responsabilidad del abogado.) OLG Frankfurt. S. 15-11-1990. Pág. 1191.

— Strafbarkeit durch Verschreibung suchtfördernder Arzneimittel. (Punibilidad por la prescripción de medicamentos de carácter estupefaciente.) OLG Frankfurt. S. 30-11-1990. Págs. 763-764.

— Geltung der Ladenschlußzeitell für Tankstellen. (Vigencia del horario de cierre de comercios para las gasolineras.) OLG Hamm. S. 25-1-1990. Págs. 1368-1369.

— Beweiswert von Radarmeßfotos. (Valor probatorio de las fotos por radar.) OLG Hamm. S. 24-7-1990. Págs. 372-373.

— Tötung eines vermeintlich verletzten Hundes. (Muerte de un perro presumiblemente herido.) OLG Karlsruhe. S. 10-5-1990. Págs. 116-117.

— Unterlassen eines Hausbesuches. (Omisión de una visita domiciliaria.) OLG Köln. S. 19-7-1990. Págs. 764-765.

— Widerruf der Bewährung als Verstoß gegen Unschuldsvermutung. (Revocación de la condena condicional como infracción de la presunción de inocencia.) OLG Köln. S. 16-10-1990. Págs. 505-506.

— Betrug durch Kontoüberziehung. (Estafa mediante el procedimiento de dejar en descubierto una cuenta bancaria.) OLG Köln. S. 19-10-1990. Págs. 1122.

— Berücksichtigung der Unschuldvermutung bei Kostenentscheidung. (Toma en consideración de la presunción de inocencia en la decisión acerca de las costas.) OLG Köln. S. 30-10-1990. Págs. 506-508.

— Nebenklageanschluß auch ohne Strafantrag. (La adhesión mediante acción accesoria es también posible sin querrela.) OLG Nürnberg. S. 10-9-1990. Pág. 712.

— Zur Aufhebung eines Sperrerklärung. (Acerca de la revocación de una declaración de obstrucción en relación con la declaración de un testigo.) OLG Stuttgart. S. 23-7-1990. Págs. 1071-1073.

— Zu den Kriterien der Verwerflichkeit eines «Sitzblockade». (Acerca de los criterios para determinar la reprochabilidad de una sentada.) OLG Stuttgart. S. 9-11-1990. Pág. 993.

— Blickwinkel der Rechtfertigungsnahe der Tat. (Perspectiva desde la que ha de examinarse la cercanía de un hecho a la justificación.) OLG Stuttgart. S. 19-11-1990. Págs. 994-996.

— Dienstflucht eines Diakons der Zeugen Jehovas. (Abandono del servicio por parte de un diácono de los Testigos de Jehová.) OLG Stuttgart. S. 23-11-1990. Págs. 935-936.

— Anspucken keine Körperverletzung. (Escupir no constituye delito de lesiones.) OLG Zweibrücken. S. 18-6-1990. Págs. 240-241.

— Zur Bewertung der Verwerflichkeit einer Sitzblockade. (Acerca de la valoración de la reprochabilidad de una sentada.) OLG Zweibrücken. S. 24-8-1990. Págs. 53-55.

— Störung der Nachruhe durch Duschen. (Alteración de la tranquilidad nocturna al ducharse.) OLG Düsseldorf. S. 25-1-1991. Págs. 1625-1626.

— Notwendigkeit des Anwaltswechsels bei unverschuldeter Verhinderung des Verteidigers. (Necesidad de un cambio de abogado en casos de existencia de un impedimento no culpable por parte del abogado defensor para actuar.) OLG Hamburg. S. 21-1-1991. Págs. 1191-1192.

— Umfang der Vollmacht eines Verteidigers. (Alcance del poder de un abogado defensor.) OLG Hamm. S. 23-1-1990. Pág. 1317.

— Vertrauensschutz des Pflichtverteidigers. (Protección de la relación de confianza con el abogado de oficio.) LG Essen. S. 2-11-1990. Pág. 856.

— Steuerungsprogramm eines Geldspielautomaten als Betriebsgeheimnis. (El programa de control de una máquina tragaperras como secreto empresarial.) LG Stuttgart. S. 2-7-1990. Págs. 441-442.

— Zweckentfremdung von Wohnraum durch Leerstehenlassen eines Hauses. (Desviación del fin de una vivienda cuando se mantiene vacío un edificio.) AG Freiburg. S. 16-11-1990. Pág. 1121.

— Notwendigkeit der förmliche Zustellung des Anhörungsbogens. (Necesidad de notificación en forma del escrito de audiencia.) AG Krefeld. S. 20-7-1990. Págs. 52-53.

— Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit i. S. des § 326 StGB. (El elemento típico del carácter duradero en el § 326 del Código Penal.) AG Lübeck. S. 30-5-1990. Págs. 1125-1126.

— Bezeichnung von Soldaten als «Henker im Wartestand». (Descripción de los soldados como «verdugos en reposo».) AG Spaichingen. S. 16-10-1990. Págs. 1496-1497.

— Bestimmtheit des Tatvorwurfs im Bußgelbescheid. (Carácter determinado del reproche en la fijación de la multa.) AG Weilburg. S. 28-2-1990. Pág. 1071.

— Zum Tatbestandsmerkmal des «befriedeten Besitztums». (Acerca del elemento típico del «lugar cerrado».) AG Wiesbaden. S. 12-10-1990. Págs. 188-189.

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Universidad de León

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVII

Págs.

FASCICULO I

SECCION DOCTRINAL

<i>Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal</i> , por Santiago Mir Puig	5
<i>Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos</i> , por José Cid Moliné	29
<i>El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos</i> , por Juan Gonzalo Escobar	65
<i>Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿Concurso de Leyes?</i> , por José Ulises Hernández Plasencia	111
<i>Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del «animus iniuriandi» en el delito de injurias</i> , por José Miguel Sánchez Tomás	141
<i>La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal</i> , por Esteban Sola Reche	167

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia</i> , por Kai Ambos	187
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

219

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

227

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas</i> , por Angel de Sola Dueñas	279
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González Cuellar ..	299
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares.	315

BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de revistas</i> , por José Manuel Paredes	367
--	-----

INDICE

Págs.

SECCION DOCTRINAL

<i>Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal</i> , por Santiago Mir Puig	5
<i>Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos</i> , por José Cid Moliné	29
<i>El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos</i> , por Juan Gonzalo Escobar	65
<i>Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿Concurso de Leyes?</i> , por José Ulises Hernández Plasencia	111
<i>Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del «animus iniuriandi» en el delito de injurias</i> , por José Miguel Sánchez Tomás	141
<i>La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal</i> , por Esteban Sola Reche	167

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia</i> , por Kai Ambos	187
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

219

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

227

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas</i> , por Angel de Sola Dueñas	279
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González Cuellar ..	299
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares.	315

BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de revistas</i> , por José Manuel Paredes	367
--	-----

