

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XLVII  
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO  
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.<sup>2</sup>**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

## Secretario:

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad Complutense de Madrid

## 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.<sup>a</sup> 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

**MANUEL GARCIA MIGUEL**

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

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

**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 II



MAYO-AGOSTO  
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.: 84-7787-375-5 (Fascículo II)  
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

### Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal (\*)

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

#### I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento penal de las insolvencias punibles en el Código penal es, posiblemente, dentro de los llamados delitos contra el patrimonio, uno de los temas más sugerentes con los que se puede encontrar el penalista. No han sido pocos los autores que, bien desde sus comienzos como especialistas del Derecho penal, bien en etapas de plena madurez científica, han sucumbido a la tentación de ocuparse monográficamente del tema. Quizá por eso, porque ha corrido mucha tinta en el tratamiento doctrinal de todos los problemas que provoca la regulación penal de estos delitos, quien ahora escribe posiblemente defraude sus expectativas, no pudiendo aportar nada nuevo a lo que otros, con más ciencia, ya han dicho antes. Por otra parte, las peculiares características del curso que motivó la redacción de este texto, hacen aconsejable que se limite el tratamiento de las insolvencias al de las cuestiones generales y, monográficamente, al tratamiento del delito de alzamiento de bienes; en todo caso, a través del análisis de este delito, podré considerar algunas —aunque sólo algunas— de las cuestiones que, por referencia al alzamiento, plantean los delitos de quiebra y el concurso. Intentar abarcar más en el

---

(\*) El presente texto se corresponde con el de la ponencia impartida por su autor, el día 7 de octubre de 1993, en el curso sobre «La Nueva Delincuencia (I)» del Plan Estatal de Formación para 1993 del Consejo General del Poder Judicial.

espacio y tiempo que me ha sido concedido, teniendo en cuenta la amplitud del tema que me corresponde abordar, hubiera ido, posiblemente, en detrimento de la profundidad del análisis. Dicho lo cual, comenzaré por introducir, en términos generales, el tratamiento en nuestra Ley penal de las insolvencias punibles.

Las tradicionalmente denominadas en sede doctrinal insolvencias punibles se agrupan, en nuestro Código penal, dentro de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo IV del título XII, bajo la rúbrica general «Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles». En ella se contienen, en efecto, el delito de alzamiento de bienes (art. 519), los delitos de quiebra —en sus distintas modalidades de quiebra fraudulenta (art. 520) y quiebra culpable (art. 521)— y los concursos punibles —también en sus modalidades de fraudulentos (art. 524) y culpables (art. 523)—, si bien, aunque así se deduzca de la propia rúbrica, en la mentada sección no se incluye, propiamente, ningún *delito de insolvencia*. Esa alusión, hoy técnicamente incorrecta, a la «insolvencia punible» como si de un delito independiente se tratara, sirvió históricamente como referencia del delito de insolvencia del deudor no comerciante, en el art. 437 del Código penal de 1848 y en el art. 448 del Código penal de 1850, y como referencia de los concursos punibles en los arts. 542 y 543 del Código penal de 1870 y en los arts. 718 y 719 del Código penal de 1928, pero devino inútil a partir del texto punitivo de 1932 al incluir éste, en la rúbrica de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo IV del título XIV, la referencia expresa, junto al alzamiento, la quiebra y la insolvencia, al concurso punible (1). Con todo, el elemento común más característico que vincula a todos los delitos de la sección es, precisamente, la situación de *insolvencia* en la que se encuentran tanto el sujeto activo del alzamiento, como el de la quiebra o el concurso. Aparte de ello, y como ya señalara Quintano Ripollés (2), todas las figuras allí incluidas comparten el que la acción, «en vez de versar... sobre patrimonios o propiedades ajenos, opera con los propios, aunque el resultado lesivo se proyecte, en último término, también sobre intereses económicos extraños, a veces en dimensiones de generalidad y mero riesgo».

Por otro lado, y aunque —como ha señalado entre nosotros Bajo Fernández (3)— sea discutible el concepto de defraudación como cri-

---

(1) JIMÉNEZ ASENJO, E., «Represión penal del concurso», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1948, pp. 497 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1993, p. 322; GONZÁLEZ RUS, J. J., en CARMONA SALGADO, C. y otros, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, II. Delitos contra la propiedad, Madrid, 1992, p. 160; VIVES ANTÓN, T. S., en COBO DEL ROSAL, M. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1990, p. 880.

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo III: Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, Madrid, 1965, pp. 3-4.

(3) BAJO FERNÁNDEZ, M., en BAJO FERNÁNDEZ, M.; PÉREZ MANZANO, M.;

terio de ordenación sistemática de las infracciones, toda vez que su amplitud lo convierte en inadecuado e inoperante, lo cierto es que la mayoría de la doctrina coincide en que el encuadre sistemático de las insolvencias punibles dentro del capítulo de las defraudaciones en el Código penal es acertado. Y ello porque, como se ha podido indicar (4), aunque el engaño no sea el elemento definidor de todas estas figuras delictivas ni desempeñe el papel rector de la acción, qué duda cabe que, siquiera sea de forma indirecta, éste se encuentra presente al quebrantarse la buena fe y la confianza que los acreedores tenían en la capacidad de pago de su deudor (5). Alguna resolución jurisprudencial, como la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1991, así lo ha entendido al afirmar que si bien —en el caso del alzamiento de bienes— el tipo no exige la presencia de un ánimo específico de defraudar, éste sí forma parte integrante del dolo del hecho punible.

En este orden de cuestiones introductorias, diremos también que el conjunto de figuras delictivas recogidas bajo la genérica denominación de insolvencias punibles comparten, entre sí, algunas otras características configuradoras, a la vez que se diferencian claramente en otras. El alzamiento de bienes, por ejemplo, puede ser realizado tanto por el comerciante como por el no comerciante —lo cual, no obstante, tiene trascendencia a efectos de penalidad—, mientras que la quiebra sólo admite su comisión por un comerciante y los concursos, por el contrario, han de ser llevados a cabo por persona que no se dedica al comercio. Por su parte, la quiebra y el concurso punibles exigen, como requisito de procedibilidad, su previa declaración civil, ya sea como fraudulentos, ya como culpables, con lo cual en la práctica operan como delitos privados, mientras que el alzamiento de bienes puede ser perseguido de oficio. Con todo, no deja de ser cierto lo que afirma Bajo Fernández (6) de que la realidad demuestra que el alzamiento opera, también en la práctica, como un delito perseguible a instancia de parte, porque el acreedor se suele dar por satisfecho cuando recibe el pago de la incumplida obligación, de modo que, en ese instante, ya no presenta querrela —y, por tanto, al no conocerse el hecho éste no se persigue— o, si la ha presentado, la retira, no siendo extraño tampoco que la acusación pública haga

---

SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos Patrimoniales y Económicos)*, Madrid, 1993, p. 212.

(4) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 322; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 6; en el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J., *Parte Especial*, cit., pp. 160-161.

(5) El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994, sin embargo, concede a las insolvencias punibles un capítulo —el VII— independiente del de las defraudaciones dentro del título XII, dedicado a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.

(6) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 235.

lo propio. Por lo demás, y como ya veremos más adelante, la exigencia de la previa declaración civil en unos casos —quiebra y concurso— y no en otros plantea problemas de relación entre los tipos, nada fáciles de resolver.

## II. EL CONCEPTO DE INSOLVENCIA

Como ya se ha reseñado más arriba, quizá el elemento común más importante que comparten los diferentes ilícitos penales recogidos en los arts. 519 y siguientes de nuestro Código penal es la *situación de insolvencia* del deudor, sujeto activo del delito, frente a su acreedor, sujeto pasivo. Como acepta la práctica totalidad de la doctrina, la situación de insolvencia es una situación o estado de hecho —previo, por lo tanto, a cualquier valoración jurídica—, que se caracteriza por un desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles (7); es decir, es aquella situación en la que el montante de las obligaciones que le son exigibles a un deudor supera al de los bienes y derechos realizables de su patrimonio, lo cual imposibilita al acreedor satisfacer su derecho de crédito. Definida, en estos términos, la situación de insolvencia se suele, no obstante, matizar que ésta no debe ser confundida con la falta de liquidez ni con la simple insuficiencia ni tampoco con la cesación de pagos o incumplimiento obligacional.

Efectivamente, a diferencia de la insolvencia, la falta de liquidez supone una situación en la que, si bien no se satisfacen por el deudor las obligaciones debidas, ello tiene su origen en la imposibilidad de realizar a tiempo el activo o parte del activo patrimonial, pero siendo éste en su conjunto superior al pasivo. Insolvencia y falta de liquidez coinciden, pues, en motivar el incumplimiento de la obligación pero se diferencian en la capacidad de realización del derecho de crédito del acreedor (8). Igualmente pasa con la simple insuficiencia o insolvencia contable, situación en la que, al igual que en la insolvencia, el pasivo supera al activo presente pero, a diferencia de ésta, las expectativas de bienes futuros, ya sea en renta, ya en intereses de capital, ya en cualquier otra forma, generan el crédito suficiente como para poder atender las obligaciones que le son exigibles al deudor (9). Finalmente, hay que señalar que si bien la manifestación

(7) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 212.

(8) Correctamente razona VIVES ANTÓN (*Parte Especial*, cit., p. 881) que, desde el punto de vista normativo —art. 8 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922—, la insolvencia provisional, es decir, subsanable y transitoria, no es contemplada propiamente como verdadera situación de insolvencia sino como mera situación de iliquidez o insuficiencia.

(9) Véase VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 880; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 213.

más típica y característica de un estado de insolvencia es la cesación de pagos, entre aquélla y ésta no media, como correctamente se ha matizado por la doctrina (10), una relación de carácter necesario, pues un incumplimiento obligacional se puede producir en una situación de completa solvencia del deudor, por ejemplo, por la mera falta de voluntad de realizar el pago, o, incluso, a la inversa —aunque más infrecuentemente—, se puede dar el caso de un deudor que cumpla con su obligación, no obstante su situación de insolvencia, al haber obtenido crédito de forma ilícita o irregular (11).

Por otra parte, tiene cierta tradición en nuestra doctrina penal la distinción entre un concepto de insolvencia real y un concepto de insolvencia ficticia o meramente aparente, básicamente —y como, por ejemplo, lo hizo Quintano Ripollés (12)—, para poner de manifiesto que no es en Derecho penal la insolvencia en sí misma lo que se castiga, ni la solvencia lo que libera y excluye de responsabilidad criminal, «sino el hecho de burlar la eficacia de un orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses del acreedor». De este modo, aunque el deudor fuera realmente solvente pero lograrse enmascarar tal estado para defraudar al acreedor, también se le habría de castigar ya que, de lo contrario, «se otorgaría al solvente máximas facilidades para burlar sus obligaciones y quebrantar las ordinarias garantías adscritas a su cumplimiento, hasta forzar la búsqueda de otras mediante procedimientos más lentos y problemáticos». Sin embargo, semejante distinción entre insolvencia real y aparente ha sido enérgicamente criticada por autores más recientes de nuestra literatura penal (13) sobre la base de que tales distinciones complican el concepto de insolvencia, dificultando su correcta comprensión, y son innecesarias porque, desde la perspectiva de la realización de los derechos de los acreedores, tan real es la insolvencia que responde, efectivamente, a un déficit como la que es producto de una fraudulenta ocultación de un patrimonio realmente existente. Lo cierto es que si la utilización de tales dos conceptos obedece —como parece y se deduce de las palabras, por ejemplo, de Quintano Ripollés— a la mera voluntad de poner expresamente de manifiesto su irrelevancia penal porque también resulta punible la ocultación de bienes de quien es solvente, imposibilitando, como si de un insolvente se tratara, la satisfacción de los derechos de crédito de sus acreedores, tampoco resulta tan objetable e inútil su constatación. En este mismo sentido parece expresarse la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero

---

(10) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 213.

(11) Así lo indica, en mi opinión certeramente, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 213.

(12) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 42.

(13) Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., pp. 212-213; VIVES AN-TÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 880; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Parte Especial*, cit., p. 162.

de 1992 al establecer que no es lo decisivo, en el delito de alzamiento de bienes, la enajenación de los bienes del propio patrimonio ni es la insolvencia un elemento típico; lo decisivo es la frustración de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el autor (14). Más allá de ello sí que no tendría sentido distinguir entre ambos tipos de insolvencia salvo, por ejemplo, para requerir en el delito de alzamiento de bienes, como elemento integrante del tipo consumado, la efectiva constatación de un perjuicio para el acreedor, cosa que no se produciría, dejando el delito en mera fase de tentativa, cuando los bienes ocultados del solvente «reaparecieran» y se pudiera satisfacer el crédito debido con ellos. Pero semejante tesis ni se comparte por la doctrina mayoritaria ni se ha aceptado por nuestra jurisprudencia.

Del mismo modo se han manejado en la doctrina los conceptos de insolvencia parcial e insolvencia total, desde que en sus comentarios al Código penal de 1848 afirmara Pacheco que en el delito de alzamiento de bienes (art. 443), y por oposición al delito de ocultación o enajenación maliciosa de bienes del deudor no comerciante (art. 448), la insolvencia había de ser total o general para poder ser apreciada como delictiva (15). Dicha tesis, que contó con la oposición de autores como Groizard (16) o Viada (17), fue, sin embargo, sustentada durante mucho tiempo por la doctrina jurisprudencial que hoy, por el contrario, admite sin cuestión que la insolvencia para ser punible basta con que sea parcial (18). La doctrina más reciente no admite los viejos planteamientos doctrinales y, en palabras de Bajo Fernández (19), considera poco inteligible la diferencia entre una insolvencia parcial y una total. La diferencia entre ambas supuestas clases de insolvencias está, según dicho autor, mal planteada, pues «si el deudor al alzarse con la cosa resulta insolvente para satisfacer a sus acreedores, habrá delito de alzamiento por insolvencia» y si

---

(14) Más adelante, no obstante, haré alguna precisión acerca del requisito de la insolvencia que, en mi opinión, sí debe estar presente como presupuesto necesario de la frustración de las pretensiones de los acreedores y como consecuencia del alzamiento (ocultación o enajenación de los propios bienes).

(15) PACHECO, J. F., *El Código penal, concordado y comentado*, tomo III, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1867, p. 344.

(16) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo VII, Salamanca, 1897, pp. 33-34.

(17) VIADA Y VILASECA, S., *Código penal reformado de 1870*, tomo II, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1890, p. 465.

(18) Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 41; así, sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1989; 24 de julio de 1989; 17 de diciembre de 1989; 9 de marzo de 1992; 7 de abril de 1992; 12 y 26 de junio de 1992; 10 de julio de 1992, etc.

(19) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 214; en el mismo sentido, VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 880; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Parte Especial*, cit., p. 162.



no, «si pese a la ocultación o destrucción de la cosa hay bienes en el patrimonio del deudor para satisfacer sus créditos, no hay insolvencia ni delito». Y es que, en efecto, desde el punto de vista criminal, el concepto de insolvencia es un concepto que no cabe definir sino en términos absolutos, sin posibilidad de graduación, y por referencia al deudor que se coloca en una posición tal que hace ilusorias las posibilidades del acreedor de satisfacerse en el patrimonio de aquél el incumplimiento de una obligación jurídica. Éste es el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992 cuando afirma que resulta indiferente que el procesado tuviese otros bienes, pues lo verdaderamente acreditado es que no se pudo realizar traba sobre bienes propios del acusado lo que, en última instancia, hace inefectivos los derechos de los acreedores al devenir estéril el ejercicio de sus normales pretensiones de ejecución. De igual manera, una resolución anterior, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989, había afirmado que lo decisivo no es, en cada caso, hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, sino que con la ocultación de los bienes se haya interpuesto un obstáculo para el éxito de la vía de apremio.

### III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Entrando en la consideración del bien jurídico protegido en las insolvencias punibles, es correcto afirmar que la doctrina ampliamente mayoritaria se decanta por considerar que éste viene constituido, en todos los delitos de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo IV, por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor, derecho de garantía legal que el art. 1.911 del Código civil reconoce al acreedor sobre todos los bienes, presentes y futuros, del deudor. El sistema de protección y garantía del crédito en el ordenamiento jurídico civil está constituido (20) por cauciones o garantías, de carácter personal (juramento, fianza de tercero, aval cambiario, cláusula penal) o real (depósitos, arras, prendas, hipotecas, derecho de retención, embargo y anotaciones preventivas, etc.), por medidas conservativas (acción subrogatoria y acción revocatoria) y, finalmente, por medidas ejecutivas. El Derecho penal, con las instituciones delictivas que estamos ahora estudiando, no hace sino reforzar ese sistema de protección jurídica, estableciendo un mecanismo punitivo que, al menos en teoría, sólo habrá de entrar en funcionamiento en los supuestos de transgresión más grave de los derechos de los acreedores y cuando aparece como insuficiente el sistema de protección jurídico-privada. Semejante caracterización del bien jurí-

---

(20) Véase, por todos, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1988, pp. 172 y ss.

dico protegido en las insolvencias punibles sitúa a éstas entre las llamadas infracciones patrimoniales, cuyo contenido de injusto vendrá representado por el peligro o el daño que tales derechos puedan sufrir como consecuencia de la producción de su propia insolvencia por parte del deudor (21).

No obstante, la tesis de lo que se ha venido en denominar posición patrimonialista ha sido criticada por quienes sostienen que estos delitos, en realidad, lo que atacan es el sistema económico crediticio en su conjunto (22). Tal punto de vista, que tiene ya antecedentes remotos en las tesis de Carrara (23) y más recientes en las de Tiedemann (24), y que se vio en un momento reforzada, en el seno de la doctrina española, por la posición sistemática que estos delitos tenían en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, que los situó entre los delitos contra el orden socioeconómico, entiende que lo que interesa a los efectos de la protección penal en estas infracciones es su incidencia en las relaciones económicas y no sólo en las mercantiles. Así, se ha podido decir (25) que «en una época de crisis económica como la actual en la que las oscilaciones empresariales son tan considerables y en una época en la que la placidez y el crecimiento parecen haber dejado su lugar a la innovación y al crédito han de resguardarse una serie de pilares básicos sobre los que poder construir las relaciones socio-económicas de for-

(21) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 880.

(22) Así, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 314, QUERALT, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2.ª ed., Barcelona, 1992, pp. 419-420.

(23) Este autor sostuvo que la quiebra o bancarrota constituye un delito contra la fe pública, porque si bien el comerciante «no es, a decir verdad, un funcionario público», «sus libros, cuando están bien llevados, y dentro de determinados límites, dan fe de su contenido y sirven de prueba plena en un juicio». «De esto se sigue —continuaba el profesor de Pisa— la confianza más o menos amplia que todos les conceden a los comerciantes, de suerte que el crédito (o sea la recíproca creencia en la lealtad respectiva) es llamado con razón vida y alma del comercio y multiplicador indefinido del capital, con sumo provecho para todos». Pues bien, esa especial fe o confianza es de carácter público, de forma especial que en él, en el comerciante, convierte en delito la quiebra que, en otros, no es delictuosa; y la convierte en delito de índole social porque la confianza universal que le ha sido depositada proviene de su especial posición de comerciante, lo que incumbe a toda la sociedad (*Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. VII, reimpresión de la 4.ª ed., traducción de J. J. ORTEGA y J. GUERRERO, Bogotá, 1982, § 3359).

(24) Según este autor, el objeto de tutela en este tipo de delitos es mixto, pues se protegen los intereses de los acreedores actuales a una satisfacción completa, o lo más completa posible, de sus pretensiones jurídico-patrimoniales, así como los intereses crediticios de acreedores potenciales, que ya están en relación con el deudor, y, finalmente, el funcionamiento de la economía crediticia como un sistema de prestación de servicios, cosas y dinero (*Konkurs Strafrecht*, Berlin-New York, 1985, § 283, núm. 55).

(25) QUERALT, J. J., *Parte Especial*, cit., p. 420.

ma fiable». De modo que lo que se trata de proteger con todas estas figuras delictivas «es la existencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas».

Al margen de la posición que, *de lege ferenda*, se quiera mantener, lo cierto es que, desde el punto de vista de lo que es la concreta configuración legal de los delitos de alzamiento, quiebra y concurso en el ordenamiento jurídico español, la tesis del atentado al sistema económico crediticio en su conjunto es insostenible, y así se ha encargado de demostrarlo, entre nosotros, por ejemplo, Muñoz Conde (26). En efecto, conforme a lo mantenido por este autor, y a pesar de que no sea difícil encontrar determinados argumentos en favor de la tesis socioeconómica (27), lo cierto es que sólo desde la tesis patrimonialista es posible entender el castigo, por ejemplo, de alzamientos de bienes de poca importancia o de quiebras de pequeños empresarios, y ello a pesar de lo escasamente que tales hechos pueden afectar al orden económico en su conjunto o perjudicar la economía nacional. Igualmente, sólo desde una tesis patrimonialista es posible entender la existencia de requisitos de procedibilidad que obstaculizan la persecución penal directa de algunos de los delitos. A pesar de todo, y conforme ha señalado este autor, no se excluye que todas estas conductas delictivas supongan un peligro para el interés colectivo por el daño que producen las reacciones en cadena a que da lugar una situación de insolvencia en el mundo económico ni que el sistema crediticio no sea importante para el funcionamiento del sistema económico en su totalidad. Pero es el interés concreto individualizado, que llega incluso a otorgar eficacia justificante al consentimiento de los acreedores, el que se constituye como objeto de tutela indiscutible en este tipo de ilícitos.

#### IV. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

##### A) La conducta típica. El concepto de alzamiento

Hechas las anteriores consideraciones introductorias, pasaremos ahora a analizar el delito de alzamiento de bienes y, al hilo

---

(26) Véase, MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., pp. 325 y ss.; del mismo: «La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia», en *Nuevas formas de delincuencia. Poder Judicial*. Número especial IX, Madrid, 1986, pp. 206 y ss.

(27) Así, por ejemplo, señala MUÑOZ CONDE (*Parte Especial*, cit., pp. 325 y ss.) que en su favor está el que el crédito no es simplemente la suma de los derechos de los acreedores concretos, sino un instrumento de la economía en su conjunto o el perjuicio que la sucesión de situaciones de insolvencia pueden producir al sistema económico de un país.

del mismo, tendremos también la oportunidad de poder considerar algunas cuestiones que afectan a las quiebras y los concursos punibles. El Código ubica el delito de alzamiento de bienes en el p<sup>o</sup>rtico de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo IV, estableciendo, además, una ordenación sistemática en dicha sección que fue ya, hace años, objeto de críticas al haber interpuesto el legislador «el delito de quiebra entre el alzamiento y el concurso, siendo así que aquella primera infracción tiene un neto significado de especialidad, si quiera sea en lo personal, por referirse precisamente a las insolvencias de comerciantes, mientras que el alzamiento y el concurso lo tienen de generalidad» (28).

El delito de alzamiento de bienes aparece, entonces, recogido en el art. 519, primero de los preceptos que el Código penal le dedica a las insolvencias punibles y que establece una pena de prisión menor para el comerciante, matriculado o no, si éste se alzare con sus bienes y una pena de arresto mayor si el que realizara dicha conducta no fuera comerciante.

Históricamente, el concepto de alzamiento se identificó con la idea de fuga del culpable y, así, tanto el Fuero Real (Ley XII, Libro III, Título XX) como las Partidas (Ley X, Título XV, Partida 5.<sup>a</sup>) concedían al acreedor el derecho a ir a buscar al deudor que hubiere huido de la tierra antes de pagar sus deudas y traerlo, siendo aquél «primeramente pagado del cuerpo de las cosas que trajere, aunque su deuda no sea la primera» (Fuero Real) o a liquidarse a sí mismo, en las cosas que llevase el deudor, la deuda siempre que éste fuera hallado en lugar «donde no hubiese merino o juez» y a presentarlo a tales autoridades «para que lo recauden ellas» en aquellos lugares que sí las hubiera (Partidas). Posteriormente, la Novísima Recopilación (Ley 3) amplía el concepto de alzamiento a aquellas personas «que alzaren sus bienes, aunque sus personas no se ausenten». La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo se atuvo a tal concepto de la legislación recopilada estableciendo, por ejemplo, en la sentencia de 10 de junio de 1885 que se comete alzamiento cuando «por cualquier medio se hace desaparecer del caudal del deudor bienes propios de éste, con objeto de eludir así el cumplimiento de obligaciones y de responsabilidades contraídas con uno o más acreedores en perjuicio consiguiente de los mismos, sin que sea elemento esencial de dicho delito que el deudor, a la vez que sustrae bienes, se fugue u oculte de algún modo» (29). Por tanto, como se ha venido indicando tanto por la doctrina (30) como por la jurisprudencia (31),

(28) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., pp. 4-5.

(29) En el mismo sentido, sentencias de 13 de marzo de 1882, 2 de diciembre de 1884, 10 de junio de 1885, por citar las de la época.

(30) Véase, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 216.

(31) Así, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989, 26 de diciembre de 1989, 22 de noviembre de 1990, 20 de abril de 1993, etc.

la fuga del culpable no es sino una de las posibles modalidades a través de las cuales se puede llevar a cabo la conducta típica del delito de alzamiento, que consiste en alzarse con los propios bienes en perjuicio de los acreedores o, lo que es lo mismo, sustraerlos a las responsabilidades a que éstos están sujetos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.911 del Código civil, haciendo inútiles las acciones de los acreedores destinadas a ejercitar su derecho a la satisfacción, al haberse colocado en una previa situación de insolvencia. La insolvencia aparece, pues, como una consecuencia de las maniobras del sujeto activo (ocultación material o jurídica, enajenación de los bienes, etc.) tendentes a hacer inútiles las acciones de los acreedores; es decir, la insolvencia aparece como *resultado* de la acción de alzarse, elemento, pues, integrante de la estructura de la conducta típica y, por tanto, del tipo de injusto (32).

Se ha dicho, por algún autor (33), que la idea de alzamiento implica tanto como *quedarse* con los bienes, colocándose el deudor en situación de insolvencia y frustrando, así, totalmente o reduciendo las expectativas de pago de los acreedores. Ciertamente, una interpretación de tales características se acomoda, sin duda, al significado histórico que, en las Leyes de Partidas o en la Legislación recopilada, tuvo el alzamiento delictivo, y tampoco choca frontalmente con el significado que al término «alzar» le atribuye el uso normal del lenguaje; porque éste se identifica tanto con la idea de llevarse alguna cosa, quitándosela a otro, como con la de apartar alguna cosa del uso y guardarla (34). De modo que quien se alza con los bienes es quien quiebra maliciosamente, *ocultándolos*, para no responder con ellos. Pero, en el propio uso común del lenguaje, también se alza con sus bienes quien quiebra maliciosamente, *enajenándolos*, es decir, desprendiéndose de ellos para no responder (35). Se ha de convenir, por tanto, que no es absolutamente imprescindible, para que se realice la conducta típica del alzamiento, que el sujeto activo *se quede* con los bienes (es decir, mantenga un dominio fáctico, no formalizado jurídicamente, sobre los mismos), por más que eso, desde el punto de vista criminológico, sea lo más habitual, porque lo esencial es el hecho de imposibilitar o perjudicar el crédito de los acreedores. Por otra parte, la conducta se puede llevar a cabo de cualquier forma, pues, como señalara en su momento Quintano Ripollés (36), el tipo del art. 519 es de estructura abierta, sin que im-

---

(32) En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992; en contra, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992.

(33) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., pp. 884-885. *Subrayado* en el original.

(34) Voz «Alzar», en MARÍA MOLINER, *Diccionario del Uso del Español*, Madrid, 1983.

(35) Véase, voz «Alzarse» en *ibidem*.

(36) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 40.

ponga ningún *modus operandi*. El deudor puede fugarse con los bienes; esconderlos físicamente sin necesidad de ocultar su persona; traspasarlos o transferir su titularidad a otra persona; gravarlos, por ejemplo, mediante la constitución de una hipoteca; destruirlos; incluso, puede aumentar ficticiamente el pasivo (37); en una palabra, el deudor, para «insolventarse» (38), perjudicando el crédito de sus acreedores, puede utilizar cualquier medio a su alcance, si bien éstos se verán reducidos a dos: ocultación material o física de los bienes y ocultación jurídica (39). Ello no obstante, conviene volver a insistir, conforme, además, con lo que son los criterios jurisprudenciales más modernos (sentencia, por ejemplo, del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992), que no es tanto la *ocultación* de los bienes como la *frustración* de la ejecución de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el que se alza con los bienes el componente decisivo a la hora de valorar el hecho típico del alzamiento.

Se discute, sin embargo, si es posible admitir un *alzamiento por omisión*. El problema lo estudió, en su momento, Muñoz Conde (40) referido, fundamentalmente, a aquellos supuestos en los que se afirma la existencia en el deudor de un deber de actuar, únicos en los que, en su caso —y según su opinión—, se podría hablar de un comportamiento omisivo. El primer supuesto imaginable sería el del deudor que requerido por la autoridad competente que va a realizar un embargo sobre su patrimonio, omite declarar los bienes que tiene. Según Muñoz Conde (41), el embargo supone que, previamente, se hayan localizado los bienes sobre los que debe recaer en el patrimonio del deudor, tarea que la Ley de Enjuiciamiento Civil encomienda al órgano jurisdiccional, sin que el ejecutado tenga ninguna obligación legal de cooperar en dichas tareas, por más que en la práctica ello sea así. Por tanto, no existiendo el deber previo de actuar para el deudor no se puede decir que quien omitió decir cuáles eran sus bienes haya cometido un delito de alzamiento por omisión. El segundo supuesto sería el de la repudiación de la herencia por el heredero en perjuicio de sus acreedores. Tampoco en este caso, en opinión del autor (42), se puede hablar de un deber del heredero de

---

(37) Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1986, 9 de junio de 1986, 17 de febrero de 1989, 24 de abril de 1989, 26 de diciembre de 1989, 2 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1991, 20 de abril de 1993.

(38) Expresión poco ortodoxa, pero muy expresiva, que ha sido utilizada, por ejemplo, por MUÑOZ CONDE (*Parte Especial*, cit., p. 332).

(39) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 332; VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 885.

(40) MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, pp. 118 y ss.

(41) *Ibidem*, p. 119.

(42) *Ibidem*, pp. 120-121.

aceptación de la herencia, porque el Código civil regula el instituto de la aceptación y repudiación de la herencia como un acto de carácter personalísimo e hijo de la libre voluntad de quien los realiza, no existiendo, pues, obligación legal alguna de aceptar o repudiar una herencia. La conclusión, pues, de Muñoz Conde es que se debe negar, también en este caso y por la misma razón, la posibilidad de un alzamiento de bienes por omisión.

Por el contrario, no es ésa la opinión de Bajo Fernández (43), para quien pueden ser abundantes los casos de alzamiento en comisión por omisión cuando se trata, sobre todo, de la modalidad de ocultación de bienes. Y así, señala el autor, «piénsese en la ocultación de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos en el balance, conducta que, en la medida que dificulta el ejercicio del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, puede entenderse como alzamiento de bienes, habida cuenta del deber de llevar una correcta contabilidad mercantil». Esta tesis ha sido contestada por Vives Antón (44), quien, en primer término, llega a poner en duda que la conducta descrita por Bajo Fernández sea, verdaderamente, una omisión. No obstante, y abstracción hecha de ello, insiste Vives Antón en que el hecho del alzamiento no se identifica necesariamente con la ocultación en el balance, como lo demuestra la circunstancia de que el Código de Comercio los contemple separadamente en los números 1.º y 6.º del art. 890, «sino que requiere una conducta positiva de *quedarse* con los bienes, borrando todas las muestras ostensibles de pertenencia a los mismos». Por eso mismo, de acuerdo con este último autor, el simple hecho de no adquirir, onerosa o lucrativamente, lo que se podía haber adquirido por el deudor en perjuicio de otros —por ejemplo, una herencia— no constituye ocultación ni alzamiento.

Desde mi punto de vista, para plantear correctamente el problema de la posibilidad de un delito de alzamiento de bienes por omisión, lo primero que se ha de dejar claro, por obvio que parezca, es que el alzamiento de bienes del art. 519 del Código penal *no es un tipo de omisión pura*, pues su realización no se satisface por un simple «no hacer», sino que, por el contrario, exige una acción positiva por parte del sujeto activo que tiene lugar cuando éste se alza (oculta o enajena) sus propios bienes, provocando su insolvencia. Dicho lo cual, la única posibilidad de construir una omisión, en esta figura, sería por la vía de la comisión por omisión; es decir, aceptando —como se ha hecho en el texto— que el alzamiento de bienes es un delito de resultado en el que éste se entendería realizado tanto por la conducta activa de alzarse, provocando la insolvencia (resultado típico) como por la no evi-

---

(43) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., pp. 226-227.

(44) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 885.

tación, bajo ciertas condiciones, de dicha insolvencia (resultado típico). En tal contexto, si son imaginables situaciones en las que el sujeto no evita, por omisión, su insolvencia; así ocurre, por ejemplo, con el sujeto que, pudiendo hacerlo, no reclama los créditos que le son debidos, no evitando, de esta manera, su propia situación de insolvencia frente a sus acreedores. Ello, no obstante, lo que no parece posible es fundamentar, en tales condiciones o situaciones, una *posición de garante* del deudor que le obligue a actuar reclamando los créditos e impidiendo su insolvencia. Así las cosas, no resulta viable construir, en el delito de alzamiento de bienes, una imputación objetiva por omisión.

La conducta típica presupone, por otra parte, una determinada relación jurídica obligacional, entre el sujeto activo y el pasivo; relación jurídica que, obviamente, ha de haber sido constituida válidamente y haber surgido con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. Hay acuerdo doctrinal (45) y jurisprudencial (46), dada la peculiar naturaleza del objeto de protección en estos delitos y su configuración como complemento del sistema de protección civil del crédito, en que deben quedar excluidos del ámbito del delito de alzamiento —como del de la quiebra y del concurso— todos aquellos supuestos de obligaciones no derivadas de una relación jurídica privada, como es el caso, por ejemplo, de las obligaciones de carácter económico de los ciudadanos frente al Estado. De este modo, el cumplimiento, por ejemplo, de las obligaciones fiscales, o de la obligación de satisfacer las costas de un proceso judicial, o la de pagar las cuotas devengadas de la Seguridad Social o, incluso, las derivadas de los contratos y concesiones administrativas tienen su peculiar sistema de garantías, al margen del constituido por los ilícitos de las insolvencias punibles, que adquiere virtualidad a través del ejercicio del derecho sancionador (administrativo o penal) o a través de facultades extraordinarias concedidas a una de las partes, el Estado, lo que altera el régimen de igualdad de partes, propio de la relación de Derecho privado. Por ello, tiene razón Muñoz Conde (47) al señalar que las obligaciones surgidas en todos esos supuestos no satisfacen el presupuesto típico de los arts. 519 y siguientes del Código penal en la medida en que «el régimen a seguir para exigir su cumplimiento, las consecuencias del incumplimiento y la naturaleza de la obligación son... completamente distintas» a las que, sin embargo, se encuentran regidas por el ordenamiento jurídico privado.

En otro orden de cuestiones, que afecta a los requisitos de la conducta típica, durante muchos años ha sido criterio tradicional y

---

(45) Véase, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 223.

(46) Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1989, 26 de diciembre de 1989 y 22 de noviembre de 1990.

(47) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 324.



constante en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (48) el exigir, como presupuesto implícito de la realización del comportamiento punible previsto en el art. 519 del Código penal, el que la deuda esté vencida y sea líquida y exigible. En los últimos años, sin embargo, esta doctrina se ha visto modificada en algunas resoluciones que, como la sentencia de 22 de diciembre de 1989, establece que «la expresión “en perjuicio de sus acreedores” que utiliza el... art. 519 ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de apremio que podrían seguir sus acreedores». De modo que «de tal expresión así entendida —continúa la sentencia— se deducen tres consecuencias», la primera de ellas que «han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, *aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida, pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento*». De la misma forma, la sentencia de 20 de abril de 1991, establece que «el concepto de acreedor que se expresa en el art. 519 *no es un concepto estático en cuanto al tiempo de exigibilidad de la deuda, sino que por tal ha de entenderse cualquier relación crediticia que se perfecciona en el momento del consenso de voluntades, sin necesidad de que haya de esperarse a una resolución judicial o a cualquier otro instrumento determinativos del coactivo cumplimiento y pago de lo debido*», lo cual implica, como señala la sentencia, que el delito se puede cometer «ante el simple temor de que una deuda existente, aunque no vencida, pueda ser objeto de reclamación». Incluso —sigue diciendo esta resolución—, «puede cometerse aunque la deuda no haya emergido aún al campo del derecho obligacional, bastando que exista expectativa fundada (...) de que la reclamación crediticia pueda ser pretendida en cualquier momento y subsiguientemente acordada por resolución judicial» (49).

No obstante, dichas resoluciones —y otras de orientación similar— conviven y subsisten junto a sentencias del mismo Alto Tribunal que insisten en mantener el viejo criterio de la exigencia de la liquidez, vencibilidad y exigibilidad de la obligación, y ello a pesar

---

(48) Sentencias de 3 de diciembre de 1957, 2 de marzo de 1960, 28 de enero de 1961, 10 de abril de 1969, 20 de marzo de 1970, 31 de enero de 1977, 9 de mayo y 9 de junio de 1986, 20 de julio, 25 de octubre, 22 de noviembre y 4 de diciembre de 1990, 11 de octubre de 1991.

(49) En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991, 6 de marzo de 1991, 20 de abril de 1991, 4 de julio de 1991, 26 de junio de 1992, 11 de septiembre de 1992, por citar algunas de las más recientes.

de que —como ha señalado Vives Antón (50)— la exigencia de tales requisitos carece completamente de base y sentido, en primer lugar, porque «se es *deudor* antes de que la obligación haya vencido»; en segundo, porque «la conducta de ocultar los bienes antes del vencimiento de la obligación puede perjudicar al acreedor»; y, finalmente, porque «el tipo no exige que las deudas se hallen vencidas».

Doctrina mayoritaria y jurisprudencia configuran el delito de alzamiento de bienes, desde el punto de vista del contenido de injusto, como un delito de peligro y, desde el punto de vista de la conducta típica, como un delito de mera actividad (51). Ello significa que la realización del comportamiento típico se satisface meramente con los actos de indebida disposición de los bienes, que provocan una apariencia de insolvencia, sin que sea necesario que ello se plasme en un perjuicio efectivo y material en el patrimonio de los acreedores; es decir, sin que sea necesario que la insolvencia se plasme en un definitivo impago del crédito. Tal tesis ha sido, no obstante, rechazada por autores que, como, por ejemplo, Rodríguez Devesa (52), entienden que entre el alzamiento y el perjuicio debe darse una relación de causalidad, o que, sin necesidad de exigir la presencia del perjuicio, entienden, como, por ejemplo, Bajo Fernández (53), que entre el comportamiento que realice el sujeto activo y la insolvencia debe existir una relación de riesgo, lo que permite configurar a la insolvencia como *resultado* de la acción. Así vistas las cosas, el delito de alzamiento se configuraría, desde el punto de vista de la conducta típica, como un *delito de resultado* y, desde el punto de vista del contenido de injusto, «como un *delito de lesión*, pues no basta con poner en peligro el derecho a la satisfacción del crédito... sino que es necesario lesionarlo, lo cual sólo se produce cuando se frustran las posibilidades de satisfacer el derecho en el patrimonio del deudor, es decir, cuando éste se insolventa».

La tesis mantenida por Rodríguez Devesa —y en esto coinciden doctrina y jurisprudencia— parece insostenible, pues para la comisión del delito de alzamiento de bienes es indiferente, por ejemplo, que una vez interpuesta la querrela e iniciada la persecución penal el deudor satisfaga al acreedor. En ese sentido, tiene razón Muñoz Conde (54) al señalar que, conceptualmente, se debe distinguir entre

(50) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 883.

(51) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 43; QUINTERO OLIVARES, G., *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973, p. 57; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 333; VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 882.

(52) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 14.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Madrid, 1991, p. 487.

(53) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 227.

(54) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 333; en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., pp. 57 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 228.

insolvencia y perjuicio y que lo que exige el tipo es la insolvencia pero no necesariamente el perjuicio. Por otra parte, en mi opinión, a la tesis de Bajo Fernández hay que darle parcialmente la razón y, por tanto, parcialmente hay que quitársela. Hay que dársela porque, desde el punto de vista de lo que es la conducta típica, si es cierto que la insolvencia ha de ser el resultado de la actuación del sujeto, ocultando los bienes. Sólo de esta manera cobra sentido, como señala Bajo Fernández (55), que la punibilidad de la insolvencia dependa de que ésta pueda serle atribuida a una disposición fraudulenta de los propios bienes, siendo impune, por tanto, la insolvencia que tiene su origen en una situación fortuitamente sobrevenida. Pero —y aquí es donde hay que quitarle la razón a Bajo Fernández— ello no convierte todavía al delito de alzamiento de bienes en un delito de lesión, pues lo que se castiga en él es *la posibilidad de que el derecho del acreedor a la satisfacción no se pueda ver realizado*, no su efectiva lesión. Si el deudor paga tras la interposición de la querrela y el inicio del procedimiento penal, no dejará de existir el delito de alzamiento de bienes y, sin embargo, al mismo tiempo, el acreedor habrá obtenido la satisfacción a la que tenía derecho por el incumplimiento de la obligación. El delito se ha cometido pero el derecho no se ha visto lesionado sino tan sólo puesto en peligro. Cierto es que la comisión del delito y la situación de insolvencia del deudor puede llevar aparejada la lesión definitiva del derecho que todo acreedor tiene a satisfacerse en el patrimonio del deudor, pero ello en nada altera la naturaleza delictiva del hecho, que hubiera estado presente, de todas formas, aun en el caso de que el derecho hubiera podido ser finalmente ejercido. El delito de alzamiento de bienes es, por tanto, desde la perspectiva de la conducta típica, un *delito de resultado*, en la medida en que la conducta no se satisface con las meras maniobras fraudulentas de ocultación de bienes, hechas en perjuicio de sus acreedores, sino que dichas maniobras han de traer, como consecuencia, la situación de insolvencia del sujeto activo-deudor, pero un *delito de peligro* (56), desde la perspectiva de lo que es el contenido de injusto, porque lo que a través de él se castiga es la mera posibilidad de que el crédito del acreedor no se vea satisfecho como consecuencia de la insolvencia del deudor.

Finalmente, y por lo que respecta a los problemas que afectan a la realización de la conducta típica, la conducta de quien no respeta el orden de prelación de créditos favoreciendo el pago de unos en perjuicio de otros no es considerada, por un sector de la doctrina (57)

---

(55) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 227.

(56) QUINTERO OLIVARES (op. cit., pp. 58-59) matiza aún más y afirma que el delito de alzamiento de bienes es un delito de peligro abstracto.

(57) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., pp. 229-230; MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 334.

y por la jurisprudencia (58), punible en la medida en que ello se realice sin ánimo de perjudicar a los acreedores pospuestos, pero sí se podrá castigar, sin embargo, si el deudor está constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago con anterioridad al resto. Sin embargo, no falta quien entiende que tal conducta es siempre atípica en el sentido del art. 519 del Código penal, pues no se puede decir que con la misma el deudor se haya quedado con los bienes ni siquiera que haya producido o aumentado su insolvencia (59). Desde mi punto de vista, la tesis más correcta es la mayoritariamente sostenida por doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que, si no hay ánimo de perjudicar a los acreedores pospuestos, no habrá delito de alzamiento, salvo que el deudor esté constreñido por mandato legal o judicial a satisfacer el crédito pospuesto con anterioridad al resto. Porque en dicho caso sí puede llegar a hablarse de maniobra fraudulenta de ocultación o enajenación de los propios bienes que, provocando la insolvencia, impide o dificulta la satisfacción de dicho crédito preferente.

## B) Sujetos y objeto material

Ya hemos dicho anteriormente que presupuesto de la realización típica de la conducta es que sujeto activo y sujeto pasivo del delito se encuentran vinculados entre sí por una relación jurídica obligacional. Teniendo en cuenta cómo hemos definido el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, esa relación jurídica obligacional no es sino la propia que existe entre un acreedor, que ostentará la posición de sujeto pasivo del delito por ser el titular del derecho de crédito puesto en peligro, y su deudor —comerciante o no comerciante— que, en este caso, es el que ostentará la posición típica de sujeto activo del delito. Ello convierte al delito de alzamiento, como bien ha señalado la doctrina (60), en un *delito especial*, por estar el posible círculo de los sujetos activos limitado a aquellos que ostentan la condición de deudor frente a su o sus acreedores.

En el ámbito de los sujetos, y en particular del sujeto activo, el delito de alzamiento de bienes plantea el problema de qué es lo que sucede en aquellos supuestos en los que quien realiza la conducta típica es una persona distinta de la del deudor, como, por ejemplo, en los casos en los que quien ostenta la condición de tal deudor es una persona jurídica y la ocultación de bienes se lleva a cabo por directivo u órgano de dicha entidad o persona que actúa en representación legal o voluntaria de la misma, o cuando, por ejemplo, se

---

(58) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1989.

(59) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 885.

(60) Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento*, cit., p. 103.

actúa en nombre de otra persona física, un menor o un incapaz, que es verdaderamente quien es deudor. La cuestión, en el caso de actuaciones en nombre de personas jurídicas, ha quedado resuelta por la regulación del art. 15 bis, que no es sino una cláusula de extensión de la pena para aquellos supuestos en los que la conducta típica requiere la presencia de determinadas cualidades subjetivas, concurrentes en la persona jurídica pero no en sus órganos o representantes. Pero para los supuestos de actuaciones en nombre de otro, cuando este «otro» es una persona física, la única posibilidad, como ha apuntado, entre nosotros, Vives Antón (61), es la impunidad, en la medida en que no está el comportamiento del que actúa incluido dentro del marco típico, pues *no es él el que se alza con sus bienes*, ni tampoco cabe subsanar el requisito de la falta de tipicidad a través de la cláusula extensiva del art. 15 bis. Por tanto, como consecuencia ineludible de la estricta aplicación del principio de legalidad se deben de dejar dichos supuestos impunes.

El objeto material en el supuesto del delito de alzamiento está constituido por los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, que han de tener la cualidad de embargables —que es sobre los únicos que tienen eficacia los procedimientos ejecutivos— y estar, en consecuencia, afectos al cumplimiento de las obligaciones, conforme a lo que prevé el art. 1.911 del Código civil (62). Ésta es la nota esencial que diferencia al delito de alzamiento de bienes del delito de apropiación indebida, en el que, sin embargo, la conducta recae sobre bienes ajenos (63).

### C) El elemento subjetivo del injusto

Doctrina (64) y jurisprudencia (65), al menos ambas de forma mayoritaria, han aceptado la presencia en el injusto del delito de alzamiento de bienes de un elemento subjetivo, explícito en la redacción legal a través de la cláusula «en perjuicio» de sus acreedores, que excluye la posibilidad de la comisión imprudente. La citada cláusula, por tanto, no ha de entenderse como expresión de una exigencia

---

(61) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 884.

(62) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 334; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 229.

(63) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 884.

(64) Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., pp. 29 y 52; MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento*, cit., pp. 144 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 230.

(65) Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1985, 27 de noviembre de 1987, 29 de marzo de 1989, 18 de septiembre de 1989, 4 de marzo de 1991, 13 de febrero de 1992, 10 de julio de 1992, 25 de febrero de 1993, 20 de abril de 1993. etc.

típica de carácter objetivo, cual sería la del perjuicio en los acreedores, sino —en palabras de Muñoz Conde (66)— «en un sentido subjetivo, intencional, es decir, que el deudor debe tener conciencia de perjudicar a sus acreedores, al frustrar intencionalmente la satisfacción a que éstos tienen derecho, con actividades fraudulentas sobre su propio patrimonio».

En este mismo sentido se ha expresado, por ejemplo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 cuando afirma que los términos «en perjuicio de sus acreedores», que utiliza el art. 519 del Código penal, siempre han sido interpretados por la jurisprudencia, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio, obstaculizando, así, la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Se deduce, entre otras, la consecuencia de que la intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo que, en este caso, impide la realización de este delito a título imprudente.

#### D) Consumación y fases de ejecución

Cuestión discutida en la doctrina es la posibilidad de admitir formas imperfectas de ejecución en el delito de alzamiento de bienes. La discusión reviste unos caracteres un tanto peculiares porque lo cierto es que la mayoría de los autores parten de una misma premisa, cual es la de la determinación de un idéntico momento consumativo. En efecto, casi todos están de acuerdo en que el delito de alzamiento de bienes se consuma con la producción de la situación de insolvencia del deudor, mas dependerá de si han caracterizado al delito como de mera actividad o de resultado para que, en un caso, admitan y, en otro, nieguen la posibilidad (cuando menos, técnica) de formas imperfectas de ejecución. Así, por ejemplo, hay autores que entienden que el delito de alzamiento tiene naturaleza de delito de resultado, bien porque exige el perjuicio, entendido como obstaculización del pago (67), bien porque exige el «resultado» de lesionar el derecho de crédito del acreedor (68), o bien porque exige como resultado la insolvencia (69), y entonces no ven obstáculos para que, al menos técnicamente, se puedan admitir las formas imperfectas de ejecución —tentativa y frustración—, aunque reconocen que, en la práctica, no se persiguen. Otros, sin embargo, le atribuyen una naturaleza propia de delito de mera actividad y niegan, como lógica consecuencia, la

(66) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 334.

(67) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Parte Especial*, cit., p. 488, nota 16.

(68) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., pp. 231-232.

(69) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 886.

posibilidad de castigar las formas imperfectas (70). Esta última tesis ha sido la mantenida tradicionalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (71). Ello no obstante, vuelven a coincidir todos en que el perjuicio, *entendido como impago del crédito*, afecta al agotamiento del delito, no a su consumación (72).

La posición que, en mi opinión, es más correcta de acuerdo con lo que hemos venido manteniendo hasta ahora no puede ser sino aceptar la posibilidad (teórica) de formas imperfectas de ejecución, puesto que se ha aceptado que la insolvencia del deudor es el resultado típico del delito de alzamiento de bienes. De esta forma, cuando el deudor realiza actos de ejecución encaminados a lograr su propia insolvencia, con ánimo de perjudicar a sus acreedores, si no completa todos los actos de ejecución, habrá llevado a cabo una tentativa de delito y si los ha completado, pero la insolvencia no se ha producido por causas ajenas a su voluntad, habrá llevado a cabo un delito frustrado. No obstante, desde el punto de vista práctico, hay que reconocer que tales hechos nunca se persiguen penalmente y, desde el punto de vista político-criminal, también hay que reconocer que existen argumentos más que poderosos para considerar como más deseable la impunidad de las fases ejecutivas anteriores a la consumación (73).

## E) Problemas de autoría y participación

Pasando ahora a considerar algunos problemas de autoría y participación que plantea el delito de alzamiento de bienes, ya hemos indicado, antes, que el delito de alzamiento de bienes es un delito de los denominados especiales, en los que el posible círculo de sujetos activos está delimitado por la cualidad de deudor. Sujeto activo, pues, no puede serlo más que el deudor. En este sentido, quien no ostente la cualidad de deudor no podrá nunca ser autor del delito aunque podrá responder a título de cooperador o cómplice. De todas formas, el Código, con esa peculiar regulación que hace de los supuestos de complicidad en la quiebra (art. 522) y en el concurso (art. 525), ha dado pie a una situación de verdadero agravio comparativo al propiciar que se castigue más gravemente a quien coopera en un alzamiento de bienes que a quien coopera, por ejemplo, en

---

(70) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 43; MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento*, cit., pp. 167 y ss.; QUINTERO OLIVARES, op. cit., pp. 131 y ss.

(71) Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1901, 16 de enero de 1924, 4 de marzo de 1960, 31 de mayo de 1961, 5 de noviembre de 1963, 20 de mayo de 1964, 2 de marzo de 1977, etc.

(72) Véase, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 231 y sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1960.

(73) Véase MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento*, cit., p. 168.

una quiebra, delito que se supone es mucho más grave. Esta irregular desigualdad en el tratamiento penal de la participación criminal en ambos tipos de infracciones fue ya denunciada por Quintano Ripollés (74), y ha sido propiciada por una jurisprudencia (75) empeñada en aplicarle al partícipe del delito de alzamiento de bienes las normas de la cooperación necesaria del art. 14, núm. 3, del Código penal, en lugar de las relativas a la complicidad (art. 16), equiparando, así, el tratamiento penal de la participación en el delito en el alzamiento y en la quiebra. Con todo, alguna resolución jurisprudencial, como, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1963, no ha dudado en aplicarle al delito de alzamiento de bienes lo previsto en el art. 522, con el pretexto de que el delito del art. 519 puede también ser incluido en la expresión «insolvencia fraudulenta» del art. 522 (76).

Por otra parte, el Código penal diferencia, a los efectos de penalidad, entre dos tipos distintos de situaciones, según el sujeto activo sea un comerciante o no lo sea. La cuestión que, dentro de lo que son los problemas de autoría y participación, suscita esta distinción es cómo ha de responder el no comerciante que participa en el alzamiento de un comerciante, si como cooperador necesario de un delito de alzamiento castigado con la pena de prisión menor o como un cooperador de un delito de alzamiento, para él, castigado con la pena de arresto mayor. La solución más cabal parece que es la de hacerle responder como partícipe de un alzamiento de comerciante, puesto que también él, como el comerciante, está, con su actuación, perturbando la seguridad del tráfico mercantil, que es lo que motiva la mayor penalidad en los supuestos de actuaciones de comerciantes (77).

## **F) Problemas concursales y de delimitación del delito de alzamiento de bienes con otras figuras afines**

A la hora de delimitar el delito de alzamiento de bienes frente a otras figuras del Código penal similares y a la hora de abordar los diferentes problemas concursales que el mismo plantea, qué duda cabe que la cuestión más inmediata a resolver es la de separar nítidamente las fronteras entre el alzamiento de bienes y la quiebra y el concurso. La cuestión no es baladí porque ha de tenerse presente que el comportamiento de alzarse con los propios bienes, determi-

(74) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Parte Especial*, cit., p. 48.

(75) Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1957, 17 de noviembre de 1960, 5 de noviembre de 1963 y 24 de mayo de 1967.

(76) Citada por BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 232.

(77) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., pp. 232-233.



nante de la insolvencia del deudor, constituye, al mismo tiempo, un delito de alzamiento de bienes, uno de los denominados «hechos de bancarrota» que determinan el carácter típico de la quiebra (art. 890, núm. 1.º, del Código de Comercio) y, finalmente, uno de los hechos determinantes de la insolvencia punible en el concurso (art. 524, núms. 1.º, 3.º y 4.º del Código penal).

La doctrina (78) ha establecido las conclusiones más dispares a la hora de señalar cuáles son las relaciones existentes entre dichas figuras delictivas. Quintero Olivares (79), por ejemplo, ha entendido que siendo el delito de alzamiento de bienes un delito de mera actividad y la quiebra un delito de resultado, si hay perjuicio para los acreedores se habría de aplicar éste y si no lo hay se habría de aplicar aquél. Muñoz Conde (80), por su parte, ha entendido que deberá aplicarse el art. 519 a todos aquellos supuestos en los que la actuación de la jurisdicción penal surja independientemente del procedimiento que se lleve a cabo en la jurisdicción civil y sólo se aplicará el art. 520 (quiebra fraudulenta) cuando la actuación del orden jurisdiccional penal se derive de una calificación y previo mandato para proceder dados por el juez civil en un juicio universal de quiebra. Rodríguez Devesa (81), en la que quizá es la tesis más confusa al respecto, entiende que el alzamiento es ley preferente respecto de la quiebra, aunque afirma que no existe entre ambos preceptos, art. 519 y art. 520, una relación propia del concurso de leyes. Bajo Fernández (82) opina, sin embargo, que la relación existente entre el delito de alzamiento de bienes y la quiebra es una relación de subsidiariedad, en donde el alzamiento, que es la ley subsidiaria, sólo se aplicará si no procede aplicar la quiebra, que es la ley principal. Finalmente, Vives Antón (83), en mi opinión esgrimiendo la tesis más acertada y más coherente con los postulados aquí mantenidos, entiende que al ser el alzamiento un delito de peligro y el concurso o la quiebra delitos de lesión, pero referidos todos ellos a un mismo bien jurídico, la relación existente entre ellos es la de consunción; ello según el elemental principio de que el daño consume al peligro; es decir, la quiebra o el concurso «consumen» al alzamiento de bienes.

Ello no obstante, el problema de las relaciones existentes entre el alzamiento, por un lado, y la quiebra y el concurso, por otro,

---

(78) Una detallada exposición de las tesis mantenidas hasta entonces por la doctrina, en MUÑOZ CONDE, F., «Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, 1977, pp. 87 y ss.

(79) QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., pp. 171 y ss.

(80) MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*, cit., p. 330; del mismo, «Autonomía del delito...», cit., p. 97.

(81) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Parte Especial*, cit., p. 487.

(82) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 217.

(83) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 882.

cuando un mismo sujeto realiza, sucesivamente, el desvalor contenido en un comportamiento típico propio del alzamiento y en uno propio de un concurso o una quiebra fraudulenta, no es fácilmente resoluble en el estricto ámbito de los principios que rigen el concurso aparente de leyes en materia penal sustantiva; o, si se quiere, y dicho de otra forma, en la situación de concurso de leyes que se produce entre el alzamiento y la quiebra o el concurso, la aplicación del principio de consunción no ofrece, sin más, una solución aceptable, de conformidad con los que deben ser los principios liitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. Y es que para proceder por quiebra o concurso es necesaria la previa declaración civil, de modo que pueden estar, simultáneamente, sustanciándose el procedimiento penal para castigar por delito de alzamiento y el civil por quiebra o concurso, sin que nada obligue a paralizar el proceso penal hasta que se solviente el civil. De esta forma un deudor condenado por alzamiento puede verse involucrado en un nuevo proceso penal, una vez su insolvencia haya sido declarada como fraudulenta en el proceso civil, con lo cual —y como indica Vives Antón (84)—, la insolvencia en la que se materializa el contenido de injusto de ambos delitos se ve así enjuiciada y, en su caso, castigada dos veces, como fuente de peligro para los derechos de los acreedores en el alzamiento y como productora de daño en la quiebra. Así las cosas, el problema deviene un problema procesal, que no sustantivo y, como indica este autor (85), la única solución posible, si se quiere ser respetuoso con el principio *ne bis in idem*, es dejar impune la quiebra fraudulenta o el concurso.

En otro orden de cosas, se ha señalado por algún autor (86) que la diferencia esencial entre el delito de alzamiento y el de estafa radica, fundamentalmente, en el engaño, que es un elemento determinante de la disposición en la estafa, pero no así en el alzamiento, en donde se presupone la existencia de una obligación válidamente constituida que luego es burlada por el deudor al alzarse fraudulentamente con sus bienes. De modo que quien contrae una obligación con el ánimo de no cumplirla y luego se alza con sus bienes comete estafa, y no alzamiento, porque éste se configura como un acto posterior cuyo desvalor vendría consumido ya en el propio desvalor de la estafa. Lo cierto es que esta solución es más que discutible porque, como se ha podido señalar por otro sector doctrinal (87), el desvalor del hecho, que no es otro que la defraudación patrimonial que se le produce al sujeto pasivo, viene íntegramente contemplado por cualquiera de las dos figuras. La relación que media, entonces, entre el delito de estafa del art. 528 del Código penal y el delito de alza-

---

(84) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 883.

(85) *Ibidem*.

(86) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 218.

(87) VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 887.

miento de bienes del art. 519 no es de consunción propia, sino de lo que se ha venido en llamar *consunción impropia* (88), situación que se produce en aquellos supuestos en los que las leyes aparentemente aplicables contemplan íntegramente el desvalor del injusto y el reproche de culpabilidad, y que se ha de solventar aplicando lo dispuesto en el art. 68 del Código penal.

Igual solución —la de aplicar la norma contenida en el art. 68 del Código penal— es la que se ha de seguir para todos aquellos supuestos en los que el alzamiento se realiza a través de lo que se ha venido en llamar una «ocultación jurídica», simulando, por ejemplo, una donación a tercero de un bien inmueble que provoca, entonces, la insolvencia del deudor. En este caso, la posible aplicación del delito de alzamiento entra en conflicto con la estafa del art. 532, núm. 2.º, del Código penal (otorgamiento, en perjuicio de tercero, de un contrato simulado), abarcando ambos preceptos, el de la estafa y el del alzamiento, la totalidad del desvalor que el ordenamiento jurídico le dirige a tal conducta (89). Esta solución es la única posible y, además, salva la vigencia del delito de alzamiento en estos supuestos, pues si se entendiera, como a veces lo ha hecho la jurisprudencia (90) y algún sector doctrinal, que la relación entre ambas figuras es de subsidiariedad, siendo el alzamiento ley subsidiaria respecto de la estafa del art. 532, núm. 2.º, aquél quedaría sin ámbito aplicativo en todos los supuestos en los que el *modus operandi* del deudor que se alza con sus bienes sea el de la ocultación jurídica.

Distinta es la situación para los supuestos de conflicto con la estafa prevista y penada en el art. 531, párrafo segundo, del Código penal, y que se produce en todos aquellos supuestos en los que un sujeto dispone de un bien como libre sabiendo que está gravado. Tanto la doctrina (91) como la jurisprudencia (92) parecen coincidir en que si la disposición se realiza en perjuicio del titular del gravamen habrá alzamiento y no estafa, pues la estructura típica, en este caso, requiere de un elemento que no se da en el supuesto descrito, que no es sino un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo como consecuencia del engaño previo del sujeto activo. Obviamente, si el acto de disposición se realiza en perjuicio del adquirente de la cosa, ocultándole, por ejemplo, la carga que soporta la cosa, entonces, habrá un delito de estafa.

En el ámbito de los concursos aparentes de leyes hay que situar, también, las relaciones existentes entre el delito de alzamiento de

---

(88) *Ibidem*.

(89) En tal sentido, VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 885.

(90) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1991.

(91) Véase, por ejemplo, VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 887; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 218.

(92) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1965.

bienes y el delito de malversación impropia del art. 399 del Código penal. El desvalor del alzamiento sí que queda aquí consumido en el desvalor del delito de malversación, pues éste contempla no sólo el ataque al interés del Estado en el buen funcionamiento de la Administración pública sino, igualmente, el ataque al patrimonio que en toda malversación impropia se produce (93). No es correcto, en este sentido, afirmar, como lo ha hecho, por ejemplo, Bajo Fernández (94), que en estos supuestos haya de recurrirse a las normas reguladoras del concurso de delitos, al ser los bienes jurídicos protegidos distintos. Porque no se trata de que en la malversación impropia se protegen bienes jurídicos *distintos* a los que se protegen en el delito de alzamiento, sino que lo que ocurre es que, además de protegerse, como en el alzamiento, el patrimonio se protege *un valor añadido más*, cual es el interés estatal en el correcto funcionamiento de la Administración pública.

### G) Responsabilidad civil

Para finalizar el tratamiento de la figura del alzamiento de bienes, me voy a referir al problema de la responsabilidad civil derivada del delito. De forma reiterada, la jurisprudencia tradicional se había venido negando a conceder en los supuestos de comisión de este delito una reparación civil, confundiendo, como ha indicado la doctrina (95), el valor de la obligación con el perjuicio ocasionado. Tenía, por ello, razón Quintero Olivares (96) cuando, criticando tal posición jurisprudencial, señalaba que la responsabilidad civil no debe comprender el valor de la obligación que el deudor quería burlar, pues el delito de alzamiento es independiente del incumplimiento obligatorio que subyace tras el mismo, pero sí debe incluir los perjuicios que la comisión de tal delito le haya podido ocasionar al sujeto pasivo.

La postura de la jurisprudencia más reciente, sin embargo, se concreta en entender que si bien la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sí procede la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas (donación, venta, etc.), declarando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa, donación, etc., así como la consiguiente cancelación de la inscripción registral, reponiendo los bienes en su situa-

(93) En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S., *Parte Especial*, cit., p. 887.

(94) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 219.

(95) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte Especial*, cit., p. 234.

(96) QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, pp. 135-136.

ción anterior; todo ello, sin perjuicio de que los acreedores puedan ejercitar las acciones correspondientes para la efectividad de su crédito (97). La solución jurisprudencial reciente aparece, sin duda, como la más correcta.

---

(97) Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1981, 3 de diciembre de 1983, 11 de julio de 1984, 14 de diciembre de 1985, 19 de enero de 1988, 27 de enero de 1990, 16 de marzo de 1992, 12 de julio de 1992 y 26 de marzo de 1993.



# Prevaricación de abogados y procuradores

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Profesor Titular de Derecho Penal (Islas Baleares)

**SUMARIO:** CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. INTRODUCCIÓN. ARTÍCULO 360.—Tipo objetivo: Sujeto activo. Sujeto pasivo. Acción.—Tipo subjetivo.—Formas de ejecución.—Participación.—Concurso. ARTÍCULO 361.—Tipo objetivo: Sujetos. Acción.—Tipo subjetivo.—Participación.—Formas de ejecución.—Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. DERECHO COMPARADO.

## CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Parece obligado comentar si la actual redacción de los artículos 360 y 361 está de acuerdo con los fundamentos actuales de política criminal inspiradores de la tipificación de determinados comportamientos ilícitos de abogados y procuradores.

Pues el derecho de defensa, proclamado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, no permite conductas que vayan más allá de lo legalmente permitido. Si ojeamos la jurisprudencia o a través de los medios de comunicación, vemos que, en ocasiones el abogado o el procurador lleva a cabo comportamientos ilícitos desde el punto de vista penal, que, en las más de las veces, poco tienen que ver con los preceptos que comentamos. Y es que el abogado no puede tener la misma actitud en temas penales, cuando actúa como defensor del acusado, que cuando actúa como defensor del perjudicado, es decir, ejerciendo la acusación particular, en el primer caso, es la propia ley quien como portavoz del acusado le releva de la obligación de decir la verdad, siempre y cuando ello no comporte la falsa acusación de otra persona, en descargo del cliente; cuando el letrado ejerce la acusación particular no puede faltar a la verdad, so pena de cometer un delito de acusación y denuncia falsa.

Además, de comportamientos inherentes al derecho de defensa, pueden encontrarse en la jurisprudencia y en la realidad diaria con profesionales del Derecho que pudieran asesorar a sus clientes para que lleven a cabo hechos que estén como mínimo entre lo éticamente desvalorizable y lo penalmente punible.

De igual forma pudieran los referidos profesionales llevar a cabo comportamientos ilícitos en relación con su propio cliente, apoderándose de provisiones de fondos sin, por otra parte, llevar a cabo los trabajos que se le encomendaron.

Nos encontramos, en ocasiones, con posibles conductas que, a mi juicio, el legislador a previsto para abogados; nos estamos refiriendo a tráfico de influencias del artículo 404 bis c) de nuestro texto punitivo (1).

Todos hemos oído comentar, hace unos años, aquellas propinas que abogados y procuradores ofrecían a algunos miembros del personal auxiliar de la Administración de Justicia, que no eran otra cosa que vulgares cohechos; pienso que, en líneas generales, por fortuna, en bien de la ética y la justicia, esto ha desaparecido.

En definitiva, en ocasiones, como hemos visto la actuación de abogados y procuradores dista mucho de aquella pulcritud que podemos leer en las «Defensas penales» del profesor Jiménez de Asúa (2).

Por consiguiente, y aun cuando entendamos que esté fundamentada la intervención punitiva del Estado, en determinados casos de los previstos en los artículos 360 y 361 del Código penal, sin embargo, y en base a cuestiones de política criminal, pensamos que, ante la realidad actual, van a tener un ámbito de aplicación muy reducido, tanto en la presente redacción como en la del futuro proyecto.

## ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Es necesario, antes de entrar en el estudio de la prevaricación de abogados y procuradores, hacer unas referencias históricas, concretamente al Derecho Romano, al Fuero Real, a las Partidas y a la Novísima Recopilación, para seguir después con la aparición y evolución en los Códigos Españoles.

A. En Derecho Romano, el Digesto (L.I.D. XLVII, 15), la prevaricación se encuadraba entre los llamados delitos extraordinarios.

En el Fuero Real, Ley 3, Tít. 9, Lib. I, se dice «Si alguno fuere Bocero ó Consejero de otro en algún pleyto, no pueda de allí adelante

---

(1) GARCÍAS PLANAS, Gabriel, «El nuevo delito de tráfico de influencias», *Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993. Editado por el Consejo General del Poder Judicial, pp. 21-33.

(2) Tomos I, II y III, Barcelona, 1983.



ser Bocero de la otra parte, ni Consejero en aquel pleyto; é si aquel de quien es el pleyto, fuere á demandar á otro consejero ó ayuda para su pleyto, é aque á quien lo demandare no le diere consejo, ó no le prometiere ayuda, pueda aconsejar ó razonar por la otra parte, si quisiere».

En las Partidas, L. 9, Tít. 6, P. III, vemos que «Guisada cosa es, et derecha, que los abogados á quien dizen los omes las poridades de sus pleytos, que las guarden, é que non las descubran a la otra parte, nin fagan engaño, en ninguna manera que ser pueda; por que la parte, que en ellos se fía, é cuyos abogados son, pierda su pleyto, ó se le empeore. Ca pues que él rescibió el pleyto de la una parte en su fê, é en su verdat, non se deve meter por consejero, ni por desengañador de la otra. E qualquier que contra esto fiziere, desde que le fuere provado, mandamos, que ende adelante sea dado por ome de mala fama, é que nunca pueda ser abogado, nin consejero en ningun pleyto. E demás desto, que el judgador del logar le pueda poner pena por ende, segun entendiere que la meresce, por qual fuere el pleyto de que fué abogado, é el yerro que fizo en él maliciosamente. Otrósí dezimos, que si la parte que lo fizo su abogado menoscabare alguna cosa de su derecho por tal engaño, como sobredicho es, ó fuere dada sentencia contra él; que sea revocada, é que no le empezca, e que torne el pleyto en aquel estado, en que era ante que fuesse fecho el engaño, si fuere averiguado».

Ley 10. «Vienen los omes á las vegadas, e muestran á los abogados sus pleytos, é descúbrenles sus poridades, por que puedan mejor tomar consejo, é ayuda dellos. E acaesce á las vezes, que después que ellos son sabidores del fecho, que se tienen maliciosamente, mas en caso diziendo que los non ayudarán, si non por precio desaguisado. En tal caso como este, dezimos, que si la parte que descubriesse su pleyto al abogado, le quissiese pagar su salario ... que tenuto es el bocero de le ayudar, é aconsejar biené lealmente. Pero si alguno fiziesse esto maliciosamente, diziendo é descubriendo el fecho de su pleyto á muchos boceros, por que la otra parte non pudiesse aver ningun dellos para sí; mandamos que el judgador non sufra tal engaño como este. E que dé tales boceros como estos á la otra parte, si gelos pidiere manguer fuesen sabidores de pleyto de la otra parte, assí como sobredicho es...»

Ley 15. «Praevicator en latin tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente á la parte por quien aboga: é señaladamente, quando en poridad ayudaé conseja á la parte contraria, é paladinamente faze muestra, que ayuda á la suya, de quien recebió salario, ó se avino de razonar por él. Onde dezimos, que tal abogado como este deve morir como alevoso. E de los bienes del deve ser entregado el dueño de aquel pleyto á quien fizo la falsedad, de todos los daños, é los menoscabos, que recibió andando en juicio ...»

L. 1.<sup>a</sup> Tít. 7, P. VII. «... Esso mesmo (delito de falsedad) dezimos que faría el abogado que apercibiesse á la otra parte, contra quien razonaba, á daño de la suya, mostrándole las cartas, ó las porridades de los pleytos que él razonava, ó amparava; é a tal abogado dizen en latin *praevaricator*, que quiere tanto dezir en romance, como ome que trae falsamente al que deve ayudar...»

Ley 11, Tít. 16, Lib. VII. «Otrosí faze el abogado engaño muy grande, ó el personero, ó el mandadero de otro, que en el pleyto que es comenzado, anda engañosamente ayudando á los adversarios, é destruyendo la parte a que devía ayudar; é en tal engaño como este es buelta falsedad, que ha en sí ramo de trayción».

En la Novísima Recopilación, Ley 12, Tít. 22, Lib. V, se lee: «Mandamos, que si algunos abogados descubrieren los secretos de su parte á la parte contraria, ó á otro en su favor, ó si se hallare ayudar ó aconsejar á ambas las partes contrarias en el mismo negocio, ó si no quisiere jurar lo contenido en la Ley tercera de este título, que además de las penas sobre esto en derecho establecidas, por ese mismo hecho sean privados, y desde agora los privamos del dicho oficio de abogacía; y si despues usaren de él, y ayudaren en cualquier causas, que pierdan y hayan perdido la mitad de sus bienes, los cuales aplicamos para la nuestra cámara y fisco.»

B. La prevaricación de abogado y procurador aparece ya en el Código penal de 1822 en el Título V, Capítulo VI, artículo 423, bajo la rúbrica «De los que violen el secreto que les está confiado por razón del empleo, cargo o profesión pública que ejerzan, y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas».

En un único artículo, el 423 ya citado (3), entremezcla todos los supuestos de prevaricación actuales, con excepción de la ignorancia inexcusables, sancionando con penas de privación de libertad, que oscilaban de cuatro o ocho años, multa e imposibilidad de ejercer la profesión en el futuro.

La estructura similar a la actual arranca del Código penal de 1848, donde en sus artículos 273 y 274, se incriminan esos comportamientos de abogados y procuradores pero sin contemplar los casos de «negligencia o ignorancia inexcusables» (4) y desapareciendo la pena privativa de libertad.

---

(3) Artículo 423. «Cualquier abogado, defensor o procurador en juicio, que descubra los secretos de su defendido á la parte contraria, ó que despues de haberse encargado de defender á la una, y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandone, y defienda á la otra, ó que de cualquier otro modo á sabiendas perjudique á su defendido para favorecer al contrario, ó sacar alguna utilidad personal, será infame por el mismo hecho, sufrirá una reclusión de cuatro á ocho años, y pagará una multa de cincuenta á cuatrocientos duros, sin poder ejercer mas aquel oficio. Si resultare soborno, el sobornador será castigado con un arresto de cuatro á diez y ocho meses».

(4) Artículo 273. «El abogado o procurador que con abuso malicioso de su

Lo más destacable al respecto del Código penal de 1870 es la introducción en su artículo 371 de los términos «negligencia o ignorancia inexcusables», apareciendo, por primera vez, la forma culposa en la descripción típica, y otra novedad la encontramos en el artículo 372, donde aparece la expresión «o la aconsejare» hasta ahora inexistente (5).

Lo más destacable del Código penal de 1928 —artículos 422 y 423 (6)—, es la extracción del ámbito de la prevaricación, el descubrimiento de los secretos del cliente, limitándose el comportamiento a la causación de perjuicio.

El Código penal de la República, en 1932 —artículos 365 y 366 (7)—, introduce de nuevo el descubrimiento de secretos en el tipo de injusto que comentamos.

La actual numeración, artículos 360 y 361, la encontramos ya en el Código penal de 1944.

Puede afirmarse que la actual redacción, con excepción de las penas, arranca del texto revisado de 1963, ya que en éste se introduce la expresión «representación», que sin duda parecía indispensable, dado que ésta es la función del procurador y no la de la defensa.

---

oficio perjudicare a su cliente ó descubrir sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión á la de inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 á 500 duros».

Artículo 274. «El abogado o procurador que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere despues sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal, y multa de 20 á 200 duros.»

(5) Artículo 372. «El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 125 á 1.250 pesetas.»

(6) Artículo 422. «Será castigado con multa de 1.000 a 15.000 pesetas el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicara a su cliente.»

Artículo 423. «El abogado o procurador que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial de dos a seis años y multa de 1.000 a 155.000 pesetas.»

(7) Artículo 365. «Será castigado con una multa de 500 a 5.000 pesetas el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido de ellos conocimiento en el ejercicio de su ministerio.»

Artículo 366. «El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 250 a 2.500 pesetas.»

## INTRODUCCIÓN

La tipificación de las diversas clases de prevaricación en el Código penal, resulta a todas luces desafortunada. Ello ha hecho que Morales Prats (8) manifestase que suponía «una idea degradada de la división de los poderes del Estado»; y Quintero Olivares (9), que su configuración «contribuía a la confusión entre lo judicial y lo administrativo».

Se ha apuntado la idea, por parte de algún autor, de considerar que la prevaricación judicial y la de abogados y procuradores podría llevarse a los delitos contra la Administración de Justicia, y, en tal sentido, apuntaba el proyecto de Código penal de 1980 en sus artículos 498 y siguientes, refiriéndose a la prevaricación de abogado y procurador, los artículos 504 y 505.

La propuesta de anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, en el Título XVII, «Delitos contra la Administración de Justicia», Capítulo VII, recogía la prevaricación en los artículos 438 a 446; la de abogados y procuradores en los artículos 445 y 446.

Es de destacar que en tal propuesta, y por primera vez, aparecía como posible sujeto activo del delito —artículo 444— el representante del Ministerio Fiscal, caso de que «a sabiendas formulare petición o dictamen injustos ante órgano jurisdiccional...»

Finalmente, el proyecto de Código penal de 1992, en sus artículos 426 a 428 bajo la rúbrica de «Delitos contra la Administración de Justicia», Capítulo I, reducía la prevaricación únicamente a la judicial.

La de abogados y procuradores, desaparecía como tal, y se contemplaba bajo la misma rúbrica, pero en capítulo distinto, concretamente el VII, bajo el subtítulo «De la obstrucción de la justicia y la deslealtad profesional» en los artículos 444 a 446. Apareciendo como novedad, una nueva modalidad de conducta típica, cual era la destrucción, inutilización u ocultación de documentos por dolo o culpa, por parte de los profesionales referidos.

Debe destacarse, además, la reducción de la obligación de guardar secreto, por parte de abogado y procurador, únicamente a aquellas actuaciones procesales que el Juez hubiese declarado secretas.

En lo demás, caso de la doble defensa, es sustancialmente igual con algún retoque en la redacción.

---

(8) *La Tutela Penal de la Intimidación: privacy e informatica*, Barcelona, 1984, p. 233.

(9) «Los delitos contra la Administración de Justicia», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980 (núm. extra «El Proyecto de Código penal»), p. 197.

## ARTÍCULO 360

**Tipo objetivo**

## SUJETO ACTIVO

Lo primero que debe plantearse es la razón por la que abogados y procuradores se hallan ubicados dentro de los delitos de los funcionarios públicos. Cualquier respuesta tiene aspectos a favor y en contra a la vez; por una parte, no hay inconveniente en admitir que el abogado y procurador, cuando actúen ante los Tribunales, participen de alguna manera en el ejercicio de funciones públicas; pero, eso no es tan claro cuando estos profesionales, sobre todo abogados, actúan fuera del ámbito procesal; Groizard, representante del clasicismo en España y partidario del usnaturalismo a ultranza, se mostraba en contra de que la prevaricación de abogados y procuradores se hallase dentro de los delitos de los funcionarios públicos (10); en la actualidad, Morales Prats (11) afirma que se trata de un «concepto funcional de funcionario público, que debe construirse tomando en consideración las particularidades de cada tipo delictivo y su finalidad político-criminal».

Para Bustos Ramírez (12), abogado y procurador se incluyen por su función auxiliar fundamental en el ejercicio de la función administrativa y podrían provocar una torcida aplicación del Derecho.

Dicho esto, el sujeto activo de este delito debe ser el abogado o procurador, pues se trata de un delito especial propio (13). A nuestro juicio, quienes realicen funciones de representación en el ámbito de la jurisdicción laboral —social—, me refiero a los graduados sociales, quedarían fuera de la posible comisión de este delito.

Ello supondrá que se trate de un licenciado o doctor en Derecho que se halla colegiado, aun cuando no lo esté en el colegio del lugar donde cometa el delito.

El artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 15 y 18 del Estatuto de la Abogacía, establecen la obligación de la colegiación para actuar ante los Juzgados y Tribunales.

---

(10) *El Código Penal de 1870*, tomo IV, Salamanca, 1891, p. 121. «Todo nos disgusta en estos artículos; el sitio donde están colocados, los términos en que la incriminación se hace y las penas que se señalan.

Que es impropio incluir los delitos que abusando de su profesión, pueden cometer los abogados y procuradores, en un título consagrado a tratar de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos...»

(11) Ob. cit., p. 237.

(12) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 439.

(13) QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, Barcelona, 1987, p. 668.

Se trata pues, en el artículo 360 de un concepto restrictivo de abogado y procurador, por otra parte el único posible; aun cuando algún autor como Ferrer Sama (14), ha entendido que se trata de un concepto amplio de abogado por lo que cabrían licenciados en Derecho, no colegiados, si actuaban *de facto* como abogados (v.g., emitiendo dictámenes, consejos, etc.).

Entendemos, con Muñoz Conde (15), que se trata de un concepto restrictivo de profesionales colegiados, y como señala Orts Berenguer (16), si no fuera así, la pena de inhabilitación o suspensión sería ineficaz.

Sin embargo, existen supuestos excepcionales para letrados del Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales, los cuales pueden, según lo establecido en el artículo 447.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desempeñar la defensa y representación del Estado y demás entes públicos sin necesidad de colegiación. En tales supuestos tendrán la condición de abogado, pese a no estar colegiados, y podrán ser sujetos activos del delito que comentamos.

Por último, lógicamente, no podrá ser sujeto activo de este delito el abogado defensor de sí mismo, pues aun cuando parezca obvio, debe manifestarse que en tal caso falta la antijuricidad material, cual es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de otro; lo que no sucede, como veremos, en el tipo llamado doble defensa tipificado en el artículo 361.

## SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo, como establece claramente el tipo legal, es el cliente, o sea el que ha contratado los servicios, para lo cual, como se ha dicho, requiere el presupuesto de una relación profesional, bien sea ante los Tribunales o no. Algún autor, como Queralt (17), ha considerado que «en cierto modo la comunidad tenga también la condición de sujeto pasivo».

## ACCIÓN

En el precepto que comentamos el comportamiento es doble, por una parte el perjuicio del cliente, y por otra la revelación de sus secretos.

---

(14) *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Madrid, 1956, p. 88.

(15) *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 766.

(16) *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 447.

(17) *Ob. cit.*, p. 668.

### A) *Perjuicio*

El concepto de perjuicio, en sus distintas vertientes, ha sido elaborado y perfilado básicamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, se dice que el perjuicio puede tener un contenido patrimonial o moral (18).

De igual forma, se establece que «el perjuicio se da cuando el procurador se apropia de cantidades recibidas de su cliente para fines procesales» (19), o «cuando el abogado no ejerció las acciones a tiempo y prescribieron» (20). La resolución explica que el delito se dio «por dejar prescribir una acción procesal que estaba en el patrimonio jurídico de los perjudicados y que tenían mayores posibilidades de éxito frente a otras eventualmente ejecutables, no siendo necesaria la valoración cuantitativa del perjuicio. O cuando «el abogado no consigna una cantidad entregada por el cliente con tal fin» (21); o «si el profesional no hace efectivas liquidaciones de Hacienda o recurre contra ellas» (22).

De igual forma, si el procurador no hizo efectivo gastos para los que recibió la provisión de fondos, no paralizando así el procedimiento de apremio (23); o cuando el procurador no tiene el cuidado más elemental en el «de recibir el correo y estar atento a sus requerimientos» (24).

También se da el perjuicio dejando prescribir una acción procesal, cual era la derivada del auto-título ejecutivo dictado en la causa criminal provisionalmente sobreseída, pues, aunque cupieren otras acciones judiciales, no se exige que el perjuicio sea irreparable (25).

Entre la conducta del abogado y procurador y el perjuicio o menoscabo del cliente debe existir una relación de causalidad; y aun cuando se produzca la devolución del dinero recibido, no se elimina el perjuicio (26). Por último, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia (27), mantiene que no existió prevaricación culposa, pues, no hubo negligencia inexcusable, ni siquiera negligencia del artículo 565, aun cuando el abogado jamás se entrevistó con su cliente para preparar su defensa ni se articuló la prueba pericial médica necesaria para acreditar el estado psíquico de su cliente, sin embargo,

---

(18) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1977.

(19) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 1950.

(20) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 1968.

(21) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 1970.

(22) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 1970.

(23) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1986.

(24) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 1990.

(25) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de octubre de 1989.

(26) Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1986 y 30 de octubre de 1989.

(27) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de junio de 1993.

alegó que se trataba de persona adicta a la droga, y basando su defensa en las declaraciones del acusado y alegando que los reconocimientos que de su persona se habían realizado se efectuaron con vulneración de las leyes procesales.

El Alto Tribunal consideró que tal comportamiento de letrado, no significa «que descuidara la preparación de la defensa, al extremo de dejarle sin ningún tipo de amparo...», no habiéndole causado perjuicio alguno.

## B) *Descubrimientos de secretos*

a) Cuestión previa a plantear es la de si tiene sentido mantener hoy la incriminación de la revelación de secretos de abogados y procuradores o si sólo, como hacía el Proyecto de 1992, debe reservarse a aquellos casos en que las actuaciones procesales hubiesen sido declaradas secretas.

La razón de tal reflexión estriba en que el secreto profesional viene siendo recogido ya en diversos apartados de nuestra legislación, para determinados comportamientos de profesionales o no; así, v.g., el propio Código penal, la Ley General Tributaria, el Estatuto General de la Abogacía y la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras.

El Código penal, en los artículos 367 y 368, ya tipifica la conducta «De revelación de secretos» para los funcionarios públicos; por lo que los abogados del Estado, de Comunidades Autónomas y letrados municipales o de otros organismos públicos, podrían ya ser sujetos activos de este delito.

Pero a pesar de que determinados comportamientos relativos al secreto profesional están ya recogidos en otras Leyes, el Código penal, como veremos, lo incrimina desde antiguo; pero si el futuro Código Penal siguiera las pautas del Proyecto de 1992, tal incriminación desaparecería.

El apartado 5 del artículo 111 de la Ley General Tributaria, dedicado a la regulación del secreto profesional como causa de exclusión del deber de información; tal precepto introduce la ausencia de obligación de informar de datos o hechos con trascendencia tributaria a la Administración de la Hacienda Pública cuando tales datos sean de naturaleza privada no patrimonial y hayan sido conocidos por razón del ejercicio de la actividad profesional, siempre que su revelación alcance al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas. Tampoco alcanzará la obligación de información a los datos confidenciales de los clientes de los que se haya tenido conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.



El secreto bancario no colisiona con derechos constitucionales por cuanto no esta recogido en la ley suprema ni es un límite al deber de información tributaria (28).

El artículo 41 del Estatuto General de la Abogacía establece:

«1. El abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional.

El secreto profesional constituye al abogado en la obligación y en el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que hubiera tenido noticia por el mismo en razón del ejercicio profesional.

2. En el caso de que el decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente de la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen velando por la salvaguardia del secreto profesional.»

La Ley Orgánica del Poder Judicial señala, en su artículo 437.2, que «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos».

b) La conducta de descubrimiento de secretos de sus clientes por parte de abogados y procuradores es la única de entre profesionales liberales tipificada como delito.

El núcleo de la conducta típica consiste en descubrir secretos; difundirlos ante personas que no tenían conocimiento o ante quienes ya los conocían o sospechaban, reafirmarlos.

Se requiere, además, que hayan sido conocidos en ejercicio de la profesión y por último que se dé malicia o negligencia inexcusables.

Lo que la ley no exige es que se produzca perjuicio para el cliente.

En ocasiones podrá revelarse un secreto para evitar un mal mayor, v.g., evitar la condena de un inocente, en tal caso se dará el estado de necesidad. Pero es más, el secreto profesional del abogado o procurador cedería, y de mantenerse podría dar lugar a la conducta prevista en el artículo 338 bis del Código penal; se trata del conocimiento de la comisión de futuros delitos contra la vida, integridad, libertad sexual, libertad y seguridad de la personas.

En otros casos, la conducta del abogado o procurador en ningún caso podría constituir el delito previsto en el artículo 338 bis; piénsese en el conocimiento por parte de los profesionales citados de que

---

(28) ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, *Información tributaria versus intimidad personal y secreto profesional*, Madrid, 1992, p. 21.

su cliente piensa evadirse a la acción de la justicia o alzarse con sus bienes.

Algún autor (29) mantiene que se dará la conducta típica aun cuando la revelación de los secretos beneficie la posición jurídica del cliente, por ejemplo, revelar la impotencia de quien está acusado de estupro.

La expresión «sus secretos», como algo conocido sólo por el cliente o por un grupo reducido de personas y que no se quiere que trascienda (30), no aclara si deben ser cuestiones que afecten sólo al cliente o a otro grupo de personas; en cualquier caso, ya que esta obligación no existe para otros profesionales, debe ser interpretada restrictivamente y vendrá referida únicamente al ámbito de la actuación profesional, siendo indiferente que los secretos hayan sido confiados al abogado o procurador por el cliente, o que dichos profesionales los hayan conocido por otra vía.

Para Morales Prats (31) sería deseable reconducir la revelación de secretos dentro de una futura tutela penal de la intimidad; y en caso de abogados y procuradores el bien jurídico protegido será la intimidad y la Administración de Justicia. Romero Casabona, sostiene que «la relación que se establece entre profesional y cliente implica frecuentemente un acceso de aquél en la intimidad y en la vida privada de éste» (32).

El abogado tiene el deber de guardar el secreto que le confien sus clientes, con el fin de que les pueda aconsejar o defender dentro o fuera de los tribunales de justicia.

El abogado es el confidente necesario del cliente, quien debe saber que lo que cuenta no trascenderá a nadie; en definitiva, el secreto profesional es inherente al derecho de defensa (33).

Para explicar y comprender la naturaleza del secreto profesional, habrá que investigar si pertenece al Derecho público o al Derecho privado y para ello existen también opiniones encontradas. Un sector doctrinal sostiene que priman los intereses privados del cliente; mientras que otro mantiene la tesis contraria en el sentido de entender que tiene primacía el interés social, en la que, si bien se reconoce la existencia de aquéllos, se hace jugar el carácter público de modo preponderante. Quienes mantienen la primera postura enmarcan el secreto profesional dentro de los contratos (arrendamientos de servicios, etc.).

(29) MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 767.

(30) ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., p. 447.

(31) Ob. cit., p. 243.

(32) «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», *La Ley*, 29 de octubre de 1993, núm. 3380, p. 7.

(33) FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, *El secreto profesional de abogados*, Madrid, 1953, p. 11.

Los que mantienen que en el secreto profesional debe prevalecer el interés social, aun cuando reconozcan los de carácter privado del cliente, llegan a conclusiones diversas, tales como entender que si se trata de un derecho público, al cliente no se le permitiría relevar al abogado del secreto; otros adoptan tesis eclécticas y sostienen que el secreto profesional es relativo y debe ceder ante el interés social.

Entendemos que la intervención del Derecho penal, aun cuando la violación del secreto profesional causa perjuicio al cliente, se justifica por tener su presupuesto en el interés social.

En el Estatuto de la Abogacía de 24 de julio de 1992, en su artículo 41.1 señala que el secreto profesional es un deber y un derecho (34).

Comporta un deber con el cliente y un derecho ante los jueces y tribunales, por cuanto no se puede obligar al abogado a revelarlos.

En este sentido, la Constitución de 1978 ya estableció en el artículo 24.2, último párrafo, el secreto profesional como derecho al expresar que «la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Desde antiguo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 416.2.º ha venido dispensando al abogado del procesado de la obligación respecto a los secretos que éste le hubiera confiado en su calidad de defensor.

Un sector doctrinal ha entendido, y así lo creo que debe incluirse también aquí al procurador, aun cuando la ley no lo manifieste expresamente.

Además, en el artículo 263 de la Ley Adjetiva Penal, declara que «el deber de denunciar no comprende a abogados ni procuradores, respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes».

Finalmente, la propia Ley de Trámites, en su artículo 301, dispone que «el abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario será corregido con multa de 250 a 2.500 ptas.».

c) El Código penal de 1822, inspirado en el Código francés de 1810, ya contempló, en su artículo 424, el secreto profesional de abogados, médicos, eclesiásticos, barberos, etc., con una pena que se hacía depender de la gravedad del secreto y de la existencia o no del soborno.

El Código penal de 1848 equiparaba en pena a la revelación de secretos de empleados públicos del párrafo primero, la revelación de

---

(34) Artículo 41.1. «El abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional.

El secreto profesional constituye al abogado en la obligación y en el derecho de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento que afecten a su cliente, de los que hubiera tenido noticia por el mismo en razón del ejercicio profesional.»

secretos que se les hubieran revelado por razón de ella por quienes ejercieren «alguna de las profesiones que requieren título», con lo que, como destaca Octavio de Toledo, al restringir las profesiones a las tituladas, realmente la fórmula era más limitada que la del Código penal de 1822. Además se castigaba en el artículo 266 como prevaricación la revelación de secretos profesionales por abogados y procuradores.

Desde el Código penal de 1870 —con la única excepción la del Código penal de 1928 (35)— y posteriormente el de 1932 y 1944, se deja impune la revelación de secretos profesionales sancionándose únicamente el de los funcionarios y el de abogados y procuradores.

Como señala Luzón Peña (36), en la actualidad no se sanciona tampoco el secreto profesional de los profesionales liberales ni de los eclesiásticos, solamente permanece en el artículo 360 una forma específica, cual es la de los abogados y procuradores.

La conducta descrita en los artículos 497 y 497 bis no es encajable en el comportamiento descrito, ni siquiera los artículos 498 y 499, que se refieren a dependientes, administradores o empleados, un aspecto muy reducido de los sujetos a quienes se sanciona si revelan secretos, pero nunca a profesionales liberales.

Existe, pues, una discriminación de abogados y procuradores frente a otros profesionales a quienes en determinados casos debería sancionarse si revelaban los secretos que hubieran tenido conocimiento, por razón de su profesión, por suponer una violación de los deberes de fidelidad y discreción. Ahora bien, sólo se justificará la sanción penal cuando exista necesidad de acudir al profesional y se le confíe y se le permita el acceso a secretos del cliente.

### Tipo subjetivo

Como se ha apuntado, tanto el perjuicio del cliente como la revelación de secretos deben llevarse a cabo con «abuso malicioso de su oficio» o con «negligencia o ignorancia inexcusables».

Para Muñoz Conde (37), el perjuicio debe ser abarcado genéricamente por el dolo del autor, en este mismo sentido Rodríguez Devesa (38). En contra Jasso (39), quien entiende que no es necesario que el perjuicio sea abarcado por el dolo del autor, apareciendo, por

---

(35) Artículo 683, párrafo segundo. «El que divulgare los secretos de otro cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, incurrirá en la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 4.000 ptas.».

(36) *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, p. 460.

(37) Ob. cit., p. 766.

(38) *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1993, p. 1140.

(39) JASSO-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid, 1949, p. 198.

tanto, como una condición objetiva de penalidad. El Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de abril de 1974, sostiene que el perjuicio no es necesario que se cifre exactamente; realizaría la conducta típica, quien se confabulase con el contrario para dejarse vencer en el pleito.

En la revelación de secretos, el dolo exigiría la conciencia del carácter de secreto por parte del sujeto activo.

Como ya establecía Ferrer Sama (40) se equipara el comportamiento doloso al imprudente a efectos de pena. La expresión negligencia o ignorancia inexcusables, equivale a la imprudencia temeraria (41).

Para Gimbernat Ordeig (42), en un mismo precepto legal se contienen dos tipos distintos, la prevaricación dolosa y culposa; ello como señala Quintano (43), arranca del puritanismo que inspiró el Código penal de 1870 y se da en otros preceptos, como en el artículo 358, entre otros.

## Formas de ejecución

Desde antiguo (44) se ha venido considerando que, en el artículo 360, caben formas imperfectas de ejecución, si se actuó con abuso malicioso de su oficio, es decir, dolosamente; v.g., intentar pactar con la parte contraria para perjudicar al cliente y no conseguirlo; o tratar de revelar los secretos del cliente en el pleito, a través de carta, que no llega a su destino, por extraviarse; pero si se actuó con negligencia o ignorancia excusable, no admite formas imperfectas de ejecución, puesto que en un tipo imprudente carecería de sentido.

## Participación

Son imaginables únicamente en la forma dolosa la inducción y la cooperación necesaria, como formas de participación.

---

(40) Ob. cit., p. 87.

(41) ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., p. 447.

(42) *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, p. 320. Sin embargo, señala «que en el caso de que la prevaricación cometida fuese dolosa llevaría a resultados contradictorios y carecería, además, de base legal, aplicar los principios que rigen para la imprudencia, alegando que en el artículo 360 se tipifica una prevaricación culposa. Llevaría a resultados contradictorios porque no otras pueden ser las consecuencias cuando a un delito doloso se le aplican las reglas que corresponden a un hecho de distinta naturaleza (culposo). Carecería de base legal, porque, ello supondría una lamentable confusión entre precepto y tipo. Afirmar que en el artículo 360 se tipifica un delito culposo es sólo una verdad a medias; lo correcto es decir que en dicho precepto se tipifica también un hecho imprudente, rigiendo para cada uno de los tipos las reglas que le son propias».

(43) *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, 1958, p. 380.

(44) Ob. cit., p. 90.

Al ser un delito especial propio no admitirá otras formas de autoría.

Lógicamente, en la prevaricación culposa no caben en modo alguno formas de participación.

### Concurso

El delito de prevaricación puede concurrir con el de apropiación indebida; la forma será la del concurso ideal propio —cuando un hecho constituya dos o más delitos—. Piénsese en el abogado o procurador que se apropian de cantidades recibidas de su cliente para realizar algún pago en proceso judicial o fuera de él y a raíz de ello se perjudica notoriamente al cliente. El Tribunal Supremo así lo entendió en sentencia de 27 de noviembre de 1950; se trata de un procurador que una vez recibidas cantidades del cliente, en vez de consignarlas en el Juzgado, en un juicio de desahucio, se las apropió y se procedió al lanzamiento de su cliente, aun cuando posteriormente las reintegró; el alto Tribunal consideró los hechos constitutivos de un delito de prevaricación y otro de apropiación indebida.

## ARTÍCULO 361

### Naturaleza

Esta figura se ha denominado doble defensa o traición a las partes; y como señalaba Quintano (45) se trata de un delito de mero riesgo y con textura formal. Bustos (46) lo denominó delito de peligro respecto a los intereses del cliente; para Queralt (47) se trata de un delito de peligro basado en la falta de ética profesional.

Su punición viene impuesta por la exigencia ética y legal de lealtad profesional (47 bis), con sus incompatibilidades inherentes. Lo fundamental «es el quebranto, siquiera fuera potencial, de los intereses del primitivo cliente» (48). Pese a lo manifestado en esta última sentencia, el tipo que comentamos no exige perjuicio para el cliente. Ni se distinguen, como ocurría en precepto anterior, modalidades dolosas o culposas.

---

(45) *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 1958, p. 165.

(46) *Ob. cit.*, p. 439.

(47) *Derecho Penal español. Parte Especial*, volumen II, Barcelona, 1987, p. 670.

(47 bis) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1994, «Se quiebra así la lealtad que debé presidir siempre las relaciones de los Letrados con sus clientes».

(48) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de julio de 1970.

## Tipo objetivo

### SUJETOS

Al igual que en el artículo 360, los sujetos activos son el abogado y el procurador. Como manifiesta Orts (49), debe existir una relación profesional, es decir, se ha de haber asumido la defensa o representación. Cometería este delito el abogado defensor de sí mismo y que en el mismo asunto aceptase la defensa de otra persona con intereses contradictorios.

El sujeto pasivo es el cliente.

### ACCIÓN

El núcleo de la conducta típica exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se llegue efectivamente a tomar la defensa o representación de una parte en el proceso o en la fase extraprocesal (50). El término parte como señala Queralt (51), no es sólo el oponente, sino las demás personas con intereses contrapuestos a la que ha solicitado en primer lugar los servicios de los profesionales aludidos.

Para Ferrer Sama (52) es suficiente con la emisión de consejos o dictámenes emitidos tras haber conocido antecedentes.

Para Pacheco (53), las consultas previas, con exhibición de documentos públicos y sin que se comenten «secretos», no constituye la conducta de la figura que comentamos. Si en las consultas, se comunicaren secretos y éstos se revelaren, estaríamos ante el comportamiento descrito del artículo 360.

El abogado, pues tiene que llegar a defender, es decir, como dice Rodríguez Devesa (54), a dirigir «en el aspecto técnico legal» o a aconsejar, es decir, «la mera consulta de la opinión del letrado».

El procurador tendrá que llevar a cabo actos efectivos de representación; no será suficiente con que figure en el poder para pleitos. Como señala Rodríguez Devesa (55) es muy difícil que la conducta de aconsejar pueda cometerla el procurador.

El Tribunal Supremo consideró que colaborar redactando escritos equivale a tomar parte en la defensa (56).

---

(49) Ob. cit., p. 448.

(50) MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., p. 767.

(51) Ob. cit., p. 669.

(52) Ob. cit., p. 95.

(53) *El Código Penal. Concordado y comentado*, Tomo II, Madrid, 1867, p. 412.

(54) Ob. cit., p. 1141.

(55) Ob. cit., p. 1141.

(56) Sentencia de 9 de octubre de 1972. «La colaboración redactando escritos

b) Que después se defienda, represente o aconseje a la parte contraria. Deben darse por reproducidos los términos de defensa, representación, consejo y parte comentados en el apartado a); sin embargo, es preciso destacar que se cometerá la conducta típica tanto si el comportamiento se hace de manera directa y personal como si se hace a través de otro profesional, en este sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989 (57).

c) En el mismo asunto o proceso. La expresión empleada por el legislador «en el mismo negocio», restringe cualquier otro asesoramiento en asuntos diferentes, aun cuando entiendo que ética y deontológicamente resultaría discutible.

d) Carecer del consentimiento de aquélla. Vemos, pues, que el consentimiento es una causa de atipicidad; lógicamente nos referimos al consentimiento precedente, pues si es posterior el delito existirá (58).

### Tipo subjetivo

Parece claro que el tipo de injusto que comentamos requiere dolo, es decir, el abogado o procurador deben tener conocimiento que la persona a quien defienden, representan, o aconsejan es la contraria a su cliente en el mismo asunto. El Tribunal Supremo considera como requisito del precepto estudiado, el dolo específico constituido por el hecho de defender profesionalmente como abogado a dos partes enfrentadas en el mismo negocio con conciencia y voluntad de lo que se hacía (58 bis).

Cuestión que estimo de interés es la de plantearnos si cabe error de tipo o de prohibición; en cuanto al primero, pienso que es técnicamente posible, interesando averiguar si tal error es invencible o vencible y, en este último caso, la infracción podría sancionarse como culposa.

El error de prohibición, a mi juicio, no cabe bajo ningún concepto por cuanto los sujetos activos del delito son profesionales del Derecho y, por tanto, no pueden desconocerlo y, en consecuencia, en ningún caso pueden tener la creencia errónea de estar actuando lícitamente.

---

aunque no se firmen, equivale en tomar parte en lo esencial y capital del proceso y no de una participación accidental transitoria o secundaria.»

(57) Se trataba de un mandatario de un organismo público que aconsejaba a los particulares a través de otro abogado.

(58) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1969. «El delito se da aun cuando exista autorización posterior por carta.»

(58 bis) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 1994.



## Participación

Es difícil imaginar la participación de personas distintas del abogado y procurador capaces de llevar a cabo la conducta descrita en el tipo de injusto que comentamos; sin embargo, podría pensarse en la posibilidad de considerar a un sujeto participe por vía de la inducción o de la cooperación necesaria.

## Formas de ejecución

Al no ser un delito de resultado entiendo que no caben formas imperfectas de ejecución, pues, como se dijo, es un delito de riesgo o de contextura formal. Los actos iniciales de intento de contactar con el cliente contrario para defenderlo, representarlo o aconsejarlo serían actos preparatorios impunes.

## Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Nos referimos aquí a si caben circunstancias agravantes, tales como la de precio —10.2— y la agravante de abuso de confianza —10.9—. Es éste un tema doctrinalmente poco tratado, sin embargo, el Tribunal Supremo, con acertado criterio, ha rechazado la posibilidad de la concurrencia de las mencionadas agravantes, por considerarlas incluidas ya en el tipo (59).

En efecto, siendo la relación abogado y cliente un contrato de arrendamiento de servicios, supone el pago de honorarios y, además, una relación de confianza mutua que lógicamente impide la apreciación de las mencionadas circunstancias agravantes.

## DERECHO COMPARADO

En el Código penal italiano se recoge la prevaricación de abogado en los artículos 380 y siguientes: «Delitos de patrocínio o consulenza infedele» (60).

(59) Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 1989.

(60) Artículo 380. «Il patrocinatore (124 c.p.c.; 82 c.p.c.) o il consulente tecnico (323 c.p.c.; 201 c.p.c.) che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali arrega nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi al L'Autorità giudiziaria é punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a lire un milione (1).

La pena è aumentata (64):

(1) se il colpevole ha commesso il fatto colludendo con la parte avversaria;  
(2) se il fatto è stato commesso o danno di un imputado.

Si aplicano la reclusione da tre a dieci anni e la multa non inferiore a lire due milioni (1), se il fatto è commesso a danno di persona imputada di un delito per il

El Código penal argentino bajo la rúbrica «De Prevaricato», en el artículo 271 se tipifica la prevaricación de abogado o mandatario judicial (61). De igual forma, el Código penal de Venezuela, en el artículo 251, tipifica la prevariación de abogado y procurador (62).

El Código penal de Perú, bajo el epígrafe «Prevaricato», incrimina en su artículo 357 la conducta de abogado y mandatario judicial (63).

El Código Penal de Guatemala, bajo el epígrafe «De la Prevariación» contempla en los artículos 465 y 466 la conducta de abogado y mandatario judicial (64).

---

quale la legge commina [la pena di morte (2) o] l'ergastolo ovvero la reclusiones superiore a cinque anni (383).

(1) multa originarie: 1.500 e L. 10.000; v. nota sub. art. 361.

(2) V. nota all'all art. 21.

(61) Artículo 271. «Será reprimido con multa de dos mil a cincuenta mil pesos argentinos e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare parte contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviese confiada.»

(62) Artículo 251. «El mandatario, abogado, procurador, consejero o director que perjudique por colusión, con la parte contraria o por otro medio fraudulento la causa que se le haya confiado, o que en una misma causa sirva al propio tiempo a parte de intereses opuestos, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a quince meses y suspensión del ejercicio de su profesión por tiempo igual al de la condena.

Cualquiera de los individuos arriba indicados que después de haber defendido a una de las partes, sin el consentimiento de ella, tome a su cargo la defensa de la parte contraria, será castigado con prisión de uno a tres meses.»

(63) Artículo 357. «El abogado o mandatario judicial que se coludiera con la parte contraria o que sirviese por sus consejo o su asistencia a partes que tengan intereses opuestos o que de otra manera perjudicase intencionalmente la causa que defiende o representa, será reprimido con multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación, conforme a los incisos 1), 3) y 6) del artículo 27, por no más de seis años».

«En caso de representar al Estado, la pena será de prisión entre dos y cinco años y el doble de la multa e inhabilitación anotadas.»

(64) Artículo 465. «(Patrocinio infiel). El abogado o mandatario judicial que, de cualquier modo, perjudicare deliberadamente los intereses que le estuvieran confiados, será sancionado, siempre que el hecho no constituyere un delito más grave, con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena».

Artículo 466. «(Doble representación). El abogado o mandatario judicial, que habiendo tomado la defensa, dirección procuración de una parte, representare después a la contraria en el mismo asunto, la auxiliare o aconsejare, será sancionado con multa de doscientas a dos mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años.»

En el Código penal de Ecuador se tipifica en el artículo 279 la conducta de abogados, defensores o procuradores (65).

Finalmente, el Código penal de Portugal de 1983 contemplaba, en su artículo 418, la prevaricación de abogado u solicitador (66).

---

(65) Artículo 279. «Los abogados, defensores o procuradores en juicio, que descubran los secretos de su defendido a la parte contraria; o que, después de haberse encargado de defender a la una parte y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandonaren y defendieren a la otra; o que, de cualquier otro modo, dolosamente, perjudiquen a su defendido para favorecer al contrario, o sacar alguna utilidad personal, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años.»

(66) Artículo 418. «1. O advogado ou solicitador que voluntariamente prejudicar causa entregue ao seu patrocínio com a intenção de alcançar un benefício, será punido com prisao de 6 meses a 3 años.

2. A mesma pena será aplicável ao advogado ou solicitador que, na mesma causa que lhe foi confiada, advogar, procurar, aconselhar ou ajudar a posição de várias pessoas nella inervenientes e cujos interesses estejam em conflito, de maneira a, voluntariamente, actuar em benefício de alguna de las e em prejuizo de outra ou outras».



## La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código penal español

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Profesor Doctor de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

El Código penal español, desde la reforma de 25 de junio de 1983, únicamente reconoce dos clases de imputación subjetiva, el dolo y la culpa (art. 1, párrafo primero, y párrafo segundo, primer inciso) (1); es decir, los delitos se cometen dolosa o culposamente, quedando impune la causación fortuita de los hechos que en apariencia presentaban caracteres delictivos [art. 6 bis b)] (2), inicialmente revelados a través de resultados (materiales o de peligro). Pero esos resultados relevantes para el dolo o la culpa no siempre representan una parte esencial del hecho que se describe en una figura delictiva de la Parte Especial del Código en relación a la cual se pregunta *sobre el conjunto* si concurre dolo o simplemente culpa, sino que en otras ocasiones se trata de circunstancias del delito (3), categoría dogmática que goza de cierta autonomía —en nuestro Derecho se dispone un régimen jurídico propio para las generales o comunes de los arts. 9, 10 y 11 (en los arts. 58 y ss.)—, y respecto de las que también se requiere determinar la imputación dolosa o culposa de las mismas.

---

(1) Art. 1, párrafo 1: «Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley.

No hay pena sin dolo o culpa (...).»

(2) Art. 6 bis b): «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible.»

(3) En cuanto a su concepto jurídico, véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general II, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 1990, p. 104.

Las circunstancias que pertenecen a lo injusto (4) aparecen reguladas hoy, como desde hace tiempo, bajo el sometimiento al principio de culpabilidad [art. 6 bis a) y art. 60], lo que significa que sólo se aplican a quienes las han conocido y comprendido en su voluntad de realización. No existe base legal para estimar que las circunstancias generales de los arts. 10 y 11 que aumentan la gravedad de lo injusto puedan imputarse culposamente (5), sino tan sólo a título de

---

(4) Únicas con respecto a las que tiene sentido —por su ubicación sistemática— plantearse la imputación de una de ellas *dolosa o culposamente*. Sobre las mismas, véase J. CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general II, pp. 103 y ss.

(5) Según Ferrer Sama, quien considera las circunstancias agravantes comunes como tipos «accesorios», resultaría *absurdo* hablar de su apreciación en forma culposa, *El error en Derecho Penal*, Tip. Sucesores de Nogués, Murcia, 1941, p. 113 (las cursivas son añadidas). En los mismos términos se expresa González Cussac, para el que «resulta igualmente absurdo pretender aplicar como culposa cualquiera de las agravantes recogidas en el art. 10, y en su caso en el 11, cuando concorra error vencible, pues dada la regulación legal de las mismas en el sentido de exigirse en la mayoría de ellas un elemento subjetivo consistente en el especial ánimo de aprovechamiento de las ventajas que ofrece, debe concluirse que se conocen o no se conocen, o existe el elemento subjetivo o no existe, y en este último caso no se aplicará la agravación», *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1988, p. 193. Según Quintero Olivares, es inconcebible incurrir en una agravante «por imprudencia», pues eso es contrario a la razón de ser misma de tales circunstancias, G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1983, p. 49. Para Cerezo Mir «el error vencible sobre la concurrencia de una circunstancia agravante no dará lugar en ningún caso a una responsabilidad culposa», *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 349. Córdoba Roda señala que «únicamente la perpetración de un hecho acuñado en un determinado tipo —y no así, en cambio, la realización del presupuesto de una circunstancia agravante—, puede servir de base a la estimación de la imprudencia», *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 258. Y lo mismo Bustos Ramírez: «sólo los tipos pueden realizarse dolosa o culposamente, no una agravante», *Manual de Derecho Penal*. Parte General, 3.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 264 y «El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal», en *Documentación jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, vol. I, enero/diciembre 1983, 37/40, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, p. 89. También Hernández Guijarro, en sus notas a la Parte General de Antón Oneca, afirma que «es técnicamente imposible la apreciación de una circunstancia por imprudencia», *Derecho Penal*, 2.ª ed., anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Akal, Madrid, 1986, p. 243, n. 15. Otras referencias similares en J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Código Penal comentado*, coordinado por J. López Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos, Akal, Madrid, 1990, p. 24; M. L. MAQUEDA ABREU, «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, 1983, p. 718, n. 86.

dolo, decayendo toda responsabilidad por imprudencia. Sin embargo, *de lege lata* y de acuerdo con el sentido objetivo de la ley, es posible hallar y fundamentar una regulación en nuestro Código penal que, seguramente sin proponérselo, acaba dando respuesta a la posible necesidad de otorgar algunas consecuencias jurídicas específicas por el vencible desconocimiento de una circunstancia agravante de lo injusto, que, si jurídica y político-criminalmente fuera admisible, en teoría a lo que debería dar lugar en buena técnica es a una especie de imputación culposa de la misma cuando la realización o concurrencia material de tal circunstancia fuera objetiva y subjetivamente previsible, y a la que en consecuencia tendría que venir referido un *plus* de pena *correspondiente*. De ser aquello cierto, esa regulación a la que aludimos, que ha pasado casi totalmente desapercibida para la doctrina hasta ahora, configura una nueva manifestación de la imputación subjetiva de resultados más graves completamente inédita en nuestro Derecho, aunque todavía no bien desentrañada por completo. Nos estamos refiriendo a la nueva situación positiva que se deriva para la imputación aludida tanto en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1 (6), como de lo previsto como circunstancia atenuante en el número 4.º del art. 9 (7). Desde el punto de vista del tenor literal de estos preceptos pueden considerarse subsumidas en sus respectivas expresiones, *ulterior resultado más grave* y *mal de tanta gravedad como el que produjo*, algunas circunstancias agravantes, y concretamente aquellas que aumentan la gravedad de lo injusto por ser mayor esencialmente el desvalor del resultado, que configuran delitos agravados o cualificados, como eventualmente podrían serlo las contenidas, por ejemplo, en los arts. 376 (abandono de destino con daño a la causa pública), 396 (malversación con daño o entorpecimiento del servicio público), 481.2.º («si el encierro o detención hubieren durado más de quince días» en las detenciones ilegales), 489.2 («si a consecuencia de la entrega se pusiere en peligro la salud o la moralidad del menor» en el abandono de menores), las circunstancias agravantes del hurto incluidas en el art. 516 (salvo la de «abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima»), las que en el robo (art. 506) y la estafa (art. 529) tienen el mismo carácter, etc.

En cuanto al primero de los preceptos citados, inspirado en el § 18 del Código penal alemán, si bien cuando surgió (en la reforma de 25 de junio de 1983), en la idea de contraer en cierta medida la responsabilidad por el resultado al principio de culpabilidad, se pre-

---

(6) Art. 1, párrafo 2: «No hay pena sin dolo o culpa. 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.»

(7) Art. 9: «Son circunstancias atenuantes... 4.ª La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.»

sumía que con el mismo sólo se aludía a los llamados «delitos calificados por el resultado» o que la norma se destinaba únicamente a éstos (8), una interpretación objetiva de la ley (9) nos induce a estimar que su ámbito de aplicación puede ir más lejos y, de hecho, como veremos, así es preciso entenderlo. En efecto, objetivamente la disposición abarca no sólo aquellos casos, sino que comprende igualmente los supuestos en que un resultado más grave, que por sí no es constitutivo de otro delito, determina la apreciación de una figura delictiva cualificada (10) o agravada. Sin duda lleva razón Mir

---

(8) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no relaciona expresamente este artículo sólo con los delitos calificados por el resultado, pero así lo ha entendido buena parte de la doctrina. Véase, por ejemplo, J. CEREZO MIR, «Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1988-1, Madrid, pp. 1012, y 1016 y ss. y *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 31; G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 32; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, p. 82. Con relación al art. 3 del Proyecto de 1980, R. F. SUÁREZ MONTES, «La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fascs. 2.º y 3.º, p. 818, y «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1», en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. I, Edersa, Madrid, 1985, pp. 37 y 41. En cambio, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fasc. 3.º, p. 1033, no descarta que el precepto haya sido dictado para otros supuestos, además de para los delitos calificados por el resultado.

(9) La que mejor permite, como señala Cerezo, una adaptación de la ley a las nuevas circunstancias; véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, pp. 59 y 60.

(10) Si hablamos de «delitos calificados por el resultado» en contraposición a «figuras delictivas cualificadas» se debe fundamentalmente a la pretensión de no crear confusión y de delimitar claramente desde un principio a qué nos estamos refiriendo en cada momento. No obstante, hay que señalar que en la doctrina española no existe unanimidad en el empleo de tales términos para designar uno y otro fenómeno, y así para los primeros se habla tanto de delitos calificados por el resultado (por ejemplo, Cerezo Mir, Díez Ripollés, Guallart de Viala, Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, Torio López), como de delitos cualificados por el resultado (de este modo, entre otros, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Mir Puig, Cobo del Rosal, Vives Antón, Suárez Montes, Rodríguez Mourullo, Gómez Benítez, Bajo Fernández, Octavio de Toledo, Huerta Tocildo, Alonso Álamo; Bacigalupo Zapatero lo hace indistintamente de uno a otro trabajo), quizá (pudiera ser) en este último caso por influencia de la traducción de la expresión alemana «erfolgsqualifizierte Delikte». Mientras en los diccionarios oficiales y de uso del castellano «calificar» y «cualificar» se emplean prácticamente como sinónimos, en el terreno jurídico nos recuerda J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 257, n. 39, que «calificar» y «cualificar» son la forma vulgar y culta de un mismo término. Y añade que como en nuestras antiguas leyes se empleaba corrientemente la expresión delitos calificados,



Puig cuando dice que «el párrafo segundo del art. 1 CP no se limita expresamente a los “delitos cualificados por el resultado” en el sentido más estricto (...). Se refiere no sólo a éstos, sino a todos los casos en que un resultado más grave determina un tipo agravado, (...) casos de tipos agravados que requieran la producción **dolosa** de un resultado más grave» (11). Dicho resultado además puede ser de naturaleza material o de simple peligro (12), pues también en estos últimos la pena se determina finalmente por un resultado (el de peligro) que es más grave que el contemplado en el tipo básico de referencia.

En cambio, si se hubiera prescindido en el párrafo segundo del art. 1 de la expresión «al menos», que, más allá de constituir un mero giro estilístico o recurso lingüístico (13), su inclusión en la redacción del precepto permite aceptar las combinaciones de dolo en los delitos calificados por el resultado (14), esta interpreta-

---

no parece necesario adoptar la forma culta, si bien tampoco es reprobable su uso. Nosotros con este uso pretendemos sólo significar una diferencia con las figuras delictivas agravadas o, también llamadas, cualificadas, en las que el elemento de agravación o cualificación puede ser identificado, a primera vista, como una circunstancia.

(11) S. MIR PUIG, «Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, Albacete, 1989, pp. 100 y ss.

(12) Fuera de estos casos, incluso, encontramos algún autor que estima aplicable este precepto a delitos que no cumplen formalmente ni con la estructura de un delito calificado por el resultado, ni con la de una figura cualificada o agravada por un resultado más grave, como es el caso del delito del art. 348 bis a) (delito contra la seguridad en el trabajo, poniendo en peligro la vida o integridad física de los trabajadores); véase RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 16.ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, p. 1118, para quienes «el sujeto activo debe ser consciente, o debiera haberlo sido, del peligro que el incumplimiento de las normas reglamentarias entraña. El art. 1, párrafo segundo, no deja lugar a dudas, aunque no estemos ante un delito cualificado por el resultado».

(13) Como estiman G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 36.

(14) Véase, por ejemplo, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 270, n. 47, y *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, pp. 1016 y ss.; J. L. Díez RIPOLLÉS, «Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980» (I), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, fasc. 3.º, pp. 629 y ss.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, pp. 82 y 83; M. L. MAQUEDA ABREU, «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31, 1987, p. 229; S. MIR PUIG, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, pp. 100 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 494; E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 91, n. 98.

Sin embargo, en contra del binomio aludido se han manifestado, por ejemplo, R. F. SUÁREZ MONTES, «Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, pp. 246 y ss. —compárese esto, en cambio, con el específico campo que a las combinaciones dolo-dolo atribuye este autor en el art. 1.2, *Los delitos cualificados por el resultado* y el párrafo 2.º del art. 1, p. 44—; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 108 y ss., y *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal*, Parte General, Civitas, Madrid, 1984, pp. 218 y 219; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, 16.ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, pp. 443 y 444. Una cosa es que de la interpretación objetiva de la ley se pueda extraer la consecuencia expuesta en el texto, y otra bien distinta —que justificaría la supresión de la expresión «al menos»— si la admisión de la combinación aludida no desnaturaliza el concepto o noción de los delitos calificados por el resultado; véase, a este respecto, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 634 a 636. Sobre la repercusión que esto trae consigo en la distinción entre «delitos calificados por el resultado» y «delitos determinados por el resultado», véase A. GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 18 y ss.

Muy criticada, con razón, ha sido la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Ss. de 30 de marzo de 1985 (R. A. 2052) y 3 de abril de 1985 (R. A. 2065), según las cuales en los delitos calificados por el resultado hay que incluir sólo los supuestos en que el resultado más grave se produce con dolo eventual. Véase, por todos, R. F. SUÁREZ MONTES, «Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 209 y ss., y «Los delitos cualificados por el resultado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la reforma de 1983», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, Albacete, 1989, pp. 477 y ss. A partir de las citadas sentencias, sólo hemos localizado dos posteriores en las que incidentalmente se alude a otras o a más posibles combinaciones: la de 17 de noviembre de 1986 (R. A. 6965; ponente D. Marino Barbero Santos) dice que, tras la reforma de 1983, «se exige la causación por imprudencia del evento letal», y la de 11 de noviembre de 1987 (R. A. 8498; ponente D. Eduardo Moner Muñoz) admite «dolo eventual o al menos culpa»; también implícitamente en el sentido de admitir la combinación dolo-culpa véanse las Ss. 24 de enero de 1987 (R. A. 460) y 17 de marzo de 1989 (R. A. 2688): en la primera se mantiene la calificación procedente de la Audiencia aplicando el delito calificado por el resultado a la combinación dolo-culpa, y en la segunda no se procede aplicando el delito calificado por el resultado (dolo-culpa), como cree apropiado, en lugar del concurso apreciado por la Audiencia, por constituir la prohibida *reformatio in peius*. Por el contrario, últimamente el Tribunal Supremo parece regresar de nuevo a su postura originaria, de acuerdo con el errado criterio iniciado por las sentencias primeramente citadas, el cual parece tener su continuación en las más modernas de 27 de febrero de 1992 (R. A. 1361), 23 de abril de 1992 (R. A. 6783) y 20 de febrero de 1993 (R. A. 1383). Se muestra de acuerdo básicamente con la tesis jurisprudencial, E. BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad», en *Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 51 y ss., a la sazón, ponente de la segunda de las sentencias citadas (en último lugar), y también, H. HORMAZÁ-

ción amplia de la disposición no hubiera sido posible, ya que entonces las figuras delictivas agravadas o cualificadas por un resultado más grave sólo podrían aplicarse si respecto a ese resultado hubiera concurrido culpa, pero absurdamente dejarían de apreciarse cuando aquél resultado más grave se verificase en virtud de dolo. Entonces sí que no cabría la menor duda de la limitación de aquel precepto estricta y exclusivamente a los delitos calificados por el resultado (15).

Por otra parte, una interpretación restrictiva de la expresión «latterior resultado más grave» conduciría a la necesaria exigencia de que tuvieran lugar dos resultados (16), el segundo más grave que el primero, en virtud de lo cual podrían excluirse de la aplicación de la regla del párrafo segundo del art. 1 las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave en las que lo esencial no son dos resultados, sino uno solo, pero que es más grave que el considerado por el tipo básico como resultado de gravedad normal (en los delitos de resultado material) o simplemente aquél representa un resultado que no ha sido tomado en cuenta para la formación del tipo básico (en los delitos de peligro abstracto). Pero una exégesis de carácter restrictivo o literal de la formulación empleada por nuestro legislador

---

BAL MALARÉE, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, p. 1043, aunque con otra fundamentación.

(15) R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, pp. 44 y ss., considera, en cambio, que el «al menos» sirve para incluir la causación dolosa de los tipos cualificados en que el resultado más grave no está previsto en ningún otro precepto como delito, pues, en otro caso, se produciría una laguna legal. Así también M. L. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva*, p. 229. Es cierto que por el modo de configurarse algunos de los delitos calificados por el resultado pareciera ser indiferente que el resultado se le imputara al sujeto doloso o culposamente, y lo mismo podría en general predicarse también de ciertos tipos agravados por un resultado más grave. Por otra parte, no está claro aún —véase *infra*— en qué se diferencian los delitos calificados por el resultado en el que éste no constituye de por sí otro delito, de los delitos agravados por un resultado más grave. Pero el que en éstos el resultado culposo pueda imputarse en virtud del «al menos» de la regla del art. 1.2 y castigarse con la pena prevista para el delito doloso significa sólo eso, la admisión de la culpa además del dolo, y no como en los delitos calificados por el resultado en que éste no constituye por sí mismo un delito, respecto a los que, según Suárez Montes, la expresión «al menos» evita la absurda impunidad en que quedaría la causación dolosa. En cambio, creemos justamente que es la expresión «al menos» la que permite castigar la culpa de lo que de suyo se refiere —de acuerdo con el moderno entendimiento de los tipos— a la causación por dolo, si del tenor literal y naturalmente también del sentido de la ley no se desprendiera claramente otra cosa.

(16) Que pueden ser de carácter material o de simple peligro, véase, rechazándola, J. L. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 637 y ss. Contrario también a una interpretación restrictiva, R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, pp. 41 y 42.

imposibilitaría también la subsunción en ella de algunos delitos con estructura calificada o preterintencional. Así es no sólo en los casos, como veremos de discutible estructura calificada, de delitos de peligro concreto (arts. 488.5 y 489.2), sino también en alguno de los genuinos e indiscutibles delitos calificados por el resultado, como los de los arts. 348 ó 411, último párrafo, en los que el tipo básico puede no exigir un resultado siquiera de peligro, y éstos, desde luego, no pueden sustraerse a la exigencia de «al menos culpa» respecto al resultado. En este sentido es más afortunada la expresión utilizada en el Código penal alemán que, en lugar de un ulterior resultado más grave, habla de «una consecuencia especial del hecho» (eine besondere Folge der Tat).

En principio, no debería plantear mayores problemas afirmar que no son lo mismo los delitos calificados por el resultado que las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, que obedecen a concepciones sobre la naturaleza y estructura de los delitos distintas, aunque no siempre haya sido así para todos los autores (17) ni lo sea en todo caso en la doctrina alemana (18). Inclusive en la legislación española nos encontramos con casos fronterizos con am-

---

(17) Por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 258, quien, señalando que en el Derecho extranjero, delitos calificados por el resultado significa delitos agravados por el resultado y que éste aparece como una circunstancia agravante con relación a una figura principal, no ve inconveniente en extender aquí el nombre, pues (ejemplificando con las lesiones) el contenido es el mismo, «lo fundamental de unos y otros casos es que se prolonga la responsabilidad más allá de lo querido por el agente».

(18) Véase, a este respecto, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, p. 630, donde, por ejemplo, se cita el caso del 239 II (detención ilegal que dura más de una semana) como uno de los que se contempla en Alemania como delito calificado por el resultado —véase, por ejemplo, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 44. Auf., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 113; H.-J. RUDOLPHI, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch», I, *Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Alfred Metzner Verlag, Berlin, 1989, p. 110; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Auf., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, pp. 298 y 1073; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München, 1992, 10/109 (p. 206)—. En España Rodríguez Muñoz incluía la figura del actual art. 481.2.º entre los delitos calificados por el resultado, debido a que «dada la redacción del texto legal, pueden dichos casos abarcar muy bien situaciones de responsabilidad sin culpabilidad en orden al resultado más grave, aunque no siempre ocurra esto», Notas, p. 132 (\*) (*sic*). Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual habla aquí de tipos cualificados o de tipos agravados: M. POLAINO NAVARRETE, *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 223; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, pp. 310 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, 9.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 153 y 154; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 2.ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 106 y 107; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Va-

bos, respecto de los que resulta verdaderamente incierto y discutible inclinarse por una u otra caracterización. Desde un punto de vista estrictamente formal, podría decirse que, aunque en los dos casos se contempla una agravación de la pena que desborda la que corresponde al «tipo base», en el primer grupo el establecimiento de una pena superior no se debe al añadido de una simple circunstancia agravante, cuya función es graduar lo injusto y la culpabilidad, sino de un delito con vida jurídica propia, que podría ser independiente (19), mientras en el segundo la adición cualificante constituye una mera circunstancia agravante de naturaleza accidental, puramente dependiente de la infracción principal, es decir, que su añadido al «tipo básico», no representa en realidad un nuevo delito confundante de lo injusto y de la culpabilidad, como el calificado por el resultado (construido sobre la base de dos infracciones, a semejanza de un concurso ideal) (20), sino el mismo delito en una versión especialmente grave (21). Sin embargo, esto no parece ser tan definitivo, puesto que algunos autores no han tenido dificultad en incluir entre los delitos

---

lencia, 1990, pp. 745 y 746; CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC y otros, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 732 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ-DÍAZ MAROTO, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial), *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 23 y 24; P. GÓMEZ PAVÓN, *Código Penal comentado*, ob. cit., pp. 908 y 909; J. L. Díez RIPOLLÉS, en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 354 y ss.

(19) Gómez Benítez indica que la propia estructura interna de los delitos calificados por el resultado pone de manifiesto que un solo hecho tiene que constituir dos delitos (las cursivas son añadidas), *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 109. Así también, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, pp. 1021 y 1022.

(20) Cardenal Murillo cree que el delito calificado por el resultado puede caracterizarse como un supuesto específico de concurso ideal tipificado y cualificado, *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal (Estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el Libro I del C. P. español)*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 390, 391 y 473. En el mismo sentido, R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 235; E. BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre los delitos preterintencionales, los delitos calificados por el resultado y el principio de culpabilidad*, p. 54; M. ALONSO ÁLAMO, «El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código Penal», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1983-3, Madrid, p. 1071.

(21) Por el contrario, no es indicativo a los fines de la distinción alegar que en los delitos calificados por el resultado se protegen dos bienes jurídicos distintos, y en las figuras agravadas por un resultado más grave sólo uno, puesto que la cualificación en estas últimas puede fundamentarse no sólo en la intensificación de la lesión del bien jurídico fundamental, sino también en la protección de intereses adicionales, como, por ejemplo, sucede en el caso de la circunstancia 1.ª del art. 516. Véase, en este sentido, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, *Manual*

calificados por el resultado algunas figuras en las que el ulterior resultado no constituye un delito independiente por sí mismo, especialmente en hipótesis en que dicho resultado es de peligro —que pueden ser más o menos discutibles—, pero también cuando lo es de carácter material (22), sin que se justifique convenientemente, más allá de la constatación del empleo de la técnica legislativa consistente en determinar las penas en función «del» o «de los» resultados, por qué en otros casos a una figura delictiva construida sobre la base de un resultado material más grave, cuya pena también viene establecida en atención al mismo, se la caracteriza como un tipo agravado (dolo), siendo que por tratarse de un resultado puede concebirse asimismo imprudentemente realizado.

A propósito de esto, Alonso Álamo indica con acierto que el resultado en los delitos de responsabilidad objetiva no puede considerarse circunstancia. Pero añade que, no obstante, la valoración del resultado como circunstancia en estos delitos ha de plantearse siempre en conexión con un determinado Derecho positivo y, en concreto, con el tratamiento que éste dispense al problema del conocimiento de las circunstancias. De modo tal que, por ejemplo, en un Derecho

---

de Derecho Penal (Parte Especial) (*Delitos patrimoniales y económicos*), 2.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 89.

(22) Entre los de resultado material cabe citar los delitos de los arts. 376 (abandono de destino con daño a la causa pública) y 396-397 (malversación con daño o entorpecimiento del servicio público): véase, por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 257; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, «La culpabilidad y su exclusión», Losada, Buenos Aires, 1962, p. 102; R. F. SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1.º», p. 39 y «Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 193 y ss. En el mismo sentido pueden citarse los arts. 364.1.º (sustracción, destrucción u ocultación de documentos o papeles con grave daño de tercero o de la causa pública) y 371.2 (no prestar la debida cooperación para la Administración de Justicia u otro servicio público con grave daño para la causa pública o para un tercero).

Entre los de resultado de peligro se cita al delito del art. 488 (abandono de menores con peligro para la vida) y el del art. 489 (abandono impropio de menores con peligro para la salud o la moralidad del menor). Véase, por ejemplo, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, p. 257, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, pp. 1163 y 1187; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, p. 81; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general 1, p. 328; A. CARDENAL MURILLO, «Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fasc. 2.º, p. 619, n. 85. Por el contrario, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 183 y ss., indica en cuanto al primero que se trata de un delito de peligro concreto distinto al del tipo básico, y respecto al segundo dice que es un tipo cualificado (en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 760 y 761 y CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 749 y 750).

como el italiano, que establece la imputación objetiva de las circunstancias (arts. 59, 60, último párrafo, y 118) —se refería naturalmente al régimen vigente hasta la reforma operada por Ley núm. 19, de 17 de febrero de 1990, que ha sustituido el sistema objetivo por uno en el que se combinan el dolo y la culpa (23)—, no hay inconveniente en que el resultado objetivamente producido de los delitos calificados, pueda considerarse circunstancia, lo que no podría mantenerse en nuestro Derecho debido a que, en virtud sobre todo del art. 60, el tratamiento de las circunstancias está dominado por el principio de culpabilidad (24). Desde luego nada cabría objetar a esta última consecuencia para el Derecho español toda vez que en el momento en que escribía la autora citada estas reflexiones —antes de la reforma urgente y parcial del Código penal de 25 de junio de 1983— los delitos calificados por el resultado constituían auténticos delitos de responsabilidad objetiva. Pero debemos preguntarnos ahora si en algo cambia el estado de cosas la introducción en el Código penal español del párrafo segundo del art. 1, que excluye la responsabilidad sin culpa respecto al resultado calificante y, que según vengo manteniendo, puede aplicarse también a las circunstancias que impliquen esencialmente un mayor desvalor del resultado. De admitir el razonamiento expuesto por Alonso Alamo parece que la respuesta pudiera ser afirmativa; sin embargo, sin entrar en estos momentos a analizar si los resultados de los delitos calificados resisten un examen que demuestre su naturaleza accidental —lo que pone en tela de juicio también la citada autora—, lo cierto es que el motivo por el que en el Derecho italiano se podía mantener esa dudosa identidad entre resultado de los delitos calificados y las circunstancias reside en que de ese modo se permitía hacer entrar en juego al art. 69 del Código penal italiano (25), que autoriza la compensación de circunstancias generales y específicas, mecanismo que en nuestro Derecho no es posible fundar legalmente, a pesar de la opinión favorable a ello de

---

(23) A tenor de la nueva redacción del art. 59.1: «*Las circunstancias que agravan la pena son valoradas en contra del agente solamente si las conociera o las ignorase por culpa o las considerara inexistentes por error determinado por culpa*».

(24) M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 304 y ss.

(25) Véase, por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, Parte Generale, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Zanichelli, Bologna, 1989, pp. 480 y ss. Tras la nueva regulación de la imputación de las circunstancias agravantes, véase A. MELCHIONDA, «La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova serie, anno XXXIII, Milano, 1990, pp. 1462 y ss., G. ZUCCALA, *Commentario breve al Codice Penale*, 2.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1992, pp. 201 y ss., y P. FABRIS, *Commentario breve al Codice Penale*, ob. cit., pp. 253 y ss.

un sector de nuestra doctrina (26), por lo que carecería de sentido plantearnos la polémica en esos términos.

Por otra parte, atendiendo a las razones dadas para explicar la existencia de los delitos calificados por el resultado, éstos se distinguirían de las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave con base en argumentos materiales que aportarían mayor solidez a la distinción. Y así se suele entender en la actualidad que puede hablarse de calificación respecto a un resultado más grave si ese resultado es simplemente *consecuencia secundaria* (producida culposamente, incluso hasta hace no mucho tiempo también, y como máxima expresión de esta peculiaridad jurídica, por caso fortuito) (27) de una acción con otros fines, de modo que en el caso de

(26) M. ALONSO ÁLAMO, «El sistema de las circunstancias del delito», pp. 207 y ss., 313 y ss., 760, y «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 19, 1983, pp. 9 y ss.; L. F. RUIZ ANTÓN, *Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena. Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, volumen 2.º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 1110 y 1111; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, pp. 167 y 173; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial), *Delitos patrimoniales y económicos*, 1.ª ed., pp. 93 y 95. En contra, véase BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal* (Parte Especial) (*Delitos patrimoniales y económicos*), 2.ª ed., p. 86; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general II, pp. 104 y 105, n. 10; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 223.

(27) Hasta que se introdujo en el Derecho positivo la exigencia expresa de culpa (art. 1.2 en España, § 56 en Alemania, luego § 18), la mayor parte de la doctrina limitaba en rigor la denominación de delito calificado por el resultado al supuesto en que el posterior resultado que determinaba la pena se tratara de una consecuencia puramente causal de la acción básica inicial. Véase, por ejemplo, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI, pp. 22 y ss.; R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 38; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, p. 83.

Esta noción inicial no ha impedido que se siga hablando de delito calificado por el resultado, más o menos matizadamente, cuando encontráramos ante el mismo o semejante fenómeno delictivo, pero por razonamientos doctrinales o exigencias del Derecho positivo, la relación con el resultado calificante haya pasado de ser puramente causal a otra basada en la previsibilidad objetiva (véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990 (reimpresión de su obra publicada en 1966 por Reus, Madrid, pp. 172 y ss.) o, en su caso, además en la previsibilidad subjetiva (en última instancia fundada, pues, si a ello se añade la inobservancia del cuidado objetivo, en la culpa). En razón de esto, según Maurach, los delitos calificados por el resultado deberían hoy designarse con más propiedad *delitos de resultado cualificados por la culpa concurrente*, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8. Auf., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 248 (MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, I, trad. y notas por J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 232).



producción dolosa del resultado más grave no existiría ya ninguna característica que lo distinguiese del delito de resultado doloso normal, no pudiéndose ya hablar en rigor de un delito calificado por el resultado (28). Paralelamente se alega que los delitos calificados por el resultado se han creado con una finalidad agravatoria, en función de las exigencias de la prevención general, y que dan lugar a la aplicación de penas superiores a la medida de la culpabilidad, esto es, a la resultante del concurso de delitos (29), y, junto a esto o

---

No nos parece apropiado, sin embargo, hablar de «figura o delito complejo» para referirse a los delitos calificados por el resultado, sólo por el hecho de que ahora sea preciso, al menos, culpa respecto al resultado más grave (como en alguna ocasión hace Suárez Montes, si bien consecuente con su definición de delito complejo y sin renunciar definitivamente al uso de la otra, véase R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 234 y ss. y *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 37; de modo similar para referirse a estos casos, hablan de «estructura de delito complejo» OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, Teoría jurídica del delito, 2.ª ed., Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 113); también así H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, pp. 1041 y 1049, los refiere como «delitos complejos especiales». Si se entiende con Gimbernat, como creemos correcto, que lo que caracteriza al delito complejo no es sólo la presencia de dos delitos, sino una especial característica entre ambos, esto es, la conexión de medio a fin entre los dos hechos (una muerte dolosa puede ser un medio para tomar cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, pero los resultados más graves de los delitos calificados no constituyen el medio de alcanzar el delito base, sino que se trata de consecuencias secundarias de él; el delito de robo con homicidio culposo no es por lo dicho un delito complejo: la cosa se obtiene en virtud de violencia o intimidación —hasta ahí delito complejo—, pero la muerte culposamente producida no ha sido el medio de tomar la cosa, sino una consecuencia secundaria de la ejecución de la acción compleja básica), véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 185 y ss. A lo sumo de lo que podría hablarse es de «delitos compuestos», pero esta denominación, más clasificatoria que otra cosa, no explicaría nada sobre su específica naturaleza, por lo que preferimos mantener, pese a su posible inadecuación, la terminología tradicional, si bien con las matizaciones propias de la progresiva evolución dogmática y positiva de estos delitos. Véase sobre esto, A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, p. 594, y A. J. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, pp. 117 y 118.

(28) Véase J. L. Díez Ripollés, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 634 y ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 109 y ss.; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11. Auf., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 72.

(29) J. CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 270, n. 47, y *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, p. 1018. Básicamente así también R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 232, 235 y ss.; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Imputación ob-*

independientemente de esto, se aduce además también que la nota que los define y fundamenta su mayor penalidad reside en el específico peligro que para otro bien jurídico tiene la ejecución de la conducta básica inicial (30).

Pues bien, en el puro terreno doctrinal y en atención a lo anteriormente indicado, podemos establecer inequívocas diferencias entre los delitos calificados por el resultado y las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave: en los primeros el resultado más grave deberá ser fruto de imprudencia, resultando una pena sensiblemente superior en razón de un mayor contenido de lo injusto y/o en virtud de las exigencias de la prevención general, en tanto en las segundas el resultado más grave cobrará sólo pleno significado en los casos de dolo respecto al mismo, a los que la reacción penal queda ajustada, por lo que no existe en rigor un sentido agravatorio en las tales figuras superior al de la medida de la culpabilidad, pues ni se alega en ellas un *plus* de injusto sensiblemente superior al que es inherente a la circunstancia dolosa que fundamenta la agravación, ni se alegan razones de prevención general para elevar sus penas. Sin embargo, todo este planteamiento teórico queda oscurecido y enturbiado por el Derecho positivo, que introduce la expresión «al menos» en el párrafo segundo del art. 1, lo que como consecuencia

---

*jetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*, p. 1027. En contra frente a esto último, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 109 y ss. (en especial, p. 115), para quien la naturaleza agravatoria de estos delitos no es contraria al principio de culpabilidad, ni la medida de ésta se deduce del concurso ideal. Sin embargo, creemos que si tanto se destaca la naturaleza especialmente agravatoria de estos delitos, ello es debido a que una y otra vez, consciente o inconscientemente, se está comparando la pena establecida en ellos con la resultante del concurso ideal. Si el resultado de éste no nos diera referencia mediata sobre la medida de la culpabilidad no habría lugar a plantearse en casi ningún caso un exceso de penalidad de los delitos calificados por el resultado, ya que no existiría un referente válido con el que comparar.

(30) Véase H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Auf., Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 234 y ss., 515 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, § 10/108 (p. 206); G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, 2. Auf., Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 9/33 (pp. 330 y 331); M. L. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva*, p. 229; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 103 y ss. (p. 109); A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, pp. 598 y ss., y *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal*, pp. 386 y ss., 472; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, p. 114. Una exposición general de esto puede verse en J. L. DíEZ RIPOLLÉS, «Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 (11)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, fasc. 1.º, pp. 102 y ss. y también E. GIBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 171 y ss.

inmediata trae consigo dar cabida en la estructura de los delitos calificados por el resultado a las combinaciones dolo-dolo (31), y como repercusión mediata a la admisión de las combinaciones dolo-culpa en las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave. Esto ha favorecido, a mi juicio, que buena parte de las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave se hayan considerado erróneamente delitos calificados por el resultado (32).

---

(31) Sobre cuándo esta combinación desplaza al concurso ideal véase J. CE-REZO MIR, *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, p. 1018; con diferente fundamentación, pero de acuerdo en la conclusión también S. MIR PUIG, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, pp. 101 y 102. No se dice que las combinaciones dolo-dolo constituyan propiamente un delito calificado por el resultado, sino que por el juego del art. 1.2 es posible incluir combinaciones de dicho carácter en las estructuras calificadas si ello es procedente desde el punto de vista de justicia material, es decir, para no consolidar un privilegio aberrante cuando es menor la pena que resulta del concurso ideal para aquel binomio. A la postre, esto no sería necesario si el legislador hubiera ajustado las penas con arreglo a su gravedad comparativa, luego proporcionadamente: mayor pena para el concurso ideal en el caso dolo-dolo que para el delito calificado por el resultado.

Lo que no se entiende, por otra parte, es que algunos autores nieguen la posibilidad de incluir el binomio dolo-dolo en las estructuras calificadas porque en estos casos no se daría el contenido de injusto específico de esta clase de delitos, pues si realmente existiera en ellos un *plus* de injusto basado en la peligrosidad específica que para otro bien jurídico representa la ejecución de la conducta básica inicial, si ello fundamentase en verdad su mayor gravedad y su peculiar efecto penológico, ¿qué razones impedirían valorar en las combinaciones dolo-dolo ese peligro que de hecho en estas estructuras también concurre? Como dice R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 47, el carácter pluriofensivo del hecho no altera los parámetros subjetivos o culpabilistas posibles. En caso contrario, podría llegar a carecer de importancia real que el dolo-culpa del delito calificado se pudiese castigar con pena superior al dolo-dolo del concurso ideal. Contrario a esto último, lógicamente, A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, p. 616.

Adviértase, por otra parte, que no en todos los supuestos de combinación dolo-dolo la solución que se propone en la doctrina es siempre el concurso ideal, sino que también llega a estimarse, fundamentalmente en los casos en que el delito base es de peligro, la absorción de éste por el doloso más grave o, simplemente, la prevalencia del más grave: véase, por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 184 (abandono de niños); implícitamente, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, p. 81 (abandono de niños), no, sin embargo, en p. 242 (salud pública); RODRÍGUEZ DEVEESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, p. 1101 (salud pública), no, sin embargo, en p. 113 (abandono de niños); J. BOIX REIG y otros, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 402 (salud pública); CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 749 (abandono de niños).

(32) Tampoco lo son para J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, pp. 111, n. 163 y 116, pero este autor excluye también estas figuras de la aplicación del art. 1.2 (alude expresamente a los arts. 184, 364, 371.2, 376.1, 377, 396, 420 ó 481.2).

Pero abundando aún más en su distinta naturaleza, si tanto en los delitos calificados por el resultado como en las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, puestos ambos en relación con el párrafo segundo del art. 1, la contrariedad con el principio de proporcionalidad se manifiesta en idéntico sentido, es decir, podría llegar a castigarse con la misma pena la producción dolosa y la culposa del mismo ulterior resultado más grave, cuando aquel principio exigiría sancionar diversificadamente, podemos apreciar con claridad, no obstante, que las diferencias de uno y otro fenómeno delictivo frente al principio de culpabilidad radican en dos razones bien distintas (33): en los primeros es su construcción misma, su particular estructura típica, la que atenta contra aquel principio (34), en tanto en las segundas no es la construcción, sino la aplicabilidad a éstas de la regla del párrafo segundo del art. 1 lo que determina la indicada contrariedad. Lo explico más detalladamente: a) en los delitos calificados por el resultado la lesión de aquel principio resulta de la comparación del marco penal que se establece para los mismos con el que se obtendría del concurso ideal entre las dos infracciones que contiene; si el primero es superior y en los delitos calificados por el resultado no puede fundamentarse un *plus* de injusto (35), atenta contra el principio de culpabilidad que se establezcan delitos calificados por el resultado en lugar de dejar que jueguen por sí mismas las reglas del concurso de delitos; por otra parte elevar la pena por encima de la gravedad del delito por razones o exigencias de prevención general es contrario también a aquel principio (36); b) en cuanto a las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, no cabe la posibilidad de recurrir a un concurso ideal, ni como solución

---

(33) Para otras manifestaciones de la infracción de los principios aludidos por parte de los delitos calificados por el resultado, véase A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, p. 617.

(34) Véase J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, p. 83.

(35) Como con argumentos convincentes ha demostrado J. L. Díez RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (II)*, pp. 106 y ss.; también, R. F. SUÁREZ MONTES, *Aplicación del nuevo art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 237 y ss., n. 39, y *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, pp. 47 y 48. De otra opinión en nuestra doctrina, aun cuando admite alguna excepción, A. CARDENAL MURILLO, *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*, pp. 603 y ss. (p. 611) y *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal*, pp. 386 y ss., 471 y ss. En la doctrina alemana por la supresión de los delitos calificados por el resultado se han manifestado M. SCHUBARTH, «Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, p. 775; C. LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, pp. 87 y 88, 164 y ss.

(36) Véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 27.

alternativa, ni como clave de la comparación (37), sino que la infracción al principio de culpabilidad tiene lugar porque se imputa como si fuera dolosa —dado que se aplica la pena que a ésta corresponde— la producción de un resultado que es culposo, lo que se debe no a su particular construcción, sino a que les sea aplicable una regla de la que se derivan esas consecuencias contrarias a una culpabilidad proporcionada.

Del mismo modo habría que delimitar estos fenómenos delictivos de las denominadas por la doctrina condiciones objetivas de punibilidad impropias o intrínsecas (38), esto es, aquellas utilizadas para cofundar o agravar lo injusto de una conducta, que en forma tanto de condiciones objetivas de punibilidad como de condiciones objetivas de mayor punibilidad, y cuando se configuran como resultados o características del mismo, plantean también problemas de delimitación con los delitos calificados por el resultado y con las figuras delictivas cualificadas o agravadas por un resultado más grave, no siendo infrecuente que sin demasiadas explicaciones un mismo elemento sea caracterizado de modo diverso. La razón de su existencia diferenciada como elementos de lo injusto al margen de los principios de responsabilidad subjetiva (39), por razones técnicas o político-criminales, constituiría el principal *criterio de desvinculación* con los resultados de los delitos calificados o de las figuras agravadas (40),

---

(37) No estimamos posible aplicar a esos casos un concurso ideal entre el delito básico doloso y el tipo agravado culposo, dado que los tipos agravados de otro básico carecen de verdadera independencia delictiva. Véase, en este sentido, S. MIR PUIG, *Adiciones a la 3.ª ed. del Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 431 y 432 y J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General I, p. 349.

(38) Sobre una u otra denominación y su contenido, véase B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 20 y ss., quien prefiere utilizar la nomenclatura italiana que distingue entre condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas e intrínsecas, y C. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, pp. 30 y ss., que se decanta por la distinción alemana entre propias e impropias.

(39) El error respecto a ellas sería, por tanto, irrelevante: véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 460 y 626; S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito), 3.ª ed., P.P.U., Barcelona, 1990, pp. 268 y 269; A. TORIO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Colección de Criminología y Derecho Penal, San Sebastián, 1983, p. 106.

(40) Véase B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 91 y ss., 95 y ss.; C. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 88 y ss.; M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 372; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, p. 176.

el cual, por otra parte, sólo se habría obtenido respecto a los delitos calificados por el resultado desde que *ex lege* se exigiese con relación al resultado calificante, al menos, culpa. Sin embargo, habida cuenta de que no satisface plenamente desde el punto de vista del principio de culpabilidad la presencia de condiciones impropias o intrínsecas ajenas a toda conexión subjetiva con el autor (dolo o culpa), especialmente en un ordenamiento jurídico penal como el nuestro en el que, en virtud de los arts. 1.2, 6 bis a) y 6 bis b), parece quedar desterrada toda responsabilidad de carácter objetivo, sin que se establezca —ni con el *statu quo* actual pudiera establecerse— sin distorsión axiológica alguna una excepción al principio de culpabilidad para el tratamiento de las condiciones impropias o intrínsecas, se observa una tendencia que pasa de la simple aceptación o, de otro modo, mera resignación de esta situación de contradicción, a otra en la que de alguna manera se predica *de lege lata* y fundamentalmente *de lege ferenda* la relevancia del error (al menos, el de carácter invencible) que recaiga sobre estas condiciones sea con base en la idea de riesgo de Schweikert o en la de tipo de lo injusto de Sax, u otras (41), con lo que se plantea la duda, formulada por Mapelli Caffarena, de si aceptando la relevancia del error no habremos hecho desaparecer las condiciones objetivas de punibilidad impropias o intrínsecas cuya especificidad se resolvía precisamente en la irrelevancia (42) (lo que con un sentido general sucedería, a mi juicio, tanto el error sobre aquéllas fuera tratado análogamente a un error de tipo, como lo fuera a uno de prohibición, como si, finalmente, se previera específicamente una regulación del error sobre esta categoría), y, añadimos, si paralelamente no se estará diluyendo la frontera que en términos técnicos separan a éstas de los delitos calificados por el resultado y, en su caso, de las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave.

---

(41) Véase H. SCHWEIKERT, *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1958, pp. 394 y ss.; W. SAX, «*Tatbestand*» und Rechtsgutsverletzung (I), *Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes»*, pp. 9 y ss., y (II), *Folgerungen aus der Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes»*, pp. 429 y ss., Juristenzeitung, 1976. Una exposición detallada y crítica sobre estas tesis puede encontrarse en J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado... (I)*, pp. 641 y ss.; B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 58 y ss., 71 y ss., 126 y ss.; C. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, pp. 37 y ss., 58 y ss., 120 y ss.

(42) B. MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, p. 119.

Sea como fuere, se acepten o no las diferencias apuntadas para las modalidades y construcciones delictivas aludidas hasta el momento, por desgracia para el principio de culpabilidad, no sólo no existe obstáculo en subsumir los resultados más graves de naturaleza circunstancial en ese párrafo segundo del art. 1, sino que ésa constituye actualmente la *voluntas legis*. Sin embargo, aún queda por resolver un último escollo, a saber, si entonces no se produce una antinomia entre el citado precepto y el art. 6 bis a), párrafos primero y segundo. Por lo que a la inclusión de los genuinos delitos calificados por el resultado en el régimen del art. 1.2, en contra de las previsiones del art. 6 bis a) para los elementos del tipo, entendemos con Suárez Montes, que el sentido y el objeto de la regulación de una y otra norma son diferentes, lo que explica su compatibilidad, y, más allá de ella, la complementariedad de ambas disposiciones (43). En la segunda el error vencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal determina, en su caso, la aplicación de la infracción culposa (con relación a los arts. 565, 586 bis y 600), mientras en la primera el error vencible sobre el resultado calificante («elemento esencial integrante de la infracción penal») determina la aplicación de un complejo delictivo, que, al margen ahora del delito base, puede ser doloso pero también culposo (sin relación con los arts. 565, 586 bis y 600). En cambio, la inclusión en el régimen del art. 1.2 del resultado cualificante de los tipos agravados para estimar su aplicación como doloso en caso de resultado más grave culposo, podría parecer contrario a la consecuencia que la doctrina mayoritariamente desprende del art. 6 bis a) para el error vencible sobre un elemento que agrave la pena, esto es, la exclusión de la agravación (44). Pero, sin embargo, ni todos los supuestos de culpa en relación al resultado más grave son de error vencible, dado que la culpa puede no venir determinada por un error en sentido estricto (ausencia de conocimiento), como sucede en la culpa consciente (pues en ella hay representación del resultado), ni realmente el art. 6 bis a) determina los efectos del error vencible sobre un elemento que agrave la pena, sino sólo lo hace en los casos de error invencible (párrafo primero). En conclusión, el art. 1.2 y el art. 6 bis a), tal y como lo entendemos, no se interfieren, sino que se complementan el uno al otro.

---

(43) R. F. SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado» en la *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, pp. 196 y 197.

(44) S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, p. 272; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, p. 513; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, p. 149; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 349; M. L. MAQUEDA ABREU, *El error sobre las circunstancias*, p. 718, n. 87.

No obstante lo anteriormente indicado, y aunque éste sea el sentido objetivo de la ley, no parece que aquello represente la situación más deseable para nuestro Derecho, dada la insatisfacción que produce el que se pueda castigar la realización dolosa y la culposa con la misma pena. Sin embargo, *de lege lata* esta evidente infracción del principio de proporcionalidad de la culpabilidad es posible atemperarla mediante la aplicación de la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 9, a la que debemos dar también una interpretación ajustada al entramado normativo actual del Código, sin perjuicio de urgir al legislador a la derogación de ambos preceptos (art. 1.2 y 9.4.<sup>a</sup>) y de los genuinos delitos calificados por el resultado, y a un replanteamiento de esta cuestión plenamente conforme con el principio de culpabilidad.

En cuanto a la denominada atenuante de preterintencionalidad, tras la reforma llevada a cabo en el Código penal en 1983, que entre otras cosas deja sin contenido el art. 50, para una parte de la doctrina parece seguir teniendo vigencia, con más o menos retoques, la fórmula sugerida por Silvela, fundamentalmente destinada a deslindar el campo de aplicación del art. 50 respecto del que corresponde a la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 9, según la cual la primera de las disposiciones debía aplicarse cuando dos hechos —el intentado y el ejecutado— fueran dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no hubiera más que uno, que fuera el realizado, pero respecto del que fuera el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo (45). Al desaparecer el art. 50, conforme al sentido de la nueva regulación tendente a la realización del principio de culpabilidad, no se habría pretendido ampliar el campo del versarista art. 9.4.<sup>a</sup> a la preterintencionalidad heterogénea, sino, a lo sumo, reservarle el mismo (preterintencionalidad homogénea) o, inclusive, restringirlo si se puede todavía más (46). En este sentido, la doctrina en general ha entendido que la atenuante cuarta podía aplicarse a la antigua regulación de las lesiones (vigente hasta la reforma de 21 de junio de 1989), o, por poner un ejemplo que aún esté vigente, a los delitos contra el patrimonio, como el hurto (antes de 1983 con mayor motivo, dado el establecimiento de la penalidad por el sistema de cuantías) o los daños, es decir, a delitos con resultado graduable (47).

---

(45) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Segunda Parte, «Elementos de Derecho Penal español», 2, Imp. de M. G. Hernández, Madrid, 1879, p. 137.

(46) Véase, en cambio, en opinión aislada ampliándolo, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, Albacete, 1988, pp. 374 y ss.

(47) Véase G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «La atenuante de preterintencionalidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, fasc. 3.º, pp. 555 y ss.; S. MIR PUIG, «Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal», en *Estudios Penales*, libro homenaje al Prof. José Antón Oneca, Ediciones Universidad



Haciendo abstracción del art. 1.2, carecería de sentido en un Derecho Penal respetuoso con el principio de culpabilidad explicar el mantenimiento de la referida circunstancia, porque su existencia sólo revela una grave incongruencia con dicho principio (48), al contradecir las reglas generales que sirven a la estimación del dolo y de la culpa. Así es, porque no existiendo en nuestro Código una tercera forma de imputación subjetiva distinta del dolo y de la culpa (como la preterintencionalidad de los arts. 42 y 43 del Código penal italiano), no es posible justificar, ni doctrinalmente, ni dentro de nuestro contexto normativo, que una simple circunstancia permita fundar la existencia del dolo, disolviendo al mismo tiempo la posible responsabilidad culposa. Dicho de otro modo, representa una contradicción en sí misma que un elemento accidental determine la existencia del esencial, siendo además que su específico efecto atenuante presupone precisamente todo lo contrario, que en realidad no hay dolo (49). Por tanto, desde esta perspectiva cualquiera de las fórmulas ideadas hasta ahora para otorgarle un campo de aplicación propio a la mencionada circunstancia susceptible de soslayar tales dificultades, aunque encomiables, están abocadas irremediabilmente al fracaso (50). Su enten-

---

de Salamanca, 1982, pp. 326, 351, 325 y ss.; G. QUINTERO OLIVARES-F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 70; J. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 60 y ss. y *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, pp. 1013 y ss.; E. BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad*, pp. 45 y ss.; M. ALONSO ALAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad*, pp. 1060 y ss., 1067; M. COBO DEL ROSAL, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, fasc. 1.º, p. 99; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 491 y ss. Sobre la jurisprudencia, véase M. COBO DEL ROSAL, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, pp. 107 y ss.; M. L. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva*, pp. 202 y ss. En prensa este trabajo han aparecido los estudios de: J. M. PERIS RIERA, *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, (Tendencias restrictivas en favor de la penetración del elemento subjetivo), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, y J. A. MARTOS NÚÑEZ, *La preterintencionalidad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 3, Madrid, 1993.

(48) Véase J. CEREZO MIR, *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, p. 1015.

(49) Véase, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 492 y 493.

(50) Al margen de la propuesta de aplicar la circunstancia cuarta a los casos de dolo eventual —S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, p. 315; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, p. 87— o al concurso ideal entre un delito doloso y otro culposo —E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal español*, Parte General, 2.ª edición, Akal/lure, Madrid, 1990, p. 253— interesa ahora llamar la atención sobre la que adicionalmente propone Mir Puig, según la cual el art. 9.4.ª sólo puede apreciarse en delitos

dimiento en estos momentos sólo puede encontrar una mínima explicación plausible a la luz del nuevo párrafo segundo del art. 1. Primero, porque por mediación de éste se exigirá que el resultado (o «mal») que se impute sea, al menos, culposamente causado. Y segundo, porque precisamente en esos casos de culpa en relación al resultado podrá fijarse el campo de aplicación actual de la circunstancia cuarta, orientándola en lo posible a la realización del principio de culpabilidad.

Ciertamente no puede desaprovecharse su existencia positiva (51) —además de que estamos obligados por el principio de conservación de las normas— para no aplicarla en los delitos calificados por el resultado cuando el ulterior resultado es culposo, si, por las razones que sean (52), es preciso incluir en la estructura del delito calificado por el resultado la combinación dolo-dolo (53), pero también en las

de gravedad resultante graduable en los cuales *existe dolo*, pero éste no alcanza el grado máximo del mal causado y si un grado menor que basta para realizar el tipo —S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 314 y 315; en el mismo sentido J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, fasc. 1.º, p. 200—. Esta fórmula poseería la ventaja de no afectar con la circunstancia a la calificación dolosa del delito de que se trate, pero, como indican Cobo del Rosal y Vives Antón, «a partir de tal presupuesto, resulta que, dada la intención de realizar un tipo determinado, si se realiza exactamente lo que se quería no hay, en principio, atenuación; pero, si culposamente se produce un mal mayor, ese “plus” de daño reprochable determina, paradójicamente, la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad», *Derecho Penal*, Parte General, p. 493. Para solventar el absurdo de favorecer a quien culposamente ha hecho más que la producción del grado mínimo de lesión típica, Mir Puig recurre a estimar como atenuante análoga a la del art. 9.4.ª, la de no haber producido la lesión típica en el grado máximo que permita el delito, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, p. 108. Precisamente dicha analogía pone de relieve la inconveniencia de la tesis de Mir, pues al final se vería obligado a tratar de igual modo conductas que, sutil, pero realmente, tienen distinta gravedad.

(51) Aun a pesar del criterio de una parte de la doctrina que no le encuentra aplicación susceptible de fundamentación racional y dogmáticamente aceptable. Véase J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, fasc. 2.º, pp. 401 y ss. y *Código Penal comentado*, p. 64, E. BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad», p. 49 y «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición», *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983*, Tomo V, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 76.

(52) Véase nota 31.

(53) Ya antes de la aparición del actual art. 1.2 se proponía por algún autor la aplicación de la circunstancia cuarta a los delitos calificados por el resultado, así S. HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 109 (para el delito del último párrafo del art. 411), sin fundamento (legal)

figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave para atenuar la pena de todos los supuestos en que se castigue por un resultado más grave culposo (54). La razón de ello se encuentra en ambos casos en la necesidad de discernir proporcionalmente en la pena la realización dolosa y la culposa del (mismo) resultado que califica o cualifica la infracción, dado que, en principio, se le atribuye la misma. La necesidad de apreciar una pena inferior para la culpa respecto al dolo cuando ambos tienen el mismo objeto referente no precisa mayor explicación, dando nuestro Código Penal muestras constantes de ello: sirva como exponente representativo el mismo art. 565, en cuyo párrafo cuarto se contiene una norma penológica en tal sentido. Por ello no parece arriesgada la reconversión propuesta para la atenuante 4.<sup>a</sup> en los casos de delitos calificados por el resultado y las figuras agravadas o cualificadas por un resultado más grave como criterio corrector, pues aunque originariamente no fuera éste su campo de aplicación, formalmente cuando menos seguiría ajustándose a la fórmula de Silvela —hay un solo delito (el calificado o el cualificado) y el daño producido es mayor que el inicialmente

---

entonces, pero alegando algunos argumentos de cierto peso en favor de su tesis (pp. 105 y ss.). Hoy, una aplicación del art. 9.4.<sup>a</sup> en el sentido del texto sostienen: J. BUSTOS RAMÍREZ, *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, pp. 83, 84 y 87 y *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 184, y E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, p. 92, n. 98. Para el primero, «el art. 9.4.<sup>o</sup>, es hoy, pues, un correctivo a la responsabilidad objetiva dentro de la idea de una mayor precisión del principio del injusto personal,» mientras que para el segundo, este entendimiento de la circunstancia supondría un paso más en la dirección tendente a dotar de un contenido material al principio de culpabilidad y «haría que por fin la preterintencionalidad fuese una circunstancia atenuante que en verdad atenúa la responsabilidad criminal a quien queriendo causar un mal produjo otro de mayor gravedad sin intención de causarlo, y no una circunstancia cuya existencia legal misma resulta, como advirtiera Rodríguez Mourullo, paradójicamente “perjudicial” para el reo».

Para el delito del art. 421.2.<sup>o</sup> propone lo mismo, J.-M. TAMARIT i SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones (Análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989)*, P.P.U., Barcelona, 1990, p. 116 y ss., y la Fiscalía del Tribunal Supremo, Circular 2/1990, pp. 54 y 55; en contra expresamente de esto, A. GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, p. 87.

La razón hasta 1983 verdaderamente decisiva para no aplicar a los delitos calificados por el resultado la atenuante cuarta, consistente en que estos delitos obedecerían ya a una estructura preterintencional —por lo que de aplicarse se valoraría el mismo dato por dos veces—, deja de tener sentido desde el momento en que en tales complejos delictivos pueden ahora acogerse las hipótesis dolo-dolo, las que, por definición, no son preterintencionales. De ahí que para esos supuestos sea la atenuante de preterintencionalidad la encargada de indicar que el dolo-culpa, justo en virtud de su carácter preterintencional, es menos grave que el dolo-dolo en el seno de dichas estructuras, y que por eso debe atenuarse la pena.

(54) Véase *supra*.

propuesto (en las versiones de culpa en relación al ulterior resultado más grave)—, pero además de esta forma se lograría corregir el defecto normativo asociado a la aplicación de la circunstancia 4.<sup>a</sup> hasta ahora, esto es, la presunción de dolo, ya que en los casos en que manejamos su aplicación, ésta no presupone el dolo, ni afecta a la calificación culposa del resultado más grave, la cual ya debe venir dada. Ahora bien, como en estos supuestos la misma pena viene referida tanto para la producción dolosa como para la culposa del resultado, la aplicación de la atenuante cuarta se limita a sancionar la necesidad de discernir que la segunda es menos grave que la primera justamente porque «no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo» (55).

Por tanto y resumiendo, en atención a dichos preceptos (arts. 1.2 y 9.4.<sup>a</sup>) deben imputarse *como si* se verificaran dolosamente (entendido únicamente en el sentido de que se aprecia la misma pena cuando el resultado es doloso), si bien aplicando una circunstancia atenuante, algunas figuras delictivas que, partiendo de un tipo básico, añaden una o varias circunstancias que implican un mayor desvalor del resultado, en los supuestos en que el dolo no llega a abarcar dichas circunstancias, pero cuyo vencible desconocimiento o imprudente confianza en su no producción, y la consiguiente causación culposa, da lugar hoy por hoy a su (unitaria) imputación.

Lo cierto es que, sin embargo, no se dispone para estos casos de mayor gravedad del resultado por culpa una agravación intermedia *con fundamentación propia* que se situara entre los extremos de simple dolo sobre el resultado base y de dolo sobre la mayor gravedad del resultado, como sería lo indicado caso de que se optase por la punición culposa (56).

Para finalizar, la implicación directa de la interpretación que de los arts. 1.2 y 9.4.<sup>a</sup> he propuesto con respecto al entendimiento tra-

---

(55) Con la única salvedad de que la mencionada aplicación de la atenuante no podría sostenerse cuando condujera a una pena inferior a la resultante del concurso ideal entre el delito doloso y el culposo correspondiente en los delitos calificados por el resultado, pues de ser así se contradiría la voluntad de la ley de castigar esas combinaciones con pena mayor que la del concurso. Conforme a esto, la preterintencionalidad no cabría estimarla casi nunca para esos supuestos como circunstancia «muy calificada» (a los efectos del art. 61.5.<sup>a</sup>).

(56) En la conclusión, caso de que en el futuro, como parece lo probable, se suprima una norma como la contenida hoy en el art. 1.2 (así sucede en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 y en el Proyecto de Código Penal de 1992), estamos básicamente de acuerdo con R. F. SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal»*, p. 199, para quien «sería conveniente, o señalar en las propias tipificaciones singulares la clase de elemento subjetivo necesario para fundamentar la responsabilidad agravada, o de lo contrario establecer un sistema de remisión entre la Parte General y la Especial, debidamente trabado y que sea igualmente claro».

dicional que la doctrina hace del art. 60 como precepto que regula el error que recae sobre circunstancias (generales y/o específicas) (57) necesita ponerse de manifiesto: los primeros contradicen la clase de imputación (dolosa) que se dispone para las circunstancias del párrafo segundo, dentro de las cuales podrían estar comprendidas, si se estimara directamente aplicable el art. 60, las circunstancias específicas de la Parte Especial que agravan en virtud de un resultado de mayor gravedad. Como lo que prevé el art. 1.2 es que en tales supuestos se castigue al menos por culpa, se evidenciaría un caso en el que es seguro que el art. 60 no puede ser aplicado para las hipótesis de circunstancias específicas (58).

---

(57) Véase a este respecto, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte general I, p. 349; M. L. MAQUEDA ABREU, *El error sobre las circunstancias*, pp. 712 y 717; J. BUSTOS RAMÍREZ, «El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal», p. 90, «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, fasc. 3.º, pp. 705 y ss. y *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 264; S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, p. 273 y *Adiciones*, p. 426; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 197 y ss., 224 y 225; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 146 y 147; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 635; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, pp. 192 y 193; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 513 y 514; M. A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 103 y 104; E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 79 y ss., n. 85; J. A. SAINZ CANTERO, *Lecciones*, p. 709; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Código Penal comentado*, p. 25. Sin embargo, recientemente Díez Ripollés se manifiesta contrario a utilizar el art. 60 para resolver problemas de error en las circunstancias, porque, en su opinión, su finalidad no es ésa, lo que se ha visto corroborado desde la introducción del art. 6 bis a), «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 3.250, 1993, pp. 4, n. 57 y 5.

(58) Mir Puig se limita a extraer como consecuencia de la aplicación del art. 1.2 a los tipos agravados por un resultado más grave, simplemente la exigencia de que el resultado determinante de la pena «sea producido con dolo, siquiera sea eventual», *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, p. 101, desatendiendo la posibilidad de penar por culpa en esos casos. Su postura, no obstante, es coherente, pues aboga en favor de la aplicación del art. 60 analógicamente en los supuestos de error vencible sobre circunstancias agravantes específicas, *Derecho Penal*, Parte General, p. 273.



# Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal

(Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano) (1) (2)

F. JAVIER MELERO

Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

## I

1. Al abordar una aproximación al Derecho penal de los Estados Unidos de América se plantean problemas de comprensión de signo diverso. El primero de ellos se deriva tanto de la amplitud del objeto sometido a estudio como de la radical diversidad aparente entre la tradición jurídica de que se parte (la española y, por tanto, la alemana) con el ordenamiento angloamericano derivado de la tradición del *common law*. El segundo obstáculo viene constituido por la influencia que puedan dejar sentir una serie de prejuicios, también de signo diverso, ante la materia. Por un lado, una convicción firmemente arraigada asocia al Derecho penal sustantivo de ese ámbito tópicos

---

(1) Abreviaturas utilizadas: AC: The Law Reports, Appeal Cases; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; All E.R.: All England Law Reports; AP: Actualidad Penal; CLR: Criminal Law Review (The); Hrv LR: Harvard Law Review (The); JuS: Juristische Schulung; LQR: Law Quarterly Review (The); MLR: Modern Law Review (The); PJ: Poder Judicial; RIDPP: Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale; RJC: Revista Jurídica de Cataluña; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(2) Este trabajo se enmarca en el proyecto «Responsabilidades penales por delitos cometidos en el marco de la empresa: criterios de política legislativa», financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia (PB91-0852-C02-01).

tales cual la existencia de multiplicidad de ordenamientos y, por tanto, de un auténtico caos legislativo; el tratarse de un derecho consuetudinario y de creación judicial vulnerador del principio de legalidad; la utilización del método tópico ante una casuística confusa e inabarcable, y algunos más (3). Además, la convicción de que entre los penalistas americanos el neorretribucionismo más absoluto (de notoria mala prensa en el sistema continental europeo, hasta hace poco) halla actualmente eco, contribuye a formar tal percepción negativa (4). Ahora bien, por otro lado, la crisis existencial del procedimiento penal continental europeo genera otra serie de prejuicios, éstos de signo positivo, ampliamente compartidos por legislador y prácticos. Así, ante el déficit de rendimiento de un sistema judicial altamente formalizado, la importación de instituciones propias del proceso penal norteamericano se presenta como solución óptima a tal crisis. Entonces, manifestaciones informales del pacto entre acusación y defensa («*plea bargaining*») se producen en Alemania, y en España e Italia se introducen en las leyes de procedimiento determinadas manifestaciones del principio de oportunidad asimilables al mismo (5). En igual sentido, debe hacerse referencia a la simpatía que actualmente genera la institución del jurado puro, paradigma, al parecer, de modernidad y democracia participativa en la administración de justicia.

2. Un punto de partida para el análisis de un sistema jurídico extraño sería, en principio, de carácter integrador y se formularía desde un planteamiento de gran raigambre en la tradición occidental. Se bararía en las tres proposiciones que, en opinión de *Berlin* (6), sirven de

---

(3) Véase, al respecto, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed. Act., Buenos Aires, 1964, en especial, pp. 664-665.

(4) C. ROXIN, «Los últimos desarrollos de la política criminal» (Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, mayo 1989), en «Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal». (trad. Bustos-Hormazábal), Barcelona, 1992, p. 16, «... G. FLETCHER de la Universidad de Columbia, Nueva York, defendió una propuesta en la que apelando a Kant y al deseo de justicia intercedió por una penalización igual por hechos externamente comparables y desechó atenuaciones al servicio de la socialización. En América un “neoclasicismo” de esta naturaleza que se retrotrae a la filosofía del idealismo alemán, es absolutamente moderno».

(5) B. SCHÜNEMANN, «¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania* núm. 8, 1991, trad. Silvina Bacigalupo, pp. 49 y ss.: Crítico, desde el punto de vista del respeto a las garantías que consagra el procedimiento penal europeo, frente al «*plea bargaining*» anglo-americano. Sin embargo, cabría preguntarse si de un sistema en plena crisis de rendimiento puede predicarse la efectiva consecución de sus objetivos.

(6) I. BERLIN, «El fuste torcido de la Humanidad, capítulos de historia de las ideas», en *La decadencia de las ideas utópicas en Occidente*, Barcelona, 1992, trad. J. M. Álvarez, pp. 39 y ss.



fundamento a la misma. La primera sería que todo problema auténtico sólo puede tener una solución correcta, y todas las demás son incorrectas. De ahí que la convicción en la eficacia del propio sistema entrañe una inmediata descalificación de sistemas diferentes. En efecto, ello es así ya que ningún problema, siempre que se formule claramente, puede tener dos soluciones que siendo diferentes sean, sin embargo, correctas ambas. El segundo supuesto es que existe un método para descubrir esas soluciones correctas. El que alguien lo conozca o pueda llegar a conocerlo es otro problema; pero debe, en teoría al menos, ser cognoscible, siempre que se utilice para ello el procedimiento adecuado. El tercer supuesto es que todas las soluciones correctas deben ser, como mínimo, compatibles entre sí. Esto se desprende de una verdad simple y lógica: que una verdad no puede ser incompatible con otra verdad.

3. La adopción de un planteamiento como el expuesto fundamentaría la afirmación de los valores del propio sistema, y sus axiomas. Como mucho preconizaría la conveniencia de un acercamiento por parte de quien, sin duda, se halla en un error, que le permitiera atinar en el método de busca de soluciones. Así, desde la dogmática de análisis del delito propia de la tradición germánica, se insistiría pedagógicamente en el caso del naufragio del *Mignonette* (7) para subrayar los problemas que a los tribunales británicos planteó carecer de una distinción cuidadosa entre justificación y exculpación en la apreciación de la «*defense*» de estado de necesidad. Mientras tanto, otro planteamiento abandonaría cualquier eurocentrismo en el momento de plantearse otra realidad jurídica. Ello entroncaría de algún modo con las corrientes de relativismo cultural (8) consolidadas por ciertas escuelas filosóficas, antropológicas y sociológicas. Conectando con la concepción del *Volkgeist* formulada por *Herder*, algunos discípulos de *Wittgenstein* (9), por ejemplo, han intentado demostrar

---

(7) H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cuarta edición, Granada, 1993, trad. J. L. Manzanares, p. 176 (3).

(8) Sobre las contradicciones en que puede incurrir el relativismo cultural, H. SUBIRATS, «Procesión de flagelantes», *CLAVES*, núm. 31, abril 1993, p. 53 «... el respeto a las culturas ajenas, el reconocimiento del otro, lleva inevitablemente a admitir culturas que no reconocen ni respetan al otro. Curioso además que esta postura se extienda y ponga de moda gracias a la concepción igualitarista de Occidente haciendo creer que es la postura más sensible con los débiles cuando en realidad lo que fortalece son micrócosmos racistas y refuerza, ante el pedido de no intervención, los cacicazgos internos (...) el catálogo de horrores de las otras civilizaciones (mutilaciones de clítoris, lapidaciones por adulterio, asesinato ritual de ancianos, la discriminación de la mujer, corte de mano a los ladrones, miles de guerras tribales; todo ello acompañado de los defectos, injusticias y explotaciones habituales del capitalismo occidental)... son vistos como parte de la muy respetable identidad y tradición de esos pueblos. La verdad es que en este punto hay que admitir la honestidad de esas culturas, pues cumplen lo que prometen, el horror...».

(9) V. S. GINER, «El fuste de la razón: A modo de prólogo», en I. BERLIN, *El fuste*, pp. 5-14.

que cada sociedad posee sus propios criterios intransferibles de comprensión y explicación de la realidad. No sólo poseen sus propias convicciones y percepciones, sino también su lógica, inaccesible a la nuestra. De donde, aun refiriéndonos a una sociedad con un grado de desarrollo cultural semejante a aquella de la que partimos, deberíamos mantener el escepticismo militante de quien se enfrenta a algo que cae fuera de su propia esfera mental (10). Así planteada la cuestión, nada que no sea curiosidad, una especie de turismo jurídico-cultural, justifica el conocimiento de realidades ajenas. Nada se obtendrá que pueda enriquecer la propia experiencia, más allá de la redacción de un capítulo para una historia del derecho comparado.

4. La perspectiva que aquí se asume equidista de las expuestas. Aun en la convicción de la indiscutible trascendencia de la ciencia penal alemana (11), no puede evitarse una cierta incredulidad ante la idea de que una parte tan importante cualitativamente de nuestro universo cultural como la norteamericana, adolezca del alto grado de

---

(10) Véase, al respecto, L. M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho norteamericano*, Barcelona 1988, trad. J. Vergé, pp. 20 y ss., «... nos inclinamos a pensar, por ejemplo, que Haití y Francia tienen sistemas jurídicos muy parecidos, son parientes próximos de una misma familia. El sistema haitiano procede del francés. Ello es realmente cierto sobre el papel. ¿Pero sigue siendo cierto cuando contemplamos el derecho vivo? Haití es una dictadura, y es extremadamente pobre, casi totalmente rural y analfabeta. Francia es rica; tiene un sistema parlamentario es urbana y altamente industrializada. Ambos países pueden tener códigos legislativos comunes (los libros), pero es posible que el Derecho vivo de Francia tenga más en común con el Derecho inglés que con el de Haití, aunque el Derecho inglés pertenezca a una familia distinta».

(11) Sin embargo, B. SCHÜNEMANN, «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, Madrid, 1991, Trad. J. M.<sup>a</sup> Silva Sánchez, p. 31: «Las construcciones sistemáticas de la ciencia penal alemana le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas. Sin embargo constituyen actualmente una de las más importantes «exportaciones» de la ciencia jurídica alemana y la obra que verdaderamente le ha dado renombre internacional». Véase, también, la anécdota relatada por Roxin en «*Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, *JuS*. 1988, p. 425. Por otro lado, el elevado desarrollo de la ciencia penal alemana no constituyó obstáculo importante alguno para el avance del irracionalismo jurídico en los años treinta de este siglo, ni para que penalistas de notable refinamiento lógico sucumbieran a la tentación totalitaria de la mano del régimen criminal del III Reich, sancionando con sus construcciones teóricas la política genocida del Estado nacionalsocialista. Al respecto, fundamental, Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 256 y ss. «... *La Escuela de Kiel, en cambio, vino a elevar a pretensiones científicas los principios del derecho positivo nacionalsocialista. El Willensstrafrecht fue una dirección íntimamente unida a esa ideología política: nació con ella y desapareció con su derrota (...). El programa era ambicioso, pero en realidad ocultaba una única finalidad: dotar de rango científico a las deleznable ideas penales del Estado de Hitler*».

imperfección que se presume en sus instrumentos jurídicos. Máxime cuando la percepción mayoritaria entre los juristas de esa órbita sobre su propio sistema es, en gran medida, bien diferente. Así, en palabras de *Hall*, y en un contexto de ponderación positiva del *common law* penal,

«Éste es una disciplina que hunde sus raíces en la antigua filosofía griega y en la tradición religiosa de Occidente. Empieza, a mi entender, con Bracton y continúa durante más de setecientos años como el más detallado, refinado y articulado conjunto de principios de esa ley, establecidos en términos de legalidad, *mens rea*, conducta voluntaria, daño, causalidad y castigo...» (12).

5. Se parte aquí, pues, de un punto de vista pluralista, que no integrador, que relativiza la validez absoluta, como única posible vía de acceso a la solución de los problemas derivados del delito y su tratamiento, de la dogmática penal de tradición germánica. Asimismo, se afirma la necesidad de entrar en el análisis de las soluciones que a tales problemas pueda aportar la cultura jurídica anglo-americana, y en el estudio de su rica casuística. Se pretende, pues, evitar el riesgo sobre el que advertía en su «Diario» *Witold Gombrowitz*, esto es, que no vaya a ser que admiremos porque nos hemos acostumbrado a admirar, y, también, porque no queremos aguar nuestra fiesta. Por los mismos motivos se rechaza una concepción relativista, que atribuiría a la sociedad anglosajona diferencias consustanciales de tal entidad con la nuestra que justificarían intelectualmente el mutuo desconocimiento. Los problemas derivados de una creciente criminalidad e, incluso, de su organización transnacional, y la insatisfacción generada por la permanente sensación de crisis del sistema penal en las sociedades contemporáneas (13) justifican cumplidamente el estudio de otras soluciones, el conocimiento de otra metodología (14) (15).

---

(12) J. HALL, «Perennial Problems of Criminal Law», en *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 15-16.

(13) Sobre la noción de «crisis» como característica del estado actual del Derecho penal, J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 13 y ss.

(14) Por otro lado, respecto del Derecho norteamericano, «... A diferencia de los problemas constitucionales y procesales, que son ampliamente divulgados en nuestra órbita cultural, los de índole sustancial son ignorados, circunstancia que ni permite el progreso de la ciencia penal continental, ni ofrece la opción de enriquecer la ciencia angloamericana mediante la comparación». J. E. GRANADOS PEÑA, «La influencia del CPM en la reforma del Derecho penal de los EEUU», *ADPCP*, 1992, pp. 1024 y ss.

(15) Al respecto, B. S. MARKESINIS, «Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law», *LQR*, oct. 1993, pp. 622 a 635, donde, en el marco de un análisis sobre la inmediata utilidad del estudio de otras realidades jurídicas afines el autor retoma la

## II

1. El Derecho penal norteamericano participa de la tradición jurídica inglesa, del *common law*, y, al mismo tiempo, posee una serie de características diferenciales con la misma que facilitan su comprensión desde la perspectiva de un sistema de derecho codificado. En efecto, el *common law*, entendido éste como la parte del derecho inglés que no se origina en la legislación sino en las costumbres sociales y se unifica y desarrolla en las decisiones de los tribunales (16), diverge del sistema continental ya por cuanto respecta a las formas mismas de individualización de las fuentes del derecho. La principal fuente del derecho inglés era, al tiempo de la colonización de América, el «precedente judicial», o sea, la *ratio decidendi* de un pronunciamiento adoptado por un juez con referencia a un caso análogo sometido a su examen. Las fuentes de tipo legislativo tenían tan sólo una función derogatoria frente al conjunto de reglas derivadas de la red de precedentes que constituyen el *common law* en sentido estricto (17) (18). Tal sistema, entendido como fruto de la tradición y la razón se hallaba firmemente arraigado en la conciencia jurídica inglesa, sin duda por haber constituido el mismo un firme obstáculo a manifestaciones de terror penal que incidieron en mayor medida en el continente (19). En efecto, ya desde los «*Comentarios a las Leyes de Inglaterra*» de *William Blackstone* (20), obra básica en la que se formaron generaciones de juristas en las colonias americanas, se identifica el *common law* de Inglaterra con el derecho natural permanente (21), un refinado producto de la razón que se manifiesta en las sucesivas resoluciones judiciales. Éste fue, pues, el

---

reflexión iniciada hace más de setenta años por Roscoe Pound (1921, 34 *Harvard L. Rev.* 227) en el sentido de que los períodos de inquietud y expansión revelan la necesidad del estudio comparativo de filosofía y Derecho, mientras que los períodos de estabilidad se prestan a la autoafirmación y desarrollo del Derecho propio, afirmando que en modo alguno en las actuales circunstancias históricas pueda considerarse que nos hallamos en uno de esos momentos de estabilidad e insularidad jurídica.

(16) R. CROSS, *Introduction to Criminal Law*, Londres, 1976, p. 7.

(17) Véase A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado*, Barcelona, 1987, trad. J. Bignozzi, pp. 55 y ss.

(18) En cualquier caso, por lo que respecta a Inglaterra, debe tenerse en cuenta la amplia tarea legislativa llevada a cabo por la Law Commission, con la elaboración de dos recientes Proyectos de Código penal (1985 y 1989) y con la progresiva derogación de instituciones propias del *common law*. Sin embargo, los proyectos de codificación no han alcanzado, en Inglaterra, su culminación.

(19) C. HIBBERT, *Las raíces del mal. Una historia social del crimen y su represión*, Barcelona, 1975, pp. 34 y ss.

(20) W. BLACKSTONE, «*Commentaries on the Laws of England*», Facsímil de la 1.<sup>a</sup> ed. de 1765-1769, Chicago 1979.

(21) G. P. FLETCHER, *En defensa propia*, Valencia, 1992, trad. F. Muñoz Conde-F. Rodríguez Marín, p. 83.

derecho que los primeros colonos llevaron a las costas de Nueva Inglaterra, mas no de forma totalmente acrítica. El *common law* fue inmediatamente adaptado, tanto por imperativo de las nuevas necesidades, como por ser el derecho propio del régimen del que se emigraba. Existían, por tanto, frente al mismo, sólidos prejuicios derivados de la dominación británica. En efecto, no es hasta los siglos XIX y XX, y bajo la influencia de juristas como *Kent, Story y Holmes*, cuando el mismo recupera su prestigio (22) (23).

2. Un segundo factor diferencial de trascendencia es la influencia que ejerce desde la colonización hasta nuestros días el profundo sentido religioso que impregna la sociedad norteamericana y su noción de pueblo escogido. Los puritanos congregacionalistas fundadores de Nueva Inglaterra, al escapar de la persecución religiosa de Europa, tendieron a considerar América la tierra de promisión. La visión de Europa que se consolida en aquel momento, establece el modelo que ha pervivido siempre en la imaginación americana: se describe al viejo mundo, especialmente a Inglaterra, como la tierra de la persecución, de la cautividad y la superstición. Los congregacionalistas perseguidos en Inglaterra se veían a sí mismos conducidos a América por los designios providenciales de la voluntad de Dios; son los escogidos rescatados de la depravación moral de la Inglaterra episcopalista. Tal visión se vincula indisolublemente a una noción teocrática de la sociedad política (24). Efectivamente, el espíritu teocrático y moralista de los puritanos de Massachusetts del siglo XVII dejó su impronta. Los puritanos, pues, tenían una visión particular del Reino de Dios, y estaban dispuestos a fundarlo en los nuevos territorios. La salud moral de los ciudadanos era la mayor preocupación de las primeras comunidades. Un código fechado en 1648, en el que los mismos términos estaban extraídos de la Biblia, preveía la pena de muerte para los hijos rebeldes, los idólatras, los sodomitas y los brujos. El Derecho penal americano aparece marcado por esta obsesionante preocupación por el pecado aun después de la desaparición de las condiciones sociales que legitimaban la reglamentación de la moralidad privada. El fenómeno de la prohibición del alcohol a principios de este siglo (25), y sus nefastas consecuencias, y la

---

(22) B. SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid, 1980, trad. E. Alonso, p. 14 y ss.

(23) L. M. FRIEDMAN, *Introducción*, pp. 101 y ss.

(24) J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Reforma protestante y Estado moderno*, Madrid, 1986, pp. 133-134. Cfr. BERCOVITCH, *The puritan origins of the american self*. Haven, 1975, p. 223.

(25) «Quizá no será ocioso recordar que la primera democracia moderna contempló la posibilidad de someter a gravamen la parte lúdica de la vida (no sólo el juego, sino alcoholes y otros lujos, como tabaco y café), si bien los americanos de entonces vieron el asunto al revés que sus gobiernos actuales. O eran *malas costumbres* y el Estado se convertía en cómplice suyo tan pronto como cobrara un peaje, o

creación, a través de la prohibición, de los problemas que actualmente se generan por el tráfico y consumo de estupefacientes (26), forman, en gran medida, parte de la herencia puritana (27).

3. En tercer lugar, las especiales características del proceso de formación de los Estados Unidos desde la época colonial imprimieron en la evolución de su derecho rasgos propios. En efecto, en la revolución americana no luchaban por su autodeterminación política y económica indígenas oprimidos, sino europeos aclimatados, con el apoyo de otros europeos. Se trataba, pues, del perfeccionamiento de un derecho ya garantizado parcialmente con anterioridad a su autoadministración. El reconocimiento de los valores, basados en la revelación y en el derecho natural, de la libertad ciudadana, la igualdad y el derecho a la propiedad ilimitada formaron parte de la fundación del estado (28). Por otro lado, el período de la «frontera», es decir, el de la expansión y colonización de los territorios situados al oeste del continente, decidieron una de las características del sistema americano más exóticas desde el punto de vista europeo: en lugares situados a miles de kilómetros de distancia de los tribunales, los códigos y los abogados, las comunidades que iban surgiendo imponían la administración sumaria de justicia por parte de órganos no profesionales. Derecho, policías, fiscales y jueces no profesionales (*lay*) han dejado sobre la organización penal señas perdurables. Así, aceptar como jueces de tribunales inferiores a hombres carentes de toda formación jurídica; ver magistrados elegidos o nombrados por razones políticas; admitir una publicidad ilimitada antes y durante los juicios, etc. (29). Aún con mayor intensidad, el elemento *lego* está formalmente representado en la estructura judicial oficial por la institución del jurado.

4. Pese a la afirmada influencia del *common law*, estuvo pronto presente en los Estados Unidos la conciencia de la necesidad de introducir criterios de certeza en la ley penal (30). Así, en aras de

---

eran actos librados a la discrecionalidad subjetiva, en cuyo caso todo gravamen constituiría abuso. Jefferson abordó el tema cuando fue elegido presidente, usando este preciso argumento para derogar los impuestos sobre apuestas y alcoholes» A. ESCOHOTADO, «Ludopatías», *Claves* núm. 30, marzo, 1991, p. 21.

(26) E. LAMO DE ESPINOSA, «Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral», Madrid 1989, pp. 92 y ss.

(27) L. B. SCHWARTZ, «Le système pénal américain: son sprit et sa technique» en *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, obra publicada bajo la dirección de M. ANCEL y L. E. SCHWARTZ, París, 1964, pp. 4 y ss.

(28) W. PAUL, *Los Estados Unidos de América*, Historia Universal, Madrid 1989, pp. 10 y ss.

(29) L. B. SCHWARTZ, *Le Système*, p. 10.

(30) H. H. JESCHECK, *Tratado*, p. 95 (1). «También en el ámbito jurídico angloamericano han surgido numerosas codificaciones del Derecho penal y han aparecido, por todas partes, junto al *common law*, leyes singulares (...) Los "*common Law crimes*" están excluidos en el Derecho penal federal y en la mayoría de los Estados

salvaguardar el principio de legalidad, pretensión constante en la historia de la formación jurídica del país, la incorporación del *common law* se efectuó, a partir de la independencia, a través de los «*reception statutes*» o de declaraciones formales de las Asambleas de los Estados. Para tal incorporación algunos de ellos tomaron como referencia la fecha de 1775, cuando las colonias se emanciparon de la metrópoli, al efecto de declarar la validez del *common law* inglés. Otros optaron por la de 1607, fecha en que se estableció el primer asentamiento (31). Posteriormente, la Constitución estableció expresamente la prohibición de sanciones *ex post* en su artículo I, párrafo 9 (nivel federal) y 10 (estatal) (32). Pese a tales garantías, superiores, sin duda, a las británicas, el derecho penal norteamericano se caracterizaba por constituir un conjunto relativamente disorgánico de derecho escrito y derecho jurisprudencial. Para enmendar tal estado de cosas, el *American Law Institute*, organización compuesta por abogados, jueces y profesores universitarios, proyectó ya en 1931 la elaboración de un código penal modelo que proponer como ejemplo a los parlamentos de cada Estado. El fracaso de la iniciativa por la carestía de recursos económicos durante los años de la depresión no impidió que en la postguerra el proyecto se retomara. Así, se nombró en 1952 un comité de redacción presidido por *Herbert Wechsler* y *Louis Schwartz*, que se rodeó de los elementos más representativos del mundo universitario y profesional estadounidense, con la colaboración sistemática del eminente penalista británico *Glanville Williams*.

---

miembros, pero el *common law* sigue desempeñando un importante papel en la interpretación del derecho legal, sobre todo en lo atinente a la Parte general.»

(31) W. R. LAFAVE-A. W. SCOTT, *Criminal Law*, 2.ª ed., St. Paul, Minn., 1986, pp. 64-66.

(32) La resolución del problema siguió en Inglaterra cauces diferentes. Efectivamente, durante mucho tiempo la antigüedad de los precedentes que definían las diversas figuras delictivas permitió a los tribunales ingleses asumir la compatibilidad entre la doctrina del precedente y el principio *nullum crime, nulla poena sine lege praevia*. Sin embargo, en 1962, la decisión de la Cámara de los Lores en el caso «Shaw» (1962, AC 220), acabó con este tranquilizador sobreentendido. Se trataba de un caso en el que los procesados habían publicado una guía con avisos ilustrados de prostitutas, siendo acusados de asociación ilícita para corromper la moral pública, figura que no estaba definida en la ley o en precedente alguno. La Cámara de los Lores confirmó la sentencia condenatoria que recayó sobre los acusados diciendo, a través del vizconde Simons, lo siguiente: «*En la esfera del Derecho penal no tengo duda de que los jueces mantienen un poder individual para hacer efectivo el propósito supremo y fundamental del Derecho, para conservar no sólo la seguridad y el orden sino también el bienestar moral del Estado, y que es su deber resguardarlo contra ataques que pueden ser tanto más insidiosos cuanto más novedosos son y menos preparado se está para lidiar con ellos.*» A causa de la fuerte reacción contra esta decisión, la Cámara de los Lores posteriormente, en el caso «*Knüller*» (1972, All. ER 898) se retractó de tal doctrina aunque se negó a dejar de lado el precedente sentado en «Shaw». C. S. NINO, «Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito», Buenos Aires, 1980, pp. 106-107.

Los trabajos de redacción del *Model Penal Code* ocuparon diez años (1952-1962). Durante ese período se sometieron a la opinión del comité consultivo del ALI trece proyectos preliminares que contenían diversas partes del proyecto final, acompañados de comentarios con abundantes notas de Derecho comparado. Finalmente, el texto final del MPC fue aprobado el 24 de mayo de 1962. El ALI, al promover la redacción del MPC, no pretendía su adopción total por parte de todos los Estados de la Unión. Era consciente de que la diversidad histórica de cada Estado volvía irrealizable la aspiración a un derecho penal estadounidense de contenido uniforme. El ALI se propuso suministrar a cada Estado un modelo de las soluciones más racionales y modernas a los problemas más cruciales del Derecho penal. Tal propósito no se vio frustrado. De 1962 a 1984, 34 Estados promulgaron nuevos códigos penales, todos ellos inspirados en el MPC. Por tanto, se ha asistido en Estados Unidos, en los últimos treinta años, a un proceso de codificación cuya trascendencia no tiene parangón en el ámbito del Derecho anglo-americano (33). En cualquier caso, la principal aportación del MPC es que éste representa un reexamen sistemático del derecho penal sustantivo (34) y la superación de una fase en la que la mayor parte de los principios generales de la responsabilidad penal debían buscarse en el *common law*, asimismo, formaliza un progresivo distanciamiento del Derecho penal inglés.

5. En efecto, en el Derecho penal inglés todavía permanece asignado al *common law* el completo proceso de subjetivización de la norma incriminatoria, a causa de la ausencia de una parte general del Derecho penal proveniente de una fuente escrita. La Parte general del MPC, en la que se establecen tales criterios de subjetivización, con la determinación de los «*estados mentales*» requeridos para la comisión de un hecho delictivo culmina una fase que todavía no ha concluido en Inglaterra. Cuestión diferente es que otros factores de tensión entre Derecho codificado y *common law* se compartan genéricamente por ambos países. Así, la institución del «*binding precedent*», indisolublemente vinculada al *common law* y en virtud de la cual, cuando la interpretación de la ley penal procede de una *Superior Court*, la *regula iuris* establecida adquiere una eficacia vinculante y una estabilidad aparen-

---

(33) Al respecto, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, «Note sul metodo della codificazione penale», en *RIDPP*, 2/1992, pp. 385-418; asimismo, J. E. GRANADOS PEÑA, «La influencia del Código penal modelo en la reforma del Derecho penal de los Estados Unidos», *ADPCP*, III, 1992, pp. 1023 y s., con cita de abundante bibliografía americana. Véase también JESCHECK, *Tratado*, p. 95, sobre la influencia del MPC en Alemania. Aun en el período en que el mundo jurídico alemán no se había abierto a la comparación, HONIG tradujo el texto del MPC y comentó los rasgos más significativos de la parte general (HONIG, «Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten von America», *ZStW*, 1963, pp. 63 y ss.

(34) LAFAYE-SCOTT, *Criminal Law*, pp. 37 y ss.



temente desconocida en nuestra tradición jurisprudencial. Por ello, el jurista del ámbito angloamericano analizará la ley escrita tal y como ésta ha sido interpretada por los tribunales. Como consecuencia, será aquella determinada interpretación de la ley la que será aplicada, más que la ley misma. Por otro lado, la ley escrita que todavía no ha sido interpretada judicialmente se encuentra en una especie de limbo, no es todavía, por completo, ley (35). Así, es característica predominante del sistema continental la reserva absoluta de ley, de la que se deducen el mandato de taxatividad, la prohibición de analogía y la obligatoriedad de la acción penal. Y, por oposición, es consustancial al sistema inglés la vinculación del juez al *common law*, de donde se deducirá su poder normativo, la posibilidad de interpretación analógica y la discrecionalidad de la acción penal. Sin embargo, el sistema propio de los Estados Unidos presenta rasgos diferenciales frente a los mismos.

6. La vinculación del juez norteamericano al *common law*, aun siendo notable, difiere de la referida a los tribunales ingleses. La misma se halla limitada por la vigencia estricta del principio de legalidad por cuanto a los delitos se refiere, siendo más discutida la cuestión respecto de las faltas. Esto es, limitación en materia criminal por la reserva absoluta de ley en favor del legislador. Podrá, pues, el juzgador utilizar la compleja red de precedentes que constituyen el *corpus* del mismo, así como completar las definiciones legales con los elementos que de él proceden. Lo que le estará vedado es la creación judicial de nuevos delitos o, incluso, la interpretación analógica. Entonces, y con la prohibición de sanciones *ex post facto* («*ex post facto laws*»), limitación constitucional específica de la legislación penal, obvia en gran medida el Derecho penal norteamericano algunos de los reproches que se dirigen al Derecho inglés desde su propio ámbito. Esto es, que supone una usurpación de los poderes del Parlamento, que genera inseguridad y que opera de forma retroactiva (36). Cuestión bien diferente es la de si realmente en el espacio jurídico continental el papel del juez es sensiblemente diferente. Es decir, si se da tal estricta vinculación del mismo a la ley. En efecto, ya a comienzos de este siglo se empezó a atacar la concepción ortodoxa de análisis de la tarea de los tribunales según la cual los jueces se limitan a aplicar a los hechos las normas que existen. También la filosofía del Derecho está desarrollando algunas líneas de

(35) S. VINCIGUERRA, «Introduzione allo Studio del Diritto Penale Inglese. I Principi», Padua, 1992, pp. 58 y ss.

(36) A. T. H. SMITH, «Judicial law making in the criminal law», *LQR*, 1984, pp. 60 y ss.; del mismo autor, y en igual sentido, «Codification of the Criminal Law. (1) The case for a Code», *CLR*, 1986, pp. 285 y ss. «... las características del *common law* que lo vuelven inadecuado para satisfacer las exigencias del Derecho penal son, antes que nada, el hecho de que opera de modo retroactivo, que no viene formulado de manera democrática, y su naturaleza incierta».

pensamiento que tienden a poner en cuestión el principio de la fuerza predominante de la letra de la ley, dando un notable peso a la obra del intérprete (37). El fetichismo de la norma escrita, que tuvo sus orígenes en el iluminismo, había elaborado el concepto de la división de poderes que implicaba definir al juez diciendo que «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force ni la rigueur*». También las teorías continentales de la interpretación elaboradas durante el siglo XIX atribuyeron al juez la misión esencial de buscar el sentido de la norma con criterios literales y de lógica formal (38). La explicación histórica de esta exasperada concepción formal está en el hecho de que antes de la Revolución Francesa los jueces habían sido tradicionalmente definidos como ejecutores de la voluntad del príncipe y, en tal condición, habrían incurrido en la arbitrariedad (39). Con dicha base, se estima en las culturas jurídicas que tienen su origen próximo en tales criterios que la vinculación estricta del juez a la ley no sólo es deseable, sino que, además, se da por completo. Según la crítica efectuada por los partidarios de la escuela denominada del «realismo jurídico» tal punto de vista es sensiblemente erróneo y parte de una concepción doctrinaria de la jurisprudencia que intenta describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mismos mencionan en sus decisiones (40). Según los realistas, esto es falso ya que en realidad los jueces deciden en función de sus propias premisas valorativas, escogiendo, después, la norma jurídica apropiada (41). Asimismo, y por lo que respecta a nuestro país, ya en 1974 aportó *Córdoba* una serie de reflexiones trascendentales sobre el tema en el examen que efectúa del modo de operar de los tribunales en la realidad:

«... Si examinamos el efectivo modo de operar de la jurisprudencia en la *realidad*, obtendremos, sin embargo, una imagen muy distinta de aquella que resulta de la rigurosa aplicación de los principios de oficialidad y legalidad. Por un lado, los hechos que *como probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos *tal como* se han producido en la realidad. Por otro, los tribunales al llevar a cabo su función enjuiciadora, no sólo acuden a

---

(37) F. DÍAZ PALOS, «La Jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal», Madrid, 1992, pp. 29 a 52.

(38) L. FERRAJOLI, «Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale» Roma, 1990, pp. 546 y ss.

(39) *Vid.* G. TARTAGLIONE, «La discrezionalità del giudice penale», Atti dell'Incontro di Studio, Roma 1975, pp. 273 y ss.

(40) Al respecto, G. PECES BARBA, «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder Judicial*, núm. 6, 1983, pp. 18 y ss.

(41) R. DWORKIN, «Los derechos en serio», (trad. A. Calsamiglia) Barcelona 1989. Ed. en lengua inglesa de 1977, *La Jurisprudencia*, pp. 43 y ss.

los preceptos legales, sino, además, a otros elementos situados propiamente *fuera de la ley*» (42).

Esto es, al amparo tanto de concepciones personales sobre lo justo y lo merecido como de tradiciones interpretativas que hacen las veces de «precedentes» (43), los tribunales amplían, restringen o reinterpretan la letra estricta de la ley con la mayor frecuencia. La existencia de tales «precedentes» (44) en nuestro país no sólo no es contestada: se vive como un grave problema que los criterios interpretativos del Tribunal Supremo (su lectura de la letra de la ley) no posean mayor eficacia vinculante y carácter general (45). Además, gran parte de las construcciones jurídicas de la teoría del delito que configuran instituciones básicas de la «Parte general» del Derecho penal, se desarrollan *extra legem* o por vía consuetudinaria. El sistema vigente carece con frecuencia de referencias a los problemas o proporciona puntos de apoyo accidentales o escasamente significati-

---

(42) J. CÓRDOBA RODA, «Consideraciones sobre la jurisprudencia penal», *RJC*, 1974, pp. 119 y ss.

(43) R. ALEXY, «Teoría de la argumentación jurídica» (Trad. M. Atienza-I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 p. 265: (J. 13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J. 14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

(44) M. GASCÓN ABELLÁN, «La técnica del precedente y la argumentación racional», Madrid, 1993, p. 12: ... cualquiera que sea su suerte en un determinado sistema normativo y jurisdiccional, respetar el precedente constituye una exigencia de una argumentación que se quiera racional, pues encarna nada menos que uno de los principios de corrección kantianos cual es el principio de universalización. Dicho de otro modo, el papel que en el ámbito de la moralidad desempeña aquella regla de comportarse según el principio que pudiéramos querer como ley universal, lo desempeña el respeto al propio precedente en el ámbito jurídico...

(45) Véase E. BACIGALUPO ZAPATER, «El Tribunal Supremo y la unidad del orden jurídico-penal», en *AP* núm. 44, 1993, pp. 647 a 654. También P. SALA SÁNCHEZ, discurso de apertura del año judicial 1993-1994, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 117, 23 septiembre 1993, donde considera desviación del principio de seguridad jurídica las contradicciones procedentes del propio ámbito judicial, es decir, las situaciones que se producen en términos generales cuando los Tribunales de justicia, cualesquiera que sean su grado y el orden jurisdiccional a que pertenezcan, llegan a soluciones distintas e incluso enfrentadas en presencia de presupuestos jurídicos y de hechos substancialmente iguales. En igual sentido M. LÓPEZ GALINDO, «Más sobre la imparcialidad objetiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 28 octubre 1993, «... si cualquier órgano jurisdiccional parte de la admisión de unos presupuestos fácticos y jurídicos substancialmente iguales a los tenidos en cuenta en decisiones reiteradas del TS que expresen una línea interpretativa clara y segura y que, consecuentemente, hayan dado satisfacción al principio de igualdad, no podrá apartarse de la misma precisamente por algo tan sencillo como es la sumisión a la Constitución y a la ley, y ello no sólo porque el TS es superior en todos los órdenes, sino principalmente porque es el constitucionalmente encargado de proveer a la satisfacción del principio de igualdad cuando de órganos jurisdiccionales distintos se trata».

vos para la formación de conceptos. Por ejemplo, la punibilidad de la comisión por omisión; el pensamiento de la imputación objetiva y el análisis de la relación de causalidad en el nivel de la tipicidad; la distinción entre autor y partícipe y la misma teoría de la participación; la inclusión en el tipo subjetivo de algunos delitos de esenciales requisitos, etc. (46) (47). Si el juez anglo-americano completa la ley en tales cuestiones con el sistema de precedentes propios del *common law*, no es menos cierto que el juez de la tradición continental halla en los precedentes criterios de interpretación e integración de la ley penal. Los mismos incorporan tanto la experiencia jurídica que la casuística aporta, como las soluciones doctrinales que sucesivamente abordan la comprensión de los problemas. Así, si el sistema angloamericano de vinculación al precedente tiene como manifestación inmediata el que los juristas de tal tradición prefieran invocar casos que han hecho jurisprudencia, antes que basarse en una lectura estricta de la ley (48), no cabe negar que *en realidad* tal proceder es similar al que deben llevar a cabo los juristas continentales en la práctica forense. Si tal forma de operar implica la convicción de que el auténtico significado de las previsiones legales se desprende de la forma en que los tribunales han interpretado las mismas, es posible que, en este ámbito, las diferencias entre ambos sistemas sean menos notables de cuanto pudiera parecer.

### III

1. Pese a que, en la sistemática anglo-americana, todo delito requiera el concurso de numerosos elementos (elemento objetivo, elemento subjetivo, coincidencia del elemento objetivo con el subjetivo, nexo de causalidad y resultado), los principios fundadores de la responsabilidad penal en ese ámbito se derivan de un brocardo de evidente inspiración canónica: «*actus non facit reum nisi mens sit rea*». Éste ha representado una expresión sintética de los dos pilares de cualquier experiencia penal (1) el elemento material del *delito* (*actus reus*) y (2) el elemento psicológico del mismo (*mens rea*).

---

(46) A. TORÍO LÓPEZ, «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Profesor J. M. Rodríguez Devesa*, UNED, Madrid, 1989 pp. 387 y ss.

(47) Por otro lado «... son ya muchos los autores que desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido de modo más o menos expreso que el objeto central de la reflexión jurídico-penal no son los textos legales de un determinado Derecho positivo nacional, sino algo diverso de éstos». J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 105.

(48) G. P. FLETCHER, *En defensa propia*, Valencia 1992, p. 48, trad. F. Muñoz Conde-F. Rodríguez Marín.

*Actus reus* y *mens rea* son los elementos principales en los que se articula el análisis que el jurista de esta tradición hace del delito. La misma guarda cierta similitud con la distinción continental entre *tipo* y *culpabilidad*. Aunque, y como señala Nino (49), el paralelo entre estos dos pares de conceptos (*actus reus-tipo* y *mens rea-culpabilidad*) está más cercano a la caracterización de tipo y culpabilidad de la estructura clásica del delito que a la de la moderna (50). A ellos se añade un tercero en el que con el nombre de *defenses*, que se refiere al uso práctico que de él puede hacerse en el proceso, se recogen instituciones muy diversas desde el punto de vista de nuestra lógica jurídica: error, causas de justificación, causas de exculpación, causas personales de exclusión de la pena, etc. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que en este ámbito no se concede a la distinción entre excusas y justificación la misma relevancia que en el sistema continental.

2. En el lenguaje jurídico norteamericano, la expresión *actus reus* no expresa solamente aquello que nosotros denominamos «acción», es decir, la conducta consistente en un hacer (el *criminal act* (51)), sino que se refiere a dicha acción calificada por los elementos que la complementan y, además, también a la omisión, el resultado, y cualquier otra circunstancia relevante para el Derecho penal. A la vez, expresa una posición o un comportamiento material y voluntariamente asumido por un sujeto («*bodily position*») (52). Así, formará parte de este elemento objetivo la voluntariedad (*voluntariness*), quedando excluido el *intent* o intención, que constituirá el elemento subjetivo del delito. La acción, así considerada, consistirá en el efecto objetivo producido en el mundo externo por el libre ejercicio de las facultades internas de una persona, y provocado por un impulso de la voluntad. Forman parte de este concepto tanto la acción como la omisión, y ya en esta sede se produce, como consecuencia de lo dicho, la primera exclusión: la de las conductas invo-

---

(49) C. S. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, p. 106 y ss. Esta obra, cuyo original inglés fue presentado como tesis doctoral del autor en la Universidad de Oxford, constituye el intento más riguroso desde la perspectiva del «*civil law*» de establecer un entendimiento paralelo entre las estructuras dogmáticas de la teoría continental del delito y las propias de la tradición del *common law*. Cfr., además, la valoración de tal obra efectuada por J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 44 (7).

(50) NINO, *Los límites*, p. 107, «... Beling clasificó las circunstancias externas como parte del tipo y las actitudes subjetivas como parte de la culpabilidad, mientras que en la versión actual, el tipo abarca todas las circunstancias fácticas del delito (objetivas y subjetivas) y la culpabilidad consiste en juicios normativos sobre dichas circunstancias».

(51) R. N. BOYCE-R. M. PERKINS, *Criminal Law and Procedure*, 7.<sup>a</sup> ed., Nueva York, 1989, pp. 311 y ss.

(52) CROSS/JONES/CARD, *Introduction to Criminal Law*, Londres, 1988 p. 57.

luntarias (53). Se estudia aquí, asimismo, la institución de la «acción continuada», equivalente conceptual de la de «unidad de acción» (54) (55). La voluntariedad de la conducta de una persona forma parte, asimismo, del elemento objetivo del delito, aun siendo la volición un proceso de naturaleza interna. En efecto, la conducta,

---

(53) Al respecto, J. L. EDWARDS, «Automatism and Criminal Responsibility» (1958) 21 MLR, pp. 375 a 379-80 conceptualizando el «act» como expresión de la voluntad del sujeto. Asimismo H. L. A. HART, «Prolegomenon to the Principles of Punishment. Punishment and Responsibility», Oxford, 1968, pp. 101-102.

(54) Jackson v. Commonwealth 100 Ky 239, 34 SW 14, 1896 donde se sostiene que el ocasionamiento de muerte efectuado en una secuencia de actos es en realidad un acto continuado ya que todas las secuencias forman parte de un único intento criminal.

(55) Para las citas jurisprudenciales debe tenerse en cuenta la existencia en los Estados Unidos de una doble estructura judicial, la federal y la estatal. La organización de los jueces estatales varía de un Estado a otro, aunque básicamente es reconducible a dos modelos: el de doble nivel y el de triple nivel. El sistema de doble nivel corresponde, por regla general, a los Estados más pequeños o menos poblados y, en él, de los Tribunales de primera instancia que reciben diversas denominaciones (itinerantes, de circuito, de distrito, Superior o, incluso, Supremo), puede recurrirse en apelación directamente ante el Tribunal Supremo del Estado. El sistema de triple nivel introduce una instancia intermedia a las referidas, el Tribunal de Apelación, las resoluciones del cual pueden recurrirse en apelación ante el Tribunal Supremo del Estado. Debe aquí introducirse la salvedad de que, en los casos de condena a muerte y en los casos que afectan a cuestiones de Derecho constitucional, se pasa siempre directamente del primer al tercer nivel. Por cuanto respecta a la estructura federal, la misma se compone de tres niveles, el primero, compuesto por los Tribunales de Distrito Federales, las resoluciones de los cuales pueden ser recurridas en apelación ante los Tribunales de Circuito o Tribunales de Apelación de los Estados Unidos. De los Tribunales de Circuito puede accederse, también en apelación, ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con la importante salvedad de que para dicho Tribunal constituye jurisdicción discrecional entender tanto de las apelaciones a las resoluciones de los Tribunales Federales como a las de los Tribunales estatales que impliquen temas concernientes a Derecho federal. Así, el sistema de citas funciona del siguiente modo: Por ejemplo, en 408 U. S. 238 (1972). Las citas suelen empezar con el número del volumen (aquí el 408). Después se da el nombre de la colección de la cual forma parte el volumen en cuestión. Los casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se recogen en una colección que de forma abreviada se denomina «U.S.». Los casos de los tribunales federales inferiores vienen en una colección que de forma abreviada se denomina «Fed.» o «Fed. Sup.». Ej.: *Blanks v. Richardson* 439 Fed. 2d. 1158 (5th Circuit, 1971). El segundo número de la cita es el número de página del volumen mencionado (238 1158). Finalmente se indica la fecha. Así, en *McIlvaine v. Pennsylvania State Police* 454 Pa 129, 309 Atl. 2d. 801 (1973), la abreviatura del Estado (Pa.) señala la serie de volúmenes en donde se publican las sentencias del Tribunal Supremo de Pennsylvania. «Atl.» significa Atlántico y la referencia se hace a las colecciones que agrupan la doctrina según las regiones del país (Pennsylvania, Delaware y New Jersey forman parte de los Estados de la región del Atlántico, a nivel federal se correspondería con el tercer circuito de los trece existentes). Si hay varias series de volúmenes la colección empieza a veces con una indicación de segunda («2d.») o incluso tercera serie.

sea activa u omisiva, debe ser producto de la voluntad, en el sentido de que ésta debe ser consciente, y debe serlo, asimismo, el sujeto agente. La voluntariedad es la consciencia que tiene la mente de las acciones del cuerpo. Por tanto, se excluyen ya aquí los comportamientos efectuados bajo la influencia de la hipnosis (56), durante el sueño, cometidos en estado de sonambulismo (57), o los actos reflejos, ya que estas situaciones suponen la inexistencia de una consciencia mental como origen de tal acción. En términos de neuroanatomía y de fisiología (58), la referencia a los cuales es cara a los juristas anglosajones, todo acto que sea producto de una orden que tiene su origen a nivel cortical es un producto de la voluntad, mientras que todo acto que sea producto de una reacción espinal localizada, o de un reflejo subconsciente, no es voluntario (59). Se introduce, asimismo, en esta fase del elemento objetivo, el estudio de los problemas que plantea lo que en la tradición continental se conoce como *actio libera in causa*:

Así por ejemplo en *State v. Mercer*, 275 NC 108, 1969, donde el Tribunal Supremo de Carolina del Norte precisó que el estado de inconsciencia no era una *defense* aplicable en todo caso. Por ejemplo si la inconsciencia era debida a una intoxicación voluntaria, una posibilidad de pérdida temporal de la consciencia hubiera debido ser prevista por el hombre razonable en el momento de conducir un vehículo de motor siendo conocedor de tal circunstancia (60).

De las dos posibles manifestaciones de la conducta (acción y omisión), debe hacerse referencia a la gran repugnancia que existe en el ámbito del *common law* a la incriminación de las omisiones (61). Los criterios de valoración de la existencia de un delito de omisión consisten en establecer si una persona tiene los medios, la facultad y la capacidad de actuar, y en si es objetivamente consciente de la existencia de este deber de actuar frente a la ley. La responsabilidad omisiva puede, entonces, surgir: (1) de una fuente norma-

(56) Fain v. C. 78 Ky 183 (1879).

(57) Model Penal Code, & 2.01 (2) (c), American Law Institute.

(58) M. CHERIF BASSIOUNI, «Diritto Penale degli Stati Uniti d'America (Substantive Criminal Law)», Milán 1986, pp. 197 y ss.

(59) Cfr., al respecto, J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas"», *ADPCP*, 1986, pp. 905 y ss. Asimismo, G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, pp. 420 y ss.

(60) En *P. v. Pecina*, 157 NY S. 2d. 558, 2 NY 2d. 133 138 NE 2d. 759 (1956), el tribunal consideró que un epiléptico que tuvo un ataque mientras conducía podía ser acusado de homicidio imprudente por las muertes provocadas por no haber previsto la posibilidad de padecer el ataque.

(61) A. ASHWORTH, «The scope of criminal liability for omission» (1989) 105 *LQR* 424 pp. 430-432. A. H. LOEWY, *Criminal Law*, 2.<sup>a</sup> Ed., St. Paul Minnesota, pp. 121 y ss.

tiva; (2) de un contrato; (3) de la conducta específica de una persona (62), y (4) [sólo en el *common law* propio de Inglaterra (63), no en el Derecho penal de los Estados Unidos (64)], por la existencia de deberes morales. No es, pese a todo, fácil establecer cuándo se está en presencia de un deber de actuar cuya omisión de origen a responsabilidad criminal. Las hipótesis de responsabilidad por omisión son reconducibles a las de existencia de particulares vínculos entre reo y víctima (*relationship*) o a la derivada de un deber de cuidado voluntariamente asumido (*duty of care*), o al deber de controlar la conducta de otros (65).

3. Por cuanto respecta a la relación de causalidad (*chain of causation*) entre conducta y resultado, la experiencia jurídica anglo-americana recorre itinerarios conceptuales que nos son familiares, empezando por la vigencia de la doctrina de la *condicio sine qua non* (*but-for causation*). En este orden de ideas se distingue la causalidad natural de la jurídica, considerando esencial para la segunda que la acción, además de ser *but-for causation*, sea también *imputable cause*; esto es, que sea una condición no sólo necesaria sino también estrechamente conectada con el resultado. En efecto, el comportamiento del reo debe reflejar la intención y debe, asimismo, constituir la causa directa del resultado (66). Así, un sujeto no puede ser considerado responsable de las consecuencias remotas e indirectas que, según la racional previsibilidad, no podía esperarse que derivaran de su comportamiento. Se utiliza, para la introducción de la restricción, el criterio de la *reasonable foreseeability*, paralelo al de la previsibilidad *ex ante* para el autor. En esta sistemática, las concausas antecedentes y concomitantes no excluyen la relación de causalidad, si las sobrevenidas. Se consideran, asimismo, causa los resultados lesivos o peligrosos que la víctima ha provocado o contribuido a provocar por miedo a la conducta del sujeto agente (67). No existirá relación de causalidad cuando (1) la conducta del agente haya sido sustituida por factores independientes sobrevenidos, sean naturales o producidos por el hombre (68); (2) si a la conducta del agente se

(62) Al respecto, KIRSCHMEIER, «Criminal omissions», 55 Hrv LR 615, 1942.

(63) «Good Samaritan Act», *vid.* S. VINCIGUERRA, *Introducción*, pp. 146-150.

(64) Pese a ello, véase J. FEINBERG, «Harm to Others» Oxford, 1984, p. 133.

(65) LAFAYE-SCOTT, *Criminal Law*, pp. 205-206.

(66) *Treadwell v. State*, 16 Tex., 560, 1884.

(67) Sobre la utilización de criterios próximos por parte del Tribunal Supremo español, exigencia de «causalidad eficiente», «principal», «primera y eficiente», y la acogida por el mismo de la doctrina de la interrupción del nexo causal y de la prohibición de regreso, véase S. MIR PUIG, «Derecho penal. Parte General», 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 242 y ss.

(68) *State v. Wood*, 53 Vt, 1881. Caso en el que el acusado había producido heridas mortales que seguramente hubieran producido la muerte de la víctima, y a



añaden factores sobrevenidos independientes y no ha sido la causa determinante del resultado (69) y (3) si las consecuencias de la conducta del autor no han seguido el curso natural probable, sino que han sido interrumpidas o desviadas por circunstancias independientes de su control y fuera de su posibilidad de representación. Actualmente, el desarrollo del problema de la causalidad se expresa en el *Model Penal Code* (70) en términos similares. Por lo que respecta al *error in obiecto*, éste se resuelve como en los países de derecho codificado, en favor de la irrelevancia del error. Las situaciones de *aberratio ictus* se resuelven también en favor de la irrelevancia de la diferencia entre el curso de acción intentado y el que realmente se produjo, según la doctrina de la llamada «malicia transferida» (*transferred malice* o *transferred intent*) (71) (72).

4. En cuanto hace referencia al elemento psicológico del delito, *intent* o *mens rea*, tal requisito expresa la exigencia de una mente culpable, esto es, de actitudes subjetivas que hacen al agente moralmente reprochable (73), lo que constituye una construcción paralela a la de la teoría normativa de la culpabilidad, que identifica culpabilidad con reprochabilidad (74). El «*intent*» es, pues, el estado mental subjetivo del autor que acompaña a la realización del elemento objetivo del delito. El mismo puede ser de dos tipos: genérico y específico.

---

continuación, un tercero que no tenía ninguna relación con el acusado, había golpeado al herido acelerando su muerte. El tribunal declaró: si un hombre inflige una herida mortal, como consecuencia de la cual la víctima está muriendo, y a continuación una segunda persona mata al moribundo con una acción independiente de la primera, no vemos cómo puede decirse que el primero le ha matado sin caer en el absurdo de afirmar que la víctima ha sido asesinada dos veces». Cit. por BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 245.

(69) R. V. Jordan, 40 Crim. App. R. 152 1956. El tribunal revocó la condena de un acusado de homicidio que había apuñalado mortalmente a una persona. Dos pericias médicas probaron que la muerte no se había producido a consecuencia de las puñaladas, sino a la intolerancia a algunos antibióticos y a la inyección intravenosa de un líquido en cantidad excesiva. Cit. por BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 245.

(70) Model Penal Code, American Law Institute.

(71) Arnold H. LOEWY, *Criminal Law*, pp. 121-123. Con similar criterio, SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, pp. 51 y ss. sosteniendo la irrelevancia de la identidad de la víctima para evaluar la intención del agente.

(72) BOYCE-PERINS, *Criminal Law*, pp. 564 y ss.

(73) En *United States v. Currens* 290 F. 2d 751 (3er. Circuito 1961), Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, el portavoz del parecer del Tribunal, Juez Biggs, basa el concepto de *mens rea* en la consideración de que una persona tiene capacidad para controlar su conducta y para escoger entre posibilidades alternativas de comportamiento.

(74) C. S. NINO, *Los limites*, p. 158.

El *intent* específico se divide en los denominados *intent* y *knowledge* (conocimiento), y el genérico abarca los estados mentales de *foreseeability* (previsibilidad), *recklessness* (indiferencia) y *criminal negligence* (negligencia criminal). Así, el *Model Penal Code* reconoce cuatro diversas formas de estado mental culpable: *intent*, *knowledge*, *recklessness* y *negligence*. Todas las formas de *intent* forman parte del elemento subjetivo, y cada delito en particular puede requerir una o más de estas formas de *intent*. Esto es, los habrá que tan sólo permitan su realización con *intent*, y, dado el sistema de *numerus clausus* imperante en materia de imprudencia, los habrá que admitan su comisión con, por ejemplo, *criminal negligence*. Esto vale tanto para los delitos del *common law* como para los de previsión legislativa. Así, los delitos del *common law*, en los Estados en que éstos siguen existiendo (75), definen el elemento subjetivo requerido y su forma específica a través de los precedentes judiciales.

El *intent* específico implica un elevado grado de certeza por cuanto respecta a la conducta adoptada, y de conocimiento respecto del resultado previsto. El *intent* se denomina *direct*, o más simplemente *purpose*, cuando el resultado no es simplemente una consecuencia previsible de la conducta del agente, sino algo que el mismo decide perseguir como medio o como fin de su acción: como mínimo ha constituido parte de la razón por la que ha actuado de un determinado modo. Se incluyen en esa forma de *intent* las hipótesis de *oblique intention*, en las cuales una consecuencia, aunque no deseada por el agente, se prevé como efecto colateral necesario de aquello que el sujeto sí se propone directamente. Éste es un *cognitive state*, porque concierne a lo que el sujeto sabe o conjetura, mientras que la *direct intention* es un *volitional state*, en cuanto concierne a aquello que un sujeto quiere, como fin en sí mismo o como medio para obtener otra cosa. Se identifican, estos estados mentales, con lo que los dogmáticos continentales denominan, respectivamente, dolo directo de primer grado y dolo de consecuencias necesarias.

Dentro del *intent* específico, por seguir con una terminología paralela a la del MPC, el *knowledge*, o conocimiento, «representa el grado más elevado de la facultad especulativa del sujeto, y consiste en la percepción de la verdad de aserciones positivas o negativas. Mientras que la suposición admite todos los niveles, desde la sospecha más tenue a la afirmación más categórica» (76). Tal concepto se correspondería con el de «malicia implícita», propio de la dogmática del homicidio en derecho inglés, y que fue definido por *Stephen* en la clásica formulación de su «*Digest*» de 1877 (art. 223): «b) El

(75) LAFAVE-SCOTT, *Criminal Law*, pp. 68 y ss. En los nuevos códigos promulgados a partir del MPC no siempre se han abolido los *common law crimes*.

(76) *Montgomery v. Commonwealth*, 189 Ky 306, 1920 cit. BASSIOUNI, *Diritto Penale*, pp. 218 y ss.

conocimiento de que el acto que se ejecuta causará probablemente la muerte o un grave daño corporal a una persona, aunque tal conocimiento vaya acompañado de una actitud de indiferencia acerca de tal muerte o daño corporal, o de un deseo de que ninguno de los dos se produzca» (77). Por consiguiente, el conocimiento es un elemento del *intent* específico, ya que la *mens rea* es la combinación de hechos cognitivos, expresados por una conducta voluntaria, y la suposición de que una persona sabe lo que hace: este conocimiento supone la consciencia de las consecuencias que el agente puede presumiblemente esperar. El conocimiento no es, pues, la razón por la cual se hace una cosa, pero sí al grado de percepción sobre la base del cual se realiza una valoración mental. Por tanto, el conocimiento consiste en una apreciación de hecho que, una vez interpretada por la mente, crea una convicción sobre la existencia verdadera y real de los datos percibidos. Los razonamientos utilizados para la aprehensión de la categoría del *knowledge* discurren en el marco de los problemas que afectan a la institución del dolo eventual en los países de Derecho codificado. La diferencia entre el conocimiento, que entra en el *intent* específico, y la previsibilidad, que entra en el genérico, y el diferente tratamiento penológico que tal distinción implica, dependerá del grado de fluctuación entre la casi seguridad y la probabilidad (78).

Por cuanto respecta al denominado *intent genérico*, éste se manifiesta a través de una conducta del sujeto que constituye una desviación de los estándar de conducta requeridos por la normal diligencia. Implica un cierto grado de previsibilidad de las posibles consecuencias de la conducta y expresa falta de adecuación a tales estándar, a los cuales es obligado y usual atenerse. Las formas más comunes del *intent genérico* son: *recklessness* y *criminal negligence* (79). Así, cuando la desviación de los estándar de diligencia sobrepasa los límites de lo tolerable, la responsabilidad criminal del sujeto se mide en función de la entidad de la desviación. Una desviación grave, generalmente definida *recklessness*, y en ciertos casos *criminal negligence*, establece un determinado grado de responsabilidad que dependerá, además, de la naturaleza del delito. Si bien es cierto que algunos delitos sólo pueden ser cometidos con *intent específico*, la mayor parte de aquellos para los que es necesaria la concurrencia de *mens rea* requieren como alternativa a la intención la *recklessness*. Ésta representa una categoría intermedia entre la *intention* y la *inadvertent negligence*, la culpa inconsciente, que se considera ajena a la *mens rea*. La desviación de la norma de cuidado constitutiva de *recklessness* debe ser tal que refleje un evidente des-

(77) Cit. por NINO, *Los límites*, p. 137.

(78) Al respecto, H. L. A. HART, «Intention and Punishment», en *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, pp. 126-127.

(79) BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 226.

cuido por el riesgo que la conducta puede hacer correr a otras personas. Se basa sobre el presupuesto de que el comportamiento deliberado de un sujeto que se desvía en modo sustancial de los estándares de conducta previstos y referidos a la persona de normal diligencia, implica la previsibilidad de las consecuencias naturales o probables de tal conducta y evidencia, además, un estado mental relevante.

Así, si el hecho cometido es constitutivo de un homicidio, la acusación será de *manslaughter* (80). Si la desviación de la norma de conducta sobrepasa los límites de *recklessness*, dará lugar a un nivel de responsabilidad más grave.

Los niveles de diligencia se establecen como sigue: 1) Conducta estándar basada sobre la idea de atribuir a la persona una común razonabilidad; 2) ligera desviación de la conducta estándar no penalmente relevante, aunque sí perseguible en sede civil; 3) desviación grave de la conducta estándar —*recklessness* y *criminal negligence*— que determina una cierta responsabilidad penal, generalmente inferior al grado máximo de responsabilidad señalado para un delito dado. Por cuanto a la *negligence* respecta, esta última constituye la forma más leve de culpabilidad relevante en sede penal y viene definida en los siguientes términos: «Una persona actúa con negligencia respecto al elemento material de un delito cuando debía ser consciente del riesgo sustancial e injustificado asociado a su comportamiento. El riesgo debe ser de tal naturaleza y entidad que la falta de percepción por parte del sujeto agente, vista la naturaleza y los fines de su conducta así como las circunstancias por él conocidas, implique una grave desviación de los estándares de diligencia que una persona razonable hubiera observado en las mismas circunstancias» (81).

5. Es común en la doctrina penal norteamericana contemporánea establecer la distinción, en el capítulo de las *defenses*, entre *justification* y *excuse*. Las *justifications* son los factores de exclusión de la *wrongfulness* (injusticia) de la conducta. Su concurrencia produce el efecto de que la conducta llevada a cabo por el sujeto se considere permitida por la ley: se establece que el sujeto tenía perfecto derecho a actuar como lo hizo. Y operan, tal y como sucedía en el sistema continental bajo la vigencia del causalismo naturalista clásico, por el simple hecho de concurrir, esto es, prescindiendo del conocimiento que sobre las mismas tenga el sujeto. Constituyen *excuses* las circunstancias que aun manteniendo intacta la injusticia de la conducta del acusado, la disculpan por

---

(80) Se define el *manslaughter* como un homicidio cometido sin premeditación. Es definido *voluntary* cuando sobreviene en circunstancias en las que falta una intención deliberada de matar (por ejemplo, en el transcurso de una riña); e *involuntary* cuando tiene lugar durante la realización de una conducta, sea ésta lícita o delictiva, pero sin observar la necesaria cautela o reunir la competencia requerida.

(81) MPC Sec 2.02 b).

razones personales (82). Tal distinción, que se basa directamente en la teoría general del Derecho penal, no obvia el hecho de que las *legal defenses* constituyen un conjunto de hipótesis que no tienen ningún fundamento lógico común. Entre ellas encontraremos causas de justificación, factores de exclusión del dolo y factores de exclusión de la imputabilidad (83). En general, las *legal defenses* se reúnen en cuatro grupos: 1) Condiciones que excluyen la existencia de uno o más elementos del delito; 2) condiciones que exoneran al imputado de toda responsabilidad penal aunque se hallen presentes todos los elementos constitutivos del delito; 3) condiciones que justifican la comisión de un acto que sin su concurrencia sería delictivo; 4) concesiones legales por las cuales, aunque se haya cometido un delito, la justicia no debe recurrir a la imposición de una pena (84). Así, el error (de hecho y de Derecho), la minoría de edad (establecida la mayoría a partir de los trece o catorce años), el cumplimiento de un deber, el consentimiento, el estado de necesidad, la legítima defensa, la enfermedad mental, la imposibilidad y la provocación, cada una con su propia fundamentación y características, constituyen un cuadro bastante aproximado del conjunto de las invocadas ante los tribunales.

6. El breve e incompleto recorrido efectuado por las instituciones sustantivas del Derecho penal anglo-americano apunta, obviamente, la identidad de los problemas abordados desde su sistemática con los analizados por la teoría continental del delito. Además, evidencia la sensación de familiaridad que puede experimentarse entre la técnica de abordaje de dichos problemas efectuada por ambas perspectivas. En efecto, sociedades que participan de los mismos o similares hábitos y tradiciones, sobre todo de las nociones de bien y mal que nos reintegran con nuestro pasado griego y hebreo y cristiano y humanista, no difieren esencialmente ni en los dilemas a plantearse ni en los intentos de resolución de los mismos. Una experiencia penal racional tiende, sin duda, a avanzar por espacios comunes. El elemento material del delito, el intelectual y el volitivo, la justificación y la excusa, describen un esfuerzo sintético y civilizado, en las culturas que participan del mismo, para hallar soluciones lógicas e igualitarias al hecho criminal. En su fundamental obra sobre, entre otras cosas, el Derecho inglés, efectúa *Nino* una advertencia perfectamente extrapolable al caso norteamericano. Ciertamente pueden resultar

---

(82) G. WILLIAMS, «The theory of excuses», *CLR*, 1982, donde se refiere al hecho de que normalmente una *justification* es una *defense* en función de la cual el hecho resulta socialmente aprobado en un juicio de ponderación, o la sociedad es neutral ante el conflicto que se plantea entre dos intereses. En cambio, constituye *excuse* una *defense* que implica una negación del *state of mind* prohibido, o afirma que el agente no era plenamente libre o responsable.

(83) G. FLETCHER, *Rethinking*, pp. 759-760.

(84) BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 252.

chocantes para el jurista continental algunas de las soluciones propuestas en tal contexto legal. Pero, pese a lo justificado de tal reacción, conviene no olvidar que hay muy pocos países en el mundo en que las garantías individuales reciban la misma protección que en este espacio jurídico (85).

---

(85) Tal vez a ello contribuya el desarrollo de los mecanismos procesales y constitucionales que confluyen en el sistema penal y que articulan un complejo entramado de garantías. Cabría señalar, por ejemplo, el papel de las «Rules of Court», peculiaridad del sistema procesal norteamericano, de carácter estatal y que constituyen una pequeña ley de enjuiciamiento criminal, con la particularidad de estar la misma elaborada en asambleas estatales constituidas por profesores de universidad, abogados, jueces y fiscales. Éstos elaboran su redactado, que después pasa a la convención anual de Jueces del Estado. Posteriormente se aprueban por el Tribunal Supremo de cada Estado y se publican en forma de códigos.

# Principio de oportunidad y sistema penal

DULCE MARÍA SANTANA VEGA

Profesora de Derecho penal UPLGC

«Ser libres significa  
no depender de nadie,  
nada más que de la ley.»  
(Voltaire)

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Que la Administración de Justicia, en sus diferentes órdenes (aquí nos vamos a centrar en el penal), está en crisis es una afirmación que muy pocos se atreverían a negar. A esta conclusión se llega no sólo a través de estudios estrictamente jurídicos (1), sino también desde sugerentes e innovadores análisis económicos (2).

Pero con ser triste lo certero de esta aseveración, quizá lo sea más la antigüedad de la misma. En efecto, la LECr. de 1882 ya lo ponía de manifiesto al decir en su Exposición de Motivos: «... los españoles... lejos de haber adquirido **confianza** en la Justicia y de

---

(1) Resulta a este respecto significativa la rúbrica elegida para el I Congreso de Derecho procesal de Castilla y León: «Crisis de la Justicia y Reformas Procesales», 1988; *vid.* también, entre otros: con sutil, cuando no lacerante ironía, RAMOS MÉNDEZ, «De como hacer las reformas procesales (manual del aprendiz de legislador)», en *Estudios procesales en honor de Víctor Fairén Guillén*, 1990, pp. 461 y ss.; GUTIÉRREZ ALVIZ, «Crisis de la Justicia y Reforma del Proceso penal», *RDP* (2), 1988, pp. 82 y ss.

(2) *Vid.* PASTOR PRIETO, «Administración de Justicia y Derecho procesal», en *Sistema jurídico y económico. Una introducción al análisis económico del Derecho*, 1989, pp. 206 y ss.; el mismo, «Elementos para un análisis económico de la Justicia. El gasto público en Justicia en España», en *Hacienda Pública Española*, pp. 155 y ss., 1990; el mismo, «El Análisis económico del acceso a la Justicia», en *Información Comercial Española* (687), 1990, pp. 23 y ss.

coadyuvar activamente en su recta administración, han formado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles». Esta vieja preocupación que expresaba nuestro legislador decimonónico parece nueva para el reformador de 30 de abril de 1992, quien, explicando las causas de las medidas urgentes que implanta, se expresa en los siguientes términos: «... se trata de mecanismos de agilización cuya posible utilización se deja en manos del Ministerio Fiscal y el Juez, de forma que se abra un margen de desarrollo de una política de represión penal que pretenda reforzar la **confianza** en el Derecho y la Justicia...», y más adelante recalca, «que la inmediata impartición de la Justicia produzca sus efectos positivos en la comunidad, reforzando su **confianza** en la Justicia» (3).

Pues bien, en este contexto de crisis y de ansia, cuando no de obsesión, por la celeridad en el proceso penal como generadora de confianza ciudadana, es donde hay que ubicar al principio de oportunidad.

Define Gimeno Sendra dicho principio como la «facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado (4)». Sin embargo, este concepto no deja de ser embrionario ya que no incluye una serie de supuestos que tanto otros autores, como el propio hacedor de la definición, contempla como manifestaciones de aquél (5). Pero es que, además, y de ahí la dificultad de una defini-

---

(3) Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de reforma procesal, ley curiosamente ordinaria y no orgánica. Sobre ley orgánica y materia penal, *vid.* QUE-RALT JIMÉNEZ, «Código penal y ley orgánica», *ADPCP*, 1992, pp. 78-79, «si el principio de legalidad penal es un derecho fundamental, la legislación que constituye su desarrollo debe acontecer por ley orgánica».

No se libran tampoco de estos «despistes» otros ámbitos de nuestro Ordenamiento jurídico. Así, en relación con el art. 211 del CC, regulado también por ley ordinaria, *vid.* MENA ÁLVAREZ, «Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, 1983, pp. 494-496. Y en el mismo sentido, DOLZ LAGO, «El internamiento psiquiátrico civil en España: aspectos legales», en *Justicia* (IV), 1992, pp. 907-908.

(4) GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)», en *Justicia* (2), 1987, p. 350.

(5) Así en nuestra doctrina, ROLDÁN BARBERO (*Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica reactiva de los tipos penales*, 1992, pp. 171 y ss.), bajo la denominación de «adecuación social en su reflejo procesal», incluye momentos sociológicos no formalizados (falta de denuncia de delitos por miedo, desconfianza en la Administración de Justicia, etc.); en un sentido también amplio, BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en *PJ* (especial II), 1987, pp. 14 y ss., refiere la oportunidad a todo tratamiento penal que desencadena el hecho delictivo. Por el contrario, desde un



ción amplia y comprensiva, la regulación positiva de la oportunidad es ciertamente diferente en el mundo anglosajón, en donde se recoge con gran generosidad de variantes y efectos (6), de la más restrictiva regulación alemana (7). Por último, la equivocidad del término «principio de oportunidad» aumenta si se tiene en cuenta que lo que algunos autores denominan «oportunidad o selección reglada» no es más que, como tendremos ocasión de apreciar, «legalidad adulterada».

En verdad, la aplicación estricta del principio de legalidad en materia penal por parte de la Escuela Clásica, y, en consecuencia, por las legislaciones que se inspiraron en sus principios, reveló numerosas deficiencias en orden a la prevención especial (en concreto, incremento de las cifras de reincidentes) (8). Esta situación se tradujo en una relativa «desconsagración» del principio de legalidad (v. gr. Escuela Positiva), apareciendo progresivamente una serie de técnicas tendentes a la individualización penal, algunas de las cuales son consideradas, impropiaemente, como manifestaciones del principio de oportunidad (sentencia indeterminada, suspensión del fallo, condena condicional, perdón judicial...) (9). En efecto, todas estas institucio-

---

punto de vista restrictivo, CONDE-PUMPIDO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *PJ* (especial VI), 1989, p. 23, excluye del principio de oportunidad los casos de «oportunidad reglada».

(6) De las distintas modalidades de confesión de culpabilidad, la más extrema es denominada en Estados Unidos *plea bargaining*. A tenor de la Norma 11 de las Federal Rules of Criminal Procedure, define dicha institución en nuestra Doctrina DIEGO DÍEZ [«Principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *PJ* (especial IV), 1989, p. 38], como «las negociaciones llevadas a cabo entre el Fiscal y la defensa, en torno a la obtención de un acuerdo transaccional mediante el cual el acusado se confiese culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación de indulgencia hecha por el fiscal». Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN, «Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1988», en *Justicia* (1), 1989, pp. 11-22, considera recogido el *plea bargaining* en el art. 793.3 y 4 de la LECr. Añadiendo: «no me opongo demasiado al bargaining; sí a que penetre solapadamente, en tal crisis, e intentándose cambiar ex abrupto la manera de pensar de jueces, fiscales, acusadores particulares y, en general, de las partes; todo singularmente complicado y responsable. Y más, con tales oscuridades, que hasta ocultan o dificultan la comprensión de qué figura se halla escondida tras las defectuosas redacciones e inclinan hacia la confusión, comenzando por mí mismo. Para qué están las **Exposiciones de Motivos.**»

(7) Vid. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, 1991, pp. 46 y ss., GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, 1985, pp. 47 y 48.

(8) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª ed. (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Benítez Merino), 1986, pp. 60 y ss.

(9) MIR PUIG, *Introducción a la bases del Derecho Penal. Concepto y método*, 1976, p. 148, señala, refiriéndose al abandono de los estrechos márgenes en los que se movía el principio de legalidad, que «las actuales corrientes político criminales y

nes al determinarlas la ley, ser competencia de los órganos judiciales y ser impuestas tras un proceso completo, difícilmente se ajustan al concepto de referencia, no siendo más que una flexibilización del principio de legalidad en aras de la prevención especial.

Por lo tanto, circunscribiremos el concepto de oportunidad, *stricto sensu*, a aquel principio procesal, opuesto al de legalidad, aunque a veces se valga de su cobertura formal, en el que concurren los siguientes requisitos:

a) subjetivo: atañe sólo al Ministerio Fiscal;  
 b) objetivo: la actuación regida por la oportunidad se circunscribe al ejercicio de la acción penal (aunque esté formalmente condicionado por conceptos jurídicos indeterminados) y a la negociación del delito y/o de la pena.

c) teleológico: está dirigido a exceptuar las obligaciones que con carácter general impone la ley al titular público de la acción penal (10).

Pues bien, partiendo de este concepto, excluirémos del presente trabajo:

a) las técnicas de individualización penal (11);  
 b) la denominada «oportunidad judicial» referida a la facultad de sobreseimiento concedida al órgano jurisdiccional (12), y  
 c) la «oportunidad preprocesal», esto es, aquella que tiene lugar en el ámbito de la actuación policial (13).

---

iuscomparativistas abonan una relajación de este planteamiento. Ello es preciso tanto por la propia necesidad de justicia que obliga a tratar desigualmente a los casos desiguales, como por la función de prevención especial». En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 100, pone de manifiesto que «hasta ciertos límites bastante amplios la prevención general no se ve perturbada porque en algunos casos concretos, por razones de prevención especial, no se imponga, no se ejecute o no se cumpla totalmente la pena».

(10) ARMENTA DEU, *Criminalidad* (n. 7), 1991, p. 208. Esta autora, a quien hemos seguido en la estructuración del concepto, incluye dentro del elemento subjetivo, además, al órgano jurisdiccional.

(11) Éstas son denominadas por ARMENTA DEU, *Criminalidad* (n. 7), 1991, p. 210, gráficamente y esclarecedoramente, «criterios de oportunidad», diferentes, en todo caso, del «principio de oportunidad».

(12) ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, p. 184, considera viable, a través de una interpretación valorativa de la expresión «hecho no constitutivo de delito» del art. 637.2 de la LECrim., dar entrada a la oportunidad judicial en nuestro Derecho.

(13) *Vid.* a este respecto QUERALT JIMÉNEZ, *El policía y la ley*, 1986, pp. 84 y ss.; *Idem*, *Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial)*, 1990, pp. 154 y 157, «... la oportunidad supone no cumplir con la legalidad, limitando su alcance efectivo a un número de supuestos, por calidad y cantidad, menores de los que resultaría de una más exacta correspondencia entre el diseño legal y los hechos legalmente acaecidos». Esto da lugar a que la policía (por el número de archivos producidos, tipo de delitos y la siempre alegada falta de medios personales y materiales), «... tienda a seleccionar las conductas criminales sobre las

## II. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. SU INCIDENCIA EN LOS FINES DE LA PENA

Ha sido una tradición tristemente reiterada por nuestros diseñadores jurídicos, importar, como gran innovación y panacea de problemas, instituciones jurídicas en momentos en los que ya llevaban tiempo siendo cuestionadas en los países de origen. O, incluso, realizar esta importación sin preocupar la existencia de las condiciones necesarias para hacer funcionar aquellas instituciones en nuestro Ordenamiento. Esto parece estar pasando con el principio de oportunidad procesal, al introducirse manifestaciones del mismo a través de reformas parciales y urgentes o al postular su más amplia recepción. Y esto se hace así:

- a) sin pergeñar de forma global la nueva reforma procesal penal española (14);
- b) sin realizar la necesaria armonización de la legislación penal substantiva con la procesal (15);

---

que se va a operar...», olvidando que «... el legislador parece que ha querido ceñir la actuación policial lo más estrictamente posible al principio de legalidad, dejando a otros estamentos, y específicamente en la fase terminal del procedimiento, los aspectos más claramente discrecionales...». *Vid.* también, QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de policía judicial*, 2.<sup>a</sup> ed., 1989, pp. 43 y ss. En esta misma línea, ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Ministerio Fiscal entre el viejo y el nuevo proceso», en *La reforma del proceso penal*, 1990, p. 118, llama la atención sobre el incremento de las denominadas «**prácticas policiales autónomas**, es decir, no preordenadas a un proceso... al margen del régimen de garantías del proceso (y), en general, reservadas para los sectores más marginales de población, que así soportarían una forma explícita de **sobremarginación procesal adicional**.» (sa). *Vid.* también ORTELLS RAMOS, «Nuevos poderes para el Ministerio fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica», en *RDP* (2), 1990, p. 258, «En el campo de la pequeña y mediana criminalidad la policía lleva autónomamente la investigación hasta el final. El MF ordena pocas investigaciones complementarias y se limita a dictar la disposición de conclusión.»

(14) Así, GIMENO SENDRA, «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», en *RDP* (3), 1992, p. 520, después de manifestar la necesidad de un nuevo «Código penal de la Democracia», considera preciso renunciar a la política de las reformas parciales y acometer la promulgación de un nuevo Código procesal penal que sustituya nuestra centenaria LECr. de 1882.» En el mismo sentido, aunque con el convencimiento de la posibilidad de un código procesal general, ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULE, *Instituciones de Derecho procesal*, III, 1993, p. 30, manifiestan que «España necesita un nuevo código procesal y en el conjunto de los enjuiciamientos posibles hay que otorgar especial relevancia al enjuiciamiento penal dentro de un orden general, con novedades de importancia respecto del proceso actual, que responda como instrumento eficaz y garantizando a las exigencias, cada vez más patentes, que demanda la aplicación de las leyes penales.»

(15) En este sentido, la Memoria de 1992 del Consejo General del Poder Judicial, pone de manifiesto, en su apartado 1.3-2.º que «Son absolutamente indispensa-

c) sin detenerse a ponderar las significativas diferencias existentes entre, por ejemplo, el *Public Prosecutor o Attorney* anglosajón y el Ministerio Fiscal español (16) y,

d) lo que parece más grave, sin terminar de esclarecer los puntos de fricción entre el principio en cuestión y los parámetros de nuestra Constitución (17).

En efecto, las corruptelas y disfunciones a que dio lugar la generalizada utilización de la negociación, pese a ser concebida como una excepción en el ámbito del proceso penal, motivó que en Estados Unidos la *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*, emitiera un informe en el que se recomendaba la progresiva limitación de las negociaciones penales, hasta su total abolición en 1978 (18). En Alemania, país donde también funciona el principio de oportunidad desde los años veinte, «Der Spiegel», en el número 38 de 1993, califica la situación de la Justicia alemana «*Am Rande des Infarkts*» («Al borde del infarto»). Por ello, *das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege* (Ley para descongestionar la Administración de Justicia), propone la sustitución de las penas privativas de libertad de duración inferior al año por libertad vigilada, lo cual es ciertamente plausible. Pero, el método elegido para su imposición es el de un proceso escrito sin publicidad. La voces de los expertos, que apuntan reformas en otras direcciones, no se han dejado esperar. Así, por ejemplo, el presidente de la Audiencia de Darmstadt augura que la ley traerá más problemas que soluciones (19). En Japón, donde

---

bles reformas que adapten los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la nueva configuración del derecho material, atendiendo especialmente al nuevo contenido de la penalidad».

(16) Vid. SCHMID, *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, 1986, p. 78. Así, por ejemplo, los equivalentes a nuestros fiscales en Estados Unidos de Norteamérica, país de procedencia del principio de oportunidad, los «*district attorney, county attorney y states attorney*», son seleccionados no por el sistema de oposición, sino bien por elección democrática de la población, bien por designación (y, en su caso, remoción) del gobernador. Es, por lo tanto, un órgano político cuyos titulares, en caso de ser elegidos, lo son por periodos de dos a cuatro años, según los Estados, pudiendo presentarse de manera independiente o ser designados por partidos políticos; el mismo, *Strafverfahren und Strafrecht in der Vereinigten Staaten. Eine Einführung*, 1993, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 39 y ss.

(17) Este aspecto será abordado en el tercer epígrafe de este trabajo.

(18) Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Justicia a cien por hora. El principio del consenso en el procedimiento abreviado», en *Justicia* (1), 1992, p. 54. En el mismo sentido, FAIRÉN GUILLÉN, «Imagen preliminar y fragmentaria de las Reforma Procesal Penal a fines de 1991», en *RDP* (1), 1992, p. 27, señala a clásicos de la Doctrina procesal norteamericana que han levantado sus voces en contra del *plea bargaining*: Alschuler, Langbehn, Althuser etc. Y WEINREB, *Denial of Justice. Criminal Process in The United States*, 1977, p. 72, concluye: «a la vista de la escasa frecuencia de los juicios en nuestro país, nuestra insistencia en nuestra superioridad deja mucho que desear».

(19) Vid. sobre los antecedentes y proceso de progresiva asunción del principio

en 1945 —la fecha es muy significativa— fue establecido el sistema procesal norteamericano, los especialistas se inclinan ahora por la limitación del principio de oportunidad y la vuelta al modelo continental europeo (20). En Italia, tampoco se han hecho esperar las voces críticas hacia las modalidades de negociación penal de importación norteamericana, que en ese país tiene su traducción en el denominado *patteggiamento* (21).

Como se ve y por si sirviera de algún consuelo, no hemos sido los únicos en quedar deslumbrados y copiar el modelo procesal-cinematográfico norteamericano. Eso sí, hay que reconocer que hemos llevado a revelar las copias con cierto retraso, y que estamos tardando en apreciar que han salido borrosas.

Pero, ¿cuáles son las ventajas del principio de oportunidad que seducen a nuestra Doctrina más cualificada, llevándola a postular su recepción en nuestro Ordenamiento?

Señala Gimeno Sendra que «el fundamento del principio de oportunidad no hay que encontrarlo ni en la lenidad, ni en la arbitrariedad, sino en razones de utilidad o interés social, las cuales se concretan en el Derecho comparado en las siguientes causas (22) —tradúzcase «**ventajas**»— que iremos exponiendo y rebatiendo en los apartados siguientes:

a) «**La escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal**». Esto es, la denominada «criminalidad de bagatela», terminología generalizada

---

de oportunidad en el Derecho alemán, ARMENTA DEU, *Criminalidad* (n. 7), 1991, pp. 51 y ss. En cuanto a las críticas realizadas a la regulación del principio de oportunidad en Alemania, *vid.* SCHÖNE, «Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma)» en *Justicia* (3), 1989, pp. 700 y ss.; ARMENTA DEU, «Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos des-criminalizadores arbitrarios en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad» en *Justicia* (1), 1990, pp. 213 y ss.; SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)» (traducción Silvina Bacigalupo), en *Cuadernos del CGPJ* «Jornadas sobre la reforma del Derecho penal alemán», 1991, p. 51.

(20) SAITO, «El proceso penal japonés: un compromiso entre el modelo alemán y el angloamericano» (trad. Muñoz Conde), en *Justicia* (3), 1992, pone de manifiesto cómo en este país «el principio de oportunidad se vio inicialmente como una forma de evitar el excesivo costo económico de los procesos penales...» y reconoce que «recientemente se está produciendo en Japón un movimiento para limitar el principio de oportunidad».

(21) *Vid.* AMODIO, «Il modello acusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della Giustizia americana», en *Il processo penales negli Stati Uniti d'America*, 1988, p. VII y ss., augura que el Derecho procesal continental europeo estará pintado con los colores de la bandera norteamericana.

(22) Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, II, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, pp. 163 y ss.; *idem*, «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», en *RDP* (3), 1992, p. 517.

ya en la doctrina, y con la cual se quiere hacer referencia a hechos tipificados por la ley penal bien como falta, bien como delito, pero cuya reprochabilidad es, sin embargo, escasa (23). «La ventaja que se introduce aquí —sigue diciendo Gimeno— mediante la no persecución de estas infracciones, pese a su tipificación legal, es la de descongestionar la Justicia penal, al **eliminar** de ella la mayor parte de las infracciones menores o faltas que, en nuestro país son la mayoría y suelen acabar, tras la celebración del juicio, con la remisión condicional». En definitiva, se trataría con esta técnica de instaurar un principio de intervención mínima pero no en su correcto entendimiento y enclave sustantivo sino en un extraño ámbito procesal que le es ajeno. En consecuencia, la descriminalización de las conductas no se produciría por la deslegalización de las mismas, sino por la progresiva o intermitente inaplicación de determinados preceptos a través de la inactividad del órgano encargado de la persecución penal (24).

Es cierto, como ha puesto de manifiesto gráficamente Roxin, que en los Estados sociales se aprecia «una fácil huida hacia el Derecho penal». Pero, lo que no parece correcto es querer compensar esta situación, en sede procesal, por «una fácil escapada» a través del principio de oportunidad (25).

---

(23) Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas Mir Puig y Muñoz Conde), 1981, pp. 341 y ss. En el mismo sentido, la 4.ª ed. (trad. Manzanares Samaniego), 1993, pp. 227 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., 1990, pp. 567 y ss.; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, pp. 39 y ss.

(24) Sobre el correcto entendimiento del principio de intervención mínima, vid. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, pp. 59 y ss.; CABAÑAS GARCÍA, «El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada», en *Justicia* (4), 1990, p. 270.

Por lo demás, encontramos ejemplos del principio de intervención mínima en su adecuada aplicación legislativa: en la Exposición de Motivos del PCP de 1980; en la LO 3/1989, de 21 de junio, en donde dicho principio se erigió en el principal causante de la reducción numérica de las faltas del Libro III, principales generadoras de la mencionada criminalidad de bagatela y en el non nato PCP de 1992, cuya Exposición de Motivos señala como cuestión de fondo la de «si los bienes que se protegen merecen protección, si la conducta que se sanciona merece la sanción penal y si la sanción penal es la única o última de las medidas contra la conducta que se reprueba».

(25) Según estudios del Department of Justice, Bureau of Justice, realizados en 1984 bajo el título *The prevalence of guilty pleas*, Washintong, 1984, la relación entre juicios resueltos transaccionalmente y los decididos previa celebración de juicio era de once a uno (Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 50). Igualmente se hace eco de esta realidad, LÓPEZ-REY ARROJO, *Compendio de Criminología y Política criminal*, 1985, p. 96, al señalar que «en los Estados Unidos entre el 80 y el 90 por 100 de los casos penales se resuelven mediante el *plea bargaining* o regateo de admisión conforme al cual el defensor y el ministerio público llegan a un acuerdo sobre la modalidad del tipo delictivo que ha de admitir el imputado, lo que permite acelerar el proceso y llegar a la sentencia».

Dice Roxin, fundamentando el principio de intervención mínima, que si se utiliza la pena donde basten otros preceptos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, no sólo le falta al Estado la legitimación de la necesidad social, sino que la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales (26). Pero el Estado al que hay que referir esa legitimación es, obviamente, el «Estado-legislador» y no el «Estado-ejecutivo». De lo contrario, se estaría convirtiendo al Ministerio Fiscal en un pseudolegislator y volviendo a resucitar la vieja técnica medieval del desuso como medio de derogación legal, desconociendo el elemental art. 2.2 CC.

Por otro lado, no puede tampoco postularse para el ordenamiento penal lo que García de Enterría denomina «desconexión de normas», construcción que se justifica como balón de oxígeno para el «polucionado» mundo normativo del Derecho administrativo, pero que resulta inadmisibles, como veremos más adelante, para los fines del Derecho penal. Según este autor, «... son constantes los ejemplos de normas que dejan un día de aplicarse sin que hayan sido desplazadas o derogadas por otras nuevas...». En estos casos «... la explicación se encuentra de nuevo en el carácter global y fáctico del ordenamiento... que ha desconectado de él la norma en cuestión, por lo que ésta deja de valer como tal» (27).

Es cierto, y constituye ya una frase hecha, que el legislador va siempre a remolque de la realidad y, por tanto, con el principio de oportunidad se subsanarían las dificultades inherentes a la elaboración y derogación de las leyes orgánicas, o cuando no, las exageraciones y disfunciones derivadas de legislar al compás del corazón de la opinión pública (28). Pero hay que rechazar, en todo caso, la pretensión de suplantar al legislador precisamente en un ámbito como el Derecho penal donde no sólo los bienes jurídicos protegidos por el delito, sino también los que resultan afectados por la pena tienen consecuencias de tal magnitud que han hecho de la ley no ya la

---

(26) Vid. ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. Muñoz Conde y Luzón Peña), 1976, pp. 21 y ss.

(27) GARCÍA DE ENTERRÍA, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., 1993, pp. 70-72. En definitiva, el propio autor reconoce que «... la norma escrita ha de tener por fuerza otro significado en el Derecho Administrativo que en esos otros Derechos más estables y serenos.» Como lo ha de ser, sin duda, el Derecho penal.

(28) Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 307, establece que «una concepción legitimadora de la intervención penal no puede permitir que ésta se vea regida por las tendencias irracionales, subconscientes, de la sociedad, que se manifiestan en una determinada configuración de las necesidades de pena. Al contrario... el estudio de las connotaciones psicosociales del castigo debería tener como finalidad, más que un sometimiento a tales tendencia profundas, una crítica a las mismas, cuya consecuencia habría de ser la racionalización plena de la intervención punitiva».

«vedette», sino «la única protagonista» del sistema de prelación de fuentes. De ahí que principios como el de oportunidad justifiquen preceptos como el art. 2 del CP que si no fuera, quizás, por los augurios que sintió el legislador sobre los posibles ataques de los que podía ser objeto el principio de legalidad, habría que considerar redundante del art. 1 que le precede (29).

Como diría Von Liszt «... por paradójico que pueda sonar, el Código penal es la Carta Magna del delincuente (30). Protege... no a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra ella, le garantiza el derecho de ser castigado... sólo si se dan los preceptos legales y sólo dentro de los límites legales... El Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal... El Derecho penal es el dueño y señor absoluto del “sí”, y la política criminal, la exclusiva soberana del “cómo” de la pena.» (31) En análogo sentido, Hassemmer pone de manifiesto que «... si el Derecho penal no cumple su misión

---

(29) Dispone el art. 2 del CP: *En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal.*

*Del mismo modo, acudirá al gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.* En efecto, advierte SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (n. 28), 1992, p. 251, que «“la desformalización” puede conllevar en realidad —bajo apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito— una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras o “incontroladas”). En toda discusión de propuestas despenalizadoras o de alternativas a la pena debe, pues, junto a los argumentos favorables derivados de consideraciones de resocialización o de menor violencia en la solución del conflicto, ponderarse también, como argumento negativo, el riesgo de desformalización».

(30) Entre nosotros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, PG, 2.ª Ed., 1992, pp. 35 y 36, pone de manifiesto que «en un Estado democrático de Derecho el Juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia y que es el destinatario de la protección del principio de legalidad; en consecuencia, este principio se debe entender como la Magna Cartha del ciudadano y toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales».

(31) Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (traducción y notas Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), 1984, p. 48. En el mismo sentido QUERALT, «El principio de legalidad», *Memoria Cátedra de Derecho penal ULPGC*, 1991, pp. 46-47, «el principio de legalidad en cuanto a su contenido es un derecho de autocontención del Estado en el más puro cuño liberal, aunque con mayores garantías de virtualidad» y añade que el principio de legalidad «se concibe como un derecho fundamental de la persona destinado a servirle de garantía ante injerencias indebidas del *ius puniendi* del Estado en su esfera de libertad...».



de barrera infranqueable entre el delincuente y la política criminal, si se convierte, por tanto, en funcional para la política criminal y se inserta en sus fines, el delincuente queda enfrentado sin protección formal al interés político-criminal que pretenderá corregirlo y tratarlo e intimidar a los demás a través de su persona.» (32) Por ello, cuando principios como el de oportunidad, por razones de celeridad, postulan un poder indeterminado de actuación para el órgano encargado de encauzar la política criminal del poder ejecutivo, esto es, el Ministerio Fiscal, de tal forma, que éste no queda sometido o, muy vagamente, a la legalidad, se crea el peligro de hacer franqueable el Derecho penal a la política criminal del Estado.

b) «Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad», es otra de las ventajas a las que alude Gimeno Sendra. Sin embargo, paradójicamente, el principio de oportunidad pensado para contrarrestar este efecto, ciertamente pernicioso, resultaría, en la práctica, «como agua para chocolate». En efecto, la existencia contraproducente de penas cortas privativas de libertad no es obra del proceso en sí, que se limita a aplicarlas, sino de las deficiencias de la ley penal substantiva, necesitada de una profunda renovación que acabe con los sucesivos parches legislativos (de cuyo número es preferible no acordarse) (33). En efecto, se hace ya necesario un nuevo Código penal que conecte con los nuevos postulados de la política criminal que exige un Estado social y democrático de derecho, legítima aspiración, en estado de pendencia, desde la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma parcial y urgente del Código penal. Por ello, resulta sorprendente que siendo aquéllas las causas del problema se aplique un «tratamiento» procesal donde se demanda una «terapia» sustantiva, la puesta en funcionamiento de las alternativas a las penas cortas privativas de libertad y un efectivo cumplimiento de la legislación penitenciaria. Como dice Cabañas «el mero ejercicio de la acción penal una vez que hay constancia de la ejecución de un hecho delictivo, o el archivar la causa una vez ini-

(32) Cfr. HASSEMER, *Fundamentos* (n. 31), 1984, pp. 49 y ss.

(33) Sin embargo, profesión obliga, y, en concreto, han sido treinta y ocho (38) las reformas parciales que ha sufrido, desde la fecha de su publicación (1973), nuestro Código penal vigente hasta el 31 de diciembre de 1993. Y aunque, quizás, en el ámbito penal sean más graves sus consecuencias, no es éste un fenómeno aislado. En efecto, DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, 1990, p. 36, manifiesta que «es un hecho muchas veces constatado que el Estado contemporáneo, en su frenesí legislativo —probablemente inevitable—, ha hecho perder a la ley no solamente su naturaleza general y abstracta, sino también su antigua vocación de permanencia y estabilidad».

Por otro lado, resultan a este respecto significativas, las Exposiciones de Motivos de la Reformas llevadas a cabo por LO 8/1983, de 25 de junio, y LO 3/1989, de 21 de junio, las cuales rezuman confianza en la «inminencia» de un nuevo Código penal. (Sobre las valoraciones que el proyecto de Código penal de 1992, *Vid.* III Semana de Derecho penal de Las Palmas en Foro Canario, (89), 1994).

ciado el proceso —con o sin condiciones— es una descriminalización procesal a cuya aprobación no puede llegarse por asistemática y chapucera.» (34) Chapuza, que como dice Fernández Entralgo, «queda para las bagatelas; para los eternos perdedores, cuyo caso no interesa a nadie. Sin embargo, estos casos son los que permiten descubrir, con toda su crudeza, los ecosistemas del crimen; las condiciones estructurales que generan la delincuencia. Su enjuiciamiento, según pautas auténticamente comunicativas, podría resultar realmente subversivo. Y la subversión no parece interesar a nadie» (35).

c) **«El obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación».** Solución ya contemplada en el art. 93 bis del CP español con relación a los drogodependientes y cuyas posibilidades de virtualidad son ciertamente escasas, acordes con la línea instaurada por la reforma llevada a cabo por la LO 1/1988 de endurecer la reacción penal ante estas infracciones. En efecto, el carácter imperativo del sometimiento al tratamiento y el cúmulo de condiciones impuestas al drogodependiente para acceder a la condena condicional son de tal entidad, que reducen esta medida a un mero ofrecimiento formal (36).

d) **«El obtener la reinserción social de presuntos terroristas y una mejor información acerca de las bandas armadas»**, lo cual recoge nuestro CP en el art. 57 bis b) y 98 bis. Sin embargo, como argumenta con razón Terradillos, basándose en los principios de búsqueda de la verdad material y del hecho, privilegiar a los delatores es «una vía que ha tenido que ser abandonada en la propia Italia, donde tan espectaculares resultados se le atribuyeron. En nuestro caso, las numerosas objeciones críticas no han sido suficientemente convincentes para un legislador que insiste en mantener un proceso inquisitivo, en el que la defensa se transforma en asistencia a la acusación y cuyo objetivo natural —la búsqueda de la verdad forense— se sustituye por la averiguación de la actitud subjetiva del acusado. Así, quien más se beneficia es quien más sabe, y se corre el

(34) Cfr. CABAÑAS GARCÍA, *El proceso* (n. 24), 1990, p. 270.

(35) Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 100. De otra opinión, MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», en *Doctrina penal* (1), 1978, p. 323, al afirmar que «... si un hecho no debe ser punible por su **adecuación al sentimiento generalizado del buen proceder**, o del obrar fuera de la zona del comportamiento socialmente desviado no es necesario que ello se exprese en una sentencia de absolución, sino mucho más equitativo y práctico que se evite la persecución. Se logra así una efectiva *descriminalización* de comportamientos y un control sobre los criterios que hoy rigen la selección».

(36) Vid. MORILLAS CUEVAS, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, 1991, p. 127; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., 1991, p. 733; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, PE, 2.ª ed., 1992, p. 519; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Características de la actual política criminal en materia de drogas ilícitas», en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, 1993, pp. 71 y ss.

riesgo, particularmente grave en el contexto español, de que sea la propia ley quien estimule un comportamiento policial orientado primordialmente a obtener la delación. Hay que postular, en consecuencia con lo anterior, una recuperación de los principios penales y procesales más consolidados, devolviendo al proceso y a la pena los fines que les son propios y prescindiendo del sustancioso premio que a la delación reservan los artículos comentados, máxime si, conocidos sus riesgos, no se cuenta con datos que avalen su utilidad» (37).

En suma, en ninguno de estos dos casos [apartados c) y d)] existe principio de oportunidad, puesto que no concurre, ni discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, ni negociación fijadora de delito y pena, sino sólo —desaciertos legislativos aparte— potestad judicial de aplicar, concurriendo los requisitos que la ley establece, técnicas de individualización penal, bien por la vía de los sustitutivos penales, bien por la de las atenuantes (38).

e) Por último, fundamenta Gimeno Sendra la bondad del principio de oportunidad, argumentando «**el estímulo a la pronta reparación a la víctima**». Pero esta indudable ventaja choca con dos datos que merecen reflexión:

1.e) la clientela de la delincuencia de «bagatelas» tiene, en su inmensa mayoría, como demuestra la realidad forense cotidiana, un bajo nivel económico, lo cual suele traer como consecuencia las consiguientes declaraciones de insolvencia, o lo que es igual, la imposibilidad de reparar a la víctima;

2.e) no existiendo esta insolvencia, el problema, como señala Martínez Arrieta, más que legal es «... el excesivo conformismo con los estereotipos de los formularios en la indagación de los bienes del acusado. Esa inercia impide una correcta indagación de sus bienes para procurar el resarcimiento de la víctima con los bienes del agresor.» (39)

Es una lástima que el «generoso mimetismo» que se practica, o se sugiere, con la legislación europea al postular la importación del principio de oportunidad, no se sostenga también a la hora de articular fórmulas que verdadera y eficazmente supongan la protección de las víctimas en nuestro sistema, entre otras, dar entrada a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (40).

(37) TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, 1988, p. 80.

(38) En definitiva, en estos dos casos, como afirma RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso penal. Lectura constitucional*, 1991, p. 28, «la actuación [procesal] se coloca después del juicio y en un campo en el que nunca ha habido discusión acerca de su legitimidad».

(39) MARTÍNEZ ARRIETA, «Hacia una ley de protección a las víctimas de delitos», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* (31), 1991, p. 2.

(40) Así, por ejemplo, en Alemania en 1986 se publica la *Opferschutzgesetz* (ley de protección de las víctimas). *Vid.*, sobre responsabilidad subsidiaria del Estado, ZIPF, *Introducción a la Política criminal* (trad. Izquierdo Macías-Picavea), 1979,

Por otro lado, y por una vía más imaginativa aunque no compartimos el momento procesal propuesto para su aplicación, un grupo de juristas alemanes, austriacos y suizos, entre los que se encuentra el Profesor Roxin, han elaborado el denominado «Proyecto Alternativo de la reparación» (*Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung*) (41). En el mismo se propone a la citada reparación como una tercera sanción autónoma, complementaria o subsidiaria de la pena y la medida. Dicha reparación tiene la ventaja de superar los estrechos márgenes de la tradicional compensación jurídico-civil de daños, configurándola como un auténtico instrumento para la consecución de metas político-criminales. Para ello, se convierte en eje regulador de la institución al principio de «aplicabilidad universal», esto es, la posibilidad de especificar la reparación en función de las circunstancias del caso y de las necesidades sociales (prestaciones profesionales para reos insolventes, indemnizaciones como si el delito se hubiese consumado en caso de tentativa, prestaciones de utilidad común como el limpiado de calles, etc.). La razón de postular su regulación es doble:

a) Desde el punto de vista de la prevención especial, se busca enfrentar al delincuente a la víctima, al delito cometido y a las consecuencias sociales derivadas del mismo. De esta forma, se consigue librar al sujeto activo de la pequeña y mediana delincuencia de las consecuencias discriminatorias y nocivas de las penas privativas de libertad. Pero, además, aquél tiene la impresión, una vez realizada la prestación, de ser aceptado de nuevo en sociedad con menos costes para el Estado que los derivados del tratamiento penitenciario.

b) Desde el punto de vista de la prevención general positiva, que es la realmente relevante a los efectos de la penalidad, la reparación conseguiría:

1.b) el efecto didáctico de la interpretación de los preceptos penales en la vista pública y sentencia,

2.b) la confianza ciudadana de observar la imposición del Derecho penal y

3.b) la satisfacción de ver cómo, a través de la reparación, se ha conseguido eliminar los efectos del delito (42).

---

pp. 178 y ss.; con enumeración de disposiciones legales españolas que denotan una tendencia expansiva en materia de responsabilidad estatal, *vid.* GIMENO SENDRA, *La reforma* (n. 22), 1992, p. 519.

(41) *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, Entwurf eines Arbeitskreises deutschen, osterreichischen und schweizerischen Strafrechtslehrer (Jürgen Baumann et alii)*, Munich, 1992.

(42) Cfr. ROXIN, «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones» (trad. Manzanares Samaniego) en «Jornada sobre la Reforma del Derecho penal en Alemania», en *Cuadernos del CGPJ*, 1991, pp. 19-30. *Vid.*, asimismo, MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal», en *Foro Canario, III Semanas de Derecho penal de Las Palmas*, (89), 1994, pp. 69 y ss.

Pero hay más, la puesta en funcionamiento del principio de oportunidad en Estados Unidos, más concretamente del *plea bargaining*, ha puesto de manifiesto numerosos inconvenientes de nefastas consecuencias en el sistema penal. Como resaltan Zimring y Frase:

a) «Las negociaciones tienen lugar en un momento en que el conocimiento sobre el caso es fragmentario, en consecuencia, la decisión del Fiscal se toma, generalmente, sin la ventaja que supone tener en consideración una más completa información relativa a las circunstancias del hecho delictivo del acusado... ello ha provocado que las declaraciones de culpabilidad respecto de los delitos menores... se haya convertido en rutinarias, con reducciones estándar de ciertas penas...» Como dice gráficamente otro autor norteamericano, Feeley, «la práctica del *plea bargaining* dista muy poco de los supermercados modernos en los que los precios de los distintos productos están claramente fijados y etiquetados... En un supermercado, los clientes pueden quejarse de los precios, pero raras veces regatean (*bargaining*) para que se les baje.»

b) «La informalidad y la gran variedad de criterios que existen en la práctica, entre los distintos Fiscales y Jueces, con relación al *plea bargaining* causa, a menudo, desconcierto y una sensación de injusticia y falta de seguridad entre los acusados» (43).

En nuestro Derecho procesal, la larga tradición del principio de legalidad generaba lo que Gómez Orbaneja llamaba «discrecionalidad del Ministerio Fiscal», en virtud de la cual aquél decidirá ejercitar o no la acción penal teniendo en cuenta: el material probatorio de que dispone, la trascendencia social del hecho y las posibilidades de éxito (44). Pues bien, si esto sucedía con la existencia y exigencias que se derivaban del sometimiento a aquel principio, no sería descabellado esperar una transformación de aquella discrecionalidad en peligrosa arbitrariedad, cuando la nueva pauta de acción fuese la oportunidad.

c) Pero, quizás, el problema más grave que presenta esta negociación sea, como dicen Zimring y Frase, «que el acusado inocente se confiese culpable por el temor a ser más duramente condenado después del juicio, o bien para evitar una publicidad dañina por cargos manifiestamente repugnantes, como suele suceder con los delitos sexuales» (45). Sin embargo, también habría que añadir los efectos perniciosos que el *plea bargaining* introduciría no sólo en esta clase de delitos, sino también en los demás y, singularmente, en los patrimoniales, los más numerosos. En efecto, las dificultades probatorias

---

(43) Cfr. en DIEGO DíEZ, «Algunos apuntes sobre la *plea bargaining* de los USA», en *Justicia* (4), 1989, pp. 945 y ss., FEELEY, *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*, 1979, p. 178.

(44) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, 1951, pp. 258-259.

(45) *Idem*, nota 44, p. 946.

que podrían presentar muchos de ellos, harían del principio de oportunidad, al que nada o muy poco importa la verdad material, un camino de evasión de tales dificultades con la subsiguiente reconversión de delitos de mayor entidad (violación, robo con armas...) en otros de menor pena (agresiones sexuales, hurto), descuidando la peligrosidad del sujeto y, por ende, la prevención especial.

Ahora bien, hay que reconocer que en esta negociación cada parte puede salir contenta del reparto:

a) **el acusado** evita gastos, retrasos, incertidumbres y la repercusión pública que el juicio supone, eludiendo el riesgo de una condena más grave que la que de hecho se le impone y puede que, además, dada la discrecionalidad del Fiscal, le alcance exención de algún cargo o agravante (46);

b) **el abogado defensor**, obtiene sus honorarios con menos esfuerzos. No se nos escape que muchas de estas negociaciones afectarán a inculpados usuarios del turno de oficio, o lo que es igual, a abogados desmotivados por la representación de honorarios exiguos y tardíos. Sirva como ejemplo la siguiente crónica: «En un juzgado de instrucción de esta nuestra justicia posmoderna, se ha dado un caso bien digno de consideración como exponente de algunas de las potencialidades implícitas en el celebrado modelo de la justicia consensual.

Un detenido como posible implicado en un delito de robo se autolesionó, produciéndose un corte en el cuello. Explicó así al Juez lo ocurrido: «... *la abogada del turno de oficio que le asistió en la declaración habló con él en calabozos y le dijo que había hecho un arreglo con el fiscal y que habían quedado en que cumplierse seis meses y un día por ese delito. Que dado que el dicente no es culpable de tal delito y para demostrarle al juez que no estaba conforme con dicha petición cogió una cuchilla que llevaba en el bolsillo del pantalón y se hizo un corte en el cuello cuando estaba en la celda. Acababa de hablar con la abogada cuando realizo tal acción*» (47);

c) **el Fiscal**, que «tampoco es de piedra», mata dos pájaros de un tiro, pues consigue un buen número de condenas sin riesgos y con menos trabajo que el que implica la preparación del juicio oral. Cierto es que el carácter no electivo del Ministerio Fiscal español,

---

(46) Como pone de manifiesto ZARZALEJOS, «El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)», en *Nuevos tribunales y nuevo proceso penal*, 1989, p. 188, «No hace falta gran imaginación para llegar a la conclusión de que un acusado sólo aceptará la pena solicitada por el Ministerio Fiscal cuando le beneficie. Es decir, si la FGE —se refiere a la Circular 1/1989— aconseja a los Fiscales la suavización de sus acusaciones para hacerlas más aceptables, la única forma de llegar al deseado consenso es ignorar, en el acta de acusación, la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad, incluso la correcta calificación de los hechos, sustituyéndola por otra mas benévola».

(47) Cfr. Apuntes (Sección a cargo de la Redacción), «El triste encanto de la justicia por consenso», en *Revista Jueces para la Democracia* (8), 1989, p. 95.

eliminaría el peligro indirecto que supone en el sistema norteamericano el denominado *conviction record* (cuota de condenas logradas por cada Fiscal), y que constituye el principal respaldo del candidato ante sus electores, con el consiguiente peligro de pervisión de los fines del proceso. Pero queda pendiente, no obstante en el Sistema español, la no menos peligrosa «ley del mínimo esfuerzo» y la cada vez más sensible vinculación de esta institución a los intereses del poder político;

d) y, por último, **el Estado** determina la pena a precio de costo, evitando las secuelas antieconómicas que se derivan de la «muy poco rentable» presunción de inocencia y consiguiente «inversión» de la carga de la prueba (48).

Pero, ante tanta «rentabilidad», ¿hay algún perjudicado? Sí, de un lado, el derecho de las víctimas a ser oídas y ver satisfechas, no sólo las responsabilidades civiles derivadas del delito, sino también su confianza en que el sistema judicial reaccionará en proporción a la gravedad del ataque del que han sido objeto, sin acudir al «fácil expediente» que implica la negociación procesal (49). Y, de otro, el interés público en desarrollar un adecuado sistema penal que el principio de oportunidad, tal como lo venimos entendiendo aquí, degrada irremediabilmente.

---

(48) En este sentido, no le cabe duda a ANDRÉS IBÁÑEZ, «El papel de la justicia penal en el estado en crisis», en *Jueces para la Democracia* (10), 1990, que «el gasto de justicia es uno de los considerados improductivos en el marco del vigente modelo de Estado. Así es ya una idea ampliamente difundida que resulta obligado abaratar los costes de la justicia, por vía de **deflacionar el proceso**, de reservar el juicio oral para un reducido porcentaje de casos, en la línea de la justicia americana». De la misma opinión, FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 100, «la eficacia del aparato judicial parece medirse más por su productividad, entendida en función de la *conviction rate*, de la tasa de condenas conseguidas, que por la calidad de sus decisiones o por su capacidad de proporcionar respuestas eficaces a los conflictos de intereses planteados ante los órganos jurisdiccionales». Sin embargo, PINTOS y PASTOR, «La economía y el derecho: una colaboración difícil pero provechosa», en *Revista de Economía* (13), 1992, p. 99, consideran conveniente, mediante el establecimiento de sistemas de conciliación entre el Ministerio fiscal y el acusado, el «liberar recursos de casos menos graves o de condenas más dudosas para su ulterior aplicación a casos más graves».

(49) Como pone de manifiesto GARCÍA-PABLOS, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 1992, p. 38: «La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono... Tal vez porque nadie quiera identificarse con el “perdedor”, la víctima soporta los efectos del crimen (físicos, psíquicos, económicos, sociales, etc.), pero también la insensibilidad del sistema legal, el rechazo y la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos. En el denominado Estado Social de Derecho, aunque parezca paradójico, las actitudes reales hacia la víctima del delito oscilan entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación.» HASSEMER, *Fundamentos* (n. 31), 1984, p. 92, hace notar cómo «el Derecho penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima»; en el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, 1990, p. 22.

En efecto, coincide la mayor parte de los autores (50), si bien con distintos matices, en señalar como fines de la pena, o si se quiere del Derecho penal, los de prevención general y especial. Pues bien, cada uno de ellos va a resultar afectado por la oportunidad procesal:

a) Por lo que respecta a la **prevención general**, esta clase de negociación se traduce en una abreviación del proceso y en prontitud en la adopción de la sanción, lo cual resulta en principio favorable para la prevención general. Pero, sin embargo, esta inicial ventaja queda diluida por la relativización que se produce del *ius puniendi* del Estado, ya que la amenaza de la pena que incorpora la ley dentro de unos márgenes, resulta impuesta, por obra y gracia de la negociación, a «precio de saldo», desapareciendo el efecto disuasorio y la convicción jurídica fundamental de la mayoría (51).

b) Tampoco se satisface con el principio de oportunidad la **prevención especial**, ya que la pena impuesta no será proporcional al delito cometido sino al oficialmente calificado. El sujeto condenado es consciente, en el curso de esta negociación, de que no está siendo castigado por la gravedad de sus actos sino por consideraciones extrañas a los mismos. Más concretamente, como resultado de un «trueque» en el que a cambio de descongestionar la Administración de Justicia y «echarle un cabo» a los Presupuestos Generales del Estado, mediante la aceptación del delito y/o la pena propuesta por el Ministerio Fiscal, recibirá un tratamiento más ventajoso que si se empecina en hacer perder el tiempo a la maquinaria judicial (52). Sin embargo, muchas de las conductas punibles incardinadas dentro de

---

(50) Entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, (n. 23), 1990, pp. 51 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal* (n. 36), 1991, pp. 167 y ss.; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 1993, pp. 44 y ss.

(51) MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., 1982, p. 31: «La prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delinquentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad... Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho: junto al aspecto de la prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa) debe concurrir, el aspecto de la prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva).»

(52) Así lo reconoce la STS de 17-6-1991, R. 4728, Ponente Martín Pallín, quien en su f.j. 3, con relación a la conformidad del acusado del art. 793.3 de la LECr., dice refiriéndose a la calificación del Ministerio Fiscal, que ésta «tiene un carácter abstracto en cuanto que se desconoce cuál sería el resultado de las pruebas practicadas en las sesiones públicas en el caso de que se hubiese celebrado el juicio, y no se tiene en cuenta la actitud colaboracionista del propio acusado que se somete voluntariamente a la sanción penal aceptando su culpa y descargando a la sociedad de la tarea de acopiar y verificar toda la prueba con la consiguientes disminución de la actividad procesal y del gasto público».



la delincuencia de bagatelas, necesitarían un adecuado tratamiento (trabajo en beneficio de la comunidad, asistencia a cursos de educación vial, etcétera) antes que la mera ausencia de persecución o una pena fijada por el trámite, meramente burocrático, del consenso. No hay que olvidar tampoco que es en esta franja de la criminalidad, donde más altos son los índices de reincidencia. Por lo tanto, resulta más que inconveniente, peligroso, que en donde debiera operar un adecuado tratamiento penal se de la mera inactividad judicial o la fijación de una pena consensuada por respuesta. Pero,... hay prisas.

### III. CONSTITUCION, SISTEMA PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Como ponen de manifiesto Hassemer y Muñoz Conde, «el proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del Derecho penal. En él se realiza el Derecho penal material que suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisora, no viene prejuzgada por el Derecho penal material. El curso procesal mismo se rige por los principios de economía y comunicación y la determinación de los límites de la acción, por la Constitución y la tradición del Estado de Derecho» (53). Como dice gráficamente Almagro: «Hay que hacer vivir en los preceptos concretos los mandatos de la Constitución» (54).

Por tanto, habría que analizar, si bien sintéticamente, como cuestión fundamental pese a ser tratada al final, si el principio de oportunidad, tal como lo venimos entendiendo, choca con los preceptos y principios constitucionales. Veamos algunos aspectos:

1.º **Art. 24.2 de la CE.** En la dualidad legalidad *versus* oportunidad, laten en tensión, paralela y recíprocamente, dos derechos fundamentales: **el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.** Pues bien, es este último derecho el que ha venido obsesionando a nuestro legislador en los últimos años, llevándolo, junto con un sector numeroso de la doctrina, a una euforia por la oportunidad procesal y «bajando la guardia» de las garantías procesales que un Estado Democrático de Derecho no puede obviar. Como pone de manifiesto Gutiérrez Alviz, «los principios que rigen el procedimiento penal no concuerdan con la legislación positiva. Es sabido que las sucesivas reformas legales han venido impuestas más con el criterio de dar solución a

---

(53) Vid. HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, 1989, p. 125.

(54) ALMAGRO NOSETE, «Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cumplirse su centenario», en *Justicia* (2), 1990, p. 77.

problemas derivados de la acumulación de asuntos pendientes ante los Tribunales, y no se ha cuidado de atender, y menos de respetar, el sistema de principios establecidos por el legislador. Esto ha dado lugar a una profusión de procedimientos rápidos o acelerados que han desvirtuado el esquema legal inicial» (55).

Por otra parte, la **Recomendación 87** del Consejo de Europa, sobre **simplificación de la Justicia penal**, destaca que en el caso de los Estados en que —como el nuestro— impere el principio de legalidad, contrapuesto al de oportunidad, al no disponer de facultades discrecionales de ejercicio de la acción, entiende la recomendación que deben entonces introducirse o desarrollarse medidas que cumplan el mismo objetivo y, en particular, se menciona el aumento de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujeta a una condición (como es el caso de denuncia o consentimiento de la víctima), y el que la ley faculte al juez para que se suspenda, bajo determinadas condiciones, la instrucción o que pueda sobreseer en casos análogos a los contemplados por la oportunidad en el ejercicio de la acción (56).

En definitiva, hay que desconfiar de la excesiva celeridad en el proceso penal, pues no hay que olvidar que los «momentos autoritarios» fueron siempre acompañados de suspensiones o modificaciones procesales, amén de penales, que permitían una «Justicia rápida» (57). Como pone de manifiesto la **Recomendación 87** del Con-

---

(55) GUTIÉRREZ ALVIZ, *Crisis* (n. 1), 1989, p. 94. En el mismo sentido, ALMAGRO NOSETE, *El nuevo proceso penal*, 1989, p. 155, llama la atención sobre el modelo procesal que se deriva del plea bargaining «basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis» y «de los peligros de una intromisión sinuosa y clandestina que minara los cimientos de una manera de entender el Derecho ajeno a concepciones culturales en las que premia un transfondo puramente economicistas»; RAMOS MÉNDEZ, *El proceso* (n. 38), 1991, p. 28, considera más acertado «revisar adecuadamente la tipificación penal de ciertas conductas, de acuerdo con las exigencias sociales, para, por esta vía ortodoxa, evitar poner en solfa todo el sistema procesal penal.»

(56) R (87) de 17 de septiembre, reunión 410 del Comité de Ministros. Cfr. MARTÍN MARTÍN, «Anotaciones en torno a las recientes manifestaciones legislativas sobre procesos penales simplificados o acelerados», en *Foro Canario* (83), 1991, p. 98.

(57) QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal*, 1981, p. 43.

Por lo demás, la obsesión por la celeridad y economía en el proceso penal es un fenómeno que se pone de manifiesto, de forma generalizada, en las recientes reformas procesales. Y así, ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Ministerio Fiscal* (n. 13), 1990, p. 77, se refiere a «la búsqueda de un abaratamiento de los costes de la criminalidad» dentro de un contexto de «deflación del proceso penal»; GIMENO SENDRA, «La nueva regulación de la conformidad (LO 7/1988)», en *La Ley* (3), 1990, p. 978, admite que «La institución de la conformidad responde pues, fundamentalmente, a razones de economía procesal»; MARCHENA GÓMEZ, «Aproximación crítica al procedimiento penal directísimo en el anteproyecto de Ley de Medidas urgentes de reforma procesal», en *AP* (3), 1992, señala los numerosos inconvenientes que, en aras de la economía procesal

sejo de Europa «administrar justicia por el procedimiento más rápido y eficaz no es necesariamente la mejor manera de descubrir la verdad»; verdad, que como hemos visto, importa poco al principio de oportunidad.

Pero, ¿cuáles son los menoscabos más significativos que la celeridad produce en las garantías procesales y penales? Se podrían centrar en las siguientes:

a) La conculcación del principio de proporcionalidad pues, como hemos puesto de manifiesto más arriba, la pena no va a ser proporcional a la gravedad del hecho sino a las incidencias de la negociación.

b) La igualdad de las partes no sale mejor parada, en cuanto como hemos visto, esa suerte de negociación, conlleva para el imputado, en muchos casos, una —«mala»— suerte de coacción. En efecto, mientras para el Ministerio Fiscal la negociación es un caso más y lo que puede perder, a lo sumo, es tiempo de una jornada laboral, para el acusado es el momento en que se decide su futuro, su definitiva estigmatización como condenado y su libertad. Por ello, la igualdad de las partes contratantes que acompañaba a la negociación contractual privada tradicional, aquí no existe. Hablar de negociación procesal es hacer uso de un eufemismo tras el cual se halla, en la mayoría de la veces, un «lo tomas o mayor pena». En definitiva, no cabe hablar de «negociación» sino de «adhesión» (58).

c) La contradicción, básica en el sistema acusatorio, también resulta mermada por cuanto el inculcado se plegará, en ocasiones, a una calificación más leve, renunciando a su derecho de defensa, por temor a la anunciada calificación más grave del delito y consiguiente mayor entidad de la pena. Y en este sentido, no hay que olvidar que nuestro TC viene dando prevalencia al derecho de defensa sobre el de economía procesal «... de inferior rango en una escala axiológica de los principios procesales...» (STC 30/1981, f.j. 4)

---

produce, el por él denominado «señalamiento a ciegas» del art. 790.6 de la LECr.; BERZOSA, «Principios del proceso», en *Justicia* (3), 1992, p. 588, señala como finalidad de la introducción del principio de oportunidad la de «... hacer frente al aumento de la pequeña y mediana criminalidad que se considera causa esencial del colapso de la Administración de Justicia, consiguiendo, a su vez, agilizar o simplificar el proceso penal»; ZARZALEJOS, *El nuevo* (n. 46), 1989, p. 191, auguraba que dicho proceso se convertirá en «un instrumento sumamente eficaz para **desescombrar** los juzgados españoles, pero no para proteger debidamente el interés de la justicia y los derechos de los justiciables»; y por último y cerrando el catálogo de ejemplos, RAMOS MÉNDEZ, en *Justicia* (3), 1992, califica de *Juicios a la carrerilla*, con «riesgo de publicidad engañosa», los juicios penales inmediatos introducidos por la Ley 10/1992, de 10 de abril.

(58) Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Ministerio Fiscal* (n. 13), 1990, p. 91. También, SCHÜNEMANN, *Crisis* (n. 19), 1991, p. 56, «como lo señala la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición más fuerte y no por su mejor posición jurídica».

2.º **La presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo** recogidos en el art. 24.2 y tradicionalmente aparejados a la justicia penal, resultan igualmente lesionados (59). En efecto, como ha puesto de manifiesto el TC (sentencia 26/1990, f.j. 8, apdo B) «el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones...» y añade: «toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos...».

La negociación procesal derivada del principio de oportunidad se caracteriza por sustituir la fase probatoria del proceso por un sistema en el que se persigue que el inculcado pruebe su responsabilidad penal por sus propios medios. Se produce así, de un lado, una sobrevaloración de la declaración formal de la culpabilidad del acusado (*structurally induced*, confesiones estructuralmente inducidas y prestadas de forma anticipada) y, de otra, un abandono del clásico objetivo del proceso penal de búsqueda de la verdad material y del consiguiente deber judicial de esclarecimiento de los hechos (60).

Siguiendo el ejemplo gráfico del Profesor Fanchiotti, podríamos concluir en este punto que nuestra justicia penal parece encaminarse, cada vez más, a la que practicaba la tan entrañable como peligrosa Reina de Corazones de Alicia en el País de las Maravillas. La citada reina, aparte de ser una fervorosa partidaria de la pena de muerte: «off with his head» («que le corten la cabeza»), repetía amenazadora contra los que le estropeaban sus rosales, era también una fiel seguidora de la justicia rápida: «first the sentence, then the evidence»

---

(59) Así, el diputado Peces Barba en el proceso de discusión del art. 24.2 y refiriéndose, en concreto, a la presunción de inocencia, frente al argumento que pretendía incluir a los procesos civiles y contencioso-administrativos, se opuso con las siguientes palabras: «Efectivamente, este número dos se refiere al proceso penal» (cfr. Constitución Española. Trabajos parlamentarios, Cortes Generales, Servicio de estudios y publicaciones, tomo I, pp. 1118-1121). No obstante, nuestro TC la extiende a todo el Derecho sancionador ya desde la STC 13/1982.

(60) Como «verdad forense» la califica HASSEMER, *Fundamentos* (n. 31), 1984, p. 190, después de ponderar sus dificultades y fijar sus límites, señalando como meta del proceso penal «la obtención formalizada de la verdad». Y añade SCHÜNE-MANN, *Crisis* (n. 16), 1991, pp. 54-56, «dado que la investigación (en el caso de España la instrucción), según la estructura básica de la Ley Procesal Penal sólo tiene una función puramente preparatoria, la prueba del hecho se debe agotar y reproducir íntegramente en el juicio oral». En definitiva, sigue diciendo este autor, «el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos». Por ello, «la renuncia al juicio oral y la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción» supone «una inversión de todos los valores en los que se basa la práctica continental europea».

(primero la sentencia, después la evidencia»). Alicia, imbuida en el espíritu de las garantías procesales, le repetía impotente a la reina que aquello era una «soberana insensatez». ¡Pobre niña! ¡No sabía que Su Majestad era una precursora! (61).

3.º **El principio de publicidad** recogido en los arts. 24.2 y 120.1 de nuestra Constitución, resulta igualmente lesionado (62). En efecto, este principio tiene, como ha puesto de manifiesto el TC en sus sentencia 96/87 (f.j. 2), «una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho». En definitiva, la publicidad, de especial relieve en materia procesal-penal, no sólo supone posibilidad de control social de la Justicia, sino que como pone de manifiesto Pedraz Penalva, «connota también un control de la verdad de la ley por parte de la sociedad actuante» (63). Pero, ¿cómo se produce el menoscabo de la publicidad con el ejercicio de la oportunidad? Las negociaciones entre defensa y acusación se llevan a cabo no en sesión pública, sino en los despachos de los juzgados, sin presencia ni siquiera del juez, quedando fijado el delito y/o la pena «consensuados» como fruto de tratos secretos en donde las partes actúan, muchas veces, movidas por intereses ajenos a la justicia. Y es más, lo cual dependerá de la forma de la regulación de la negociación, puede ser que ni el juez llegue a conocer la realidad de los hechos o se convierta en un observador de la transacción. En suma, al colocar la negociación al final de la fase sumarial o en

---

(61) Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Justicia* (n. 18), 1992, p. 101. Por su parte, RUIZ VADILLO, «Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente. (Programa de Reglas mínimas de Naciones Unidas. Palma, 1992)» en *PJ* (25), p. 88, hace notar cómo «el Estado puede tener siempre la tentación, muchas veces de buena fe, de que todo es válido para alcanzar “su” verdad. El proceso penal es uno de los instrumentos jurídicos en los que la tensión del poder frente al ciudadano acusado, todavía no culpable, se percibe mejor».

(62) Este principio ha merecido desde antiguo la preocupación de los penalistas y así, BECCARIA en su clásica obra *De los delitos y de las penas* (Introducción, traducción y notas de Tomás y Valiente), 1982, p. 85, ya la manifestaba en los siguientes términos: «sean públicos los jueces y las pruebas de un delito para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones».

(63) Vid. PEDRAZ PENALVA, «Notas sobre publicidad en el proceso» en *Estudios de Derecho procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, 1990, p. 417. Este autor pone de manifiesto cómo la publicidad, que jugaba, tradicionalmente, un papel central en el control externo de la actividad judicial, queda en el estado social, convertida en «mera propaganda». Y se pregunta «cómo encajaría una progresiva e indiscriminada introducción en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad que connota, entre otras consecuencias, la negación de la publicidad»; vid. también ZIPF, *Introducción* (n. 40), 1979, p. 139.

el transcurso de la misma, se está convirtiendo al «proceso penal de las bagatelas» en inquisitorial (64).

4.º Otra de las vulneraciones que cabe atribuir al principio de oportunidad es la del **principio y derecho de igualdad (arts. 1 y 14 de la CE)**. A efectos penales, el derecho fundamental de igualdad podría ser definido como el derecho a recibir la misma consecuencia jurídica (pena), ante la realización de un mismo supuesto de hecho (conducta delictiva). Siguiendo a la STC 150/1991, f.j. 6, a propósito de la reincidencia, ésta centra en dos las exigencias del principio de igualdad: «impedir las discriminaciones específicamente descritas» y «no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes a la diferenciación normativa». Como pone de manifiesto Queralt «... no es menos cierto —aunque esto, en ocasiones, se olvide— que no sólo ha de hacerse justicia en el caso concreto, sino que se ha de ser coherente con los casos análogos que el operador tenga, haya tenido o vaya a tener planteados ante sí o conozca que otro operador se encuentre, se haya encontrado o vaya a encontrarse ante situaciones igualmente análogas. La interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) así como en buena medida, el principio de igualdad (art. 14), imponen al operador tal coherencia consigo mismo y con el resto del sistema...» (65). Pues bien, la discrecionalidad, concedida al Ministerio Fiscal, tanto en el ámbito de la negociación a la que aquí nos venimos refiriendo, como en su facultad de archivo (sometida a conceptos jurídicos indeterminados de difícil precisión), producirá una diversidad de trato tal (pensemos, por ejemplo, en la concurrencia de notoriedad pública en el inculpa-do, en la diferente capacidad económica, etc.) que devengará en arbitrariedad en la actuación penal. En definitiva, todo esto se traduciría, sin duda alguna, en una mayor, si aun cabe, pérdida de la confianza, que tan denodadamente busca el legislador, en la Administración de Justicia.

Por otra parte, no parece correcto traer a colación para fundamentar el principio de oportunidad, la técnica de las *discriminaciones favorables* consistente, siguiendo a las SSTC 114/1983 (f.j. 2),

---

(64) Cfr. DE DIEGO, *Principio* (n. 6), 1989, p. 59: «El Ministerio Fiscal conduce el *plea bargaining* en secreto, sin que quede vestigio alguno de cuanto en la negociación se dice, se amenaza, se deja entrever o se impone. Es aquí donde radica el mayor peligro de abuso: en que los poderes discrecionales del Ministerio Fiscal pueden ser ejercitados sin control, en plena y absoluta libertad.»

(65) QUERALT JIMÉNEZ, «Praxis y dogmática jurídico-penal», en *Foro Canario* (83), 1991, p. 72. Por su parte, afirma POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal*, PG, 1, 2.ª ed., 1990, p. 127, «que el pensamiento de la igualdad es aportado por la idea de la Justicia, y en él se fundamenta en último extremo principios como los de la legalidad penal y procesal».

98/1985 (f.j. 9), 49/1990 (f.j. 3) y 5/1994 (f.j. 3-4), en justificar un mínimo de desigualdad formal para progresar en la consecución de la igualdad sustancial y que encontrarían su fundamento en el art. 9.2 de la CE. Pues, en efecto, aunque se discrepa en la doctrina sobre qué grupos sociales (mujeres, minusválidos, parados...) y qué aspectos englobaría la citada técnica, si hay práctica unanimidad en incluir en esta técnica sólo medidas de carácter económico-social y colectivas (66). En consecuencia, dichas medidas harían referencia a todas aquéllas que, de acuerdo con el principio de **última ratio**, han de actuar con carácter previo al Derecho penal. Éste, por el contrario, dada la gravedad de sus consecuencias, está sometido no sólo al principio de estricta legalidad, sino también sensiblemente anudado a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En consecuencia, no cabe admitir en él más discriminación que aquella que se introduce dentro de los márgenes legales y de forma individual a través de la prevención especial (67).

Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es óbice para que en el ámbito del Derecho penal se pueda trascender de la mera igualdad formal y conseguir la igualdad material. Muy por el contrario, como pone de manifiesto Zugaldía Espinar, «la legitimidad del Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho pasa por remover los obstáculos que impiden la criminalización secundaria de los sectores sociales altos y por tomar conciencia de la «trampa» que puede suponer la carencia por parte del Estado de un intento serio en prevenir la delincuencia marginal para poder seguir utilizando al desposeído criminalizado como carne de cañón (las cárceles, se quiera o no, están llenas, aunque siempre con los mismos), esto es, como expresión simbólica del buen funcionamiento de un sistema que se lava la cara criminalizando (aunque sólo a nivel primario) la delincuencia de los sectores sociales más favorecidos» (68).

5.º **El principio de legalidad** que con carácter general, contempla el art. 9.3 de nuestra Constitución y, de forma específica, referido a la garantía penal, **art. 25.1 de la CE**, se opone a la introducción

---

(66) *Vid.*, a este respecto, SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, 1985, pp. 83 y ss.; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, p. 178.

(67) Así LUZÓN PEÑA, «Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones» en *Estudios Penales*, 1991, p. 820, «el principio de prevención especial no infringe ni rebasa para nada las garantías de libertad y seguridad que suponen las ideas de proporcionalidad y del Derecho penal del hecho... beneficiando en algunos casos a algunos sujetos por sus características especiales».

(68) ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, 1993, p. 58. *Vid.*, también, BARATTA, «Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social» (trad. Guinarte Cabada), en *Estudios penales y criminológicos* (XII), 1989, pp. 47 y ss.; CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal (Una orientación a los orígenes)*, 1991, p. 61.

del principio de oportunidad en nuestro Ordenamiento, por las siguientes razones:

a) La exigencia de taxatividad, consecuencia de la asunción del principio de legalidad penal («*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*»), de nada o muy poco va a servir, si los conceptos jurídicos indeterminados que las sucesivas reformas penales sustantivas se han ido preocupando en suprimir (honestidad, buenas costumbres...), son reemplazados por otros nuevos en las normas procesales penales introductoras del principio de oportunidad: «interés nacional», «falta de interés público», «injusticia obvia»... (69) ¿No supone esto un intento, por vía indirecta, de administrativizar el Derecho penal? En efecto, en el Estado social se observa una instrumentación e hipertrofia del sistema penal como consecuencia de su administrativización. Y esto se advierte no sólo en el contenido de la tutela, sino también en lo que respecta al ejercicio del *ius puniendi*, aunque se emplee el revestimiento formal del proceso y de los órganos jurisdiccionales, con el consiguiente peligro para las garantías procesales y penales de los ciudadanos (70).

Lo cierto es que la administrativización del Derecho penal tendría que ser calificada en los Estados de Derecho, de peligrosa y paradójica. Peligrosa, por cuanto que la utilización de técnicas y métodos administrativos se traduciría en merma de garantías (71). Paradójica, porque, tal como ha puesto de manifiesto el TC, es el Derecho ad-

---

(69) *Vid.*, a este respecto, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, 1976, p. 146, «las cláusulas generales... dificultan la precisión de los confines del supuesto de hecho legal y, consiguientemente, la clara delimitación del ámbito de lo punible.»; QUERALT JIMÉNEZ, «De algunas bases del Derecho penal español», en *ADPCP*, 1985, p. 316, «poco se dice, por contra, del contenido material de la ley penal; y lo que es más grave: quedaría burlado el edificio garantista sin dar entrada a una vinculación del mismo. Esta concretización viene de la mano del principio de la ley estricta...» *Vid.* también STSC 60/1991 (f.j. 7), que sintetiza la doctrina de este Tribunal sobre el doble aspecto, material y formal, del principio de legalidad y la 4/1994 (f.j. 4).

(70) *Vid.*, sobre este proceso, FAIRÉN GUILLÉN, «El Ministerio Fiscal en la Reforma procesal de 1988 (II)», en *Tapia* (45), 1989, p. 70; MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos (XIV)*, 1991, pp. 212-213; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación* (n. 5), 1992, p. 186; ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULÉ, *Instituciones* (n. 14), 1993, p. 28. *Vid.*, también, sobre el proceso de administrativización del Derecho penal dentro de un contexto de administrativización del Estado, JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsguterverletzung», en *ZStW* (97), 1985, pp. 755-785; DENNINGER, «Der Prävention-Staat», en *KJ* (21), 1989, pp. 1 a 15; BARATTA, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica», en *Pena y Estado* (1), 1991, p. 45.

(71) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, «La incidencia de la constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», en *REDA* (29), 1981, p. 359, afirma que «sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio es un derecho represivo prebercario».



ministrativo sancionador el que tiene que observar los principios del Derecho penal establecidos constitucionalmente y no el Derecho penal el que ha de sucumbir ante la idiosincrasia del Derecho administrativo (72).

En definitiva, es cierto que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador forman conjuntamente el denominado «Derecho garantizador» (73). Sin embargo, no hay que olvidar que desde el punto de vista del ámbito a garantizar y de las consecuencias del ataque, el Derecho administrativo sancionador anda por casa en zapatillas mientras que el Derecho penal calza un riguroso y elevado zapato de tacón que ha de caminar por la superficie altamente frágil de los bienes jurídicos fundamentales.

b) La seguridad jurídica ligada a la legalidad penal, se tornará en incertidumbre, pues el infractor dependerá más de las pautas señaladas en cada fiscalía, tamizadas, además, por la personalidad del fiscal de turno, que de lo preceptuado en la ley penal (74).

No compartimos, a este respecto, la estrecha concepción que sobre el principio de legalidad mantienen autores como Marchena Gómez, el cual, tras afirmar que «no existe escollo para el acogimiento de criterios de oportunidad en el proceso penal español», sostiene que el citado principio de legalidad se circunscribe a «la teoría de las fuentes en el orden punitivo», excluyéndolo en lo concerniente a «la forma o los criterios que han de presidir el

---

(72) En efecto, no hay que olvidar que las señeras SSTC 2/1981 [f.j. 4 y 7 b)] y la 77/1983 (fj. 2 y 3), pusieron de manifiesto la necesidad de observar, entre otros, los principios de legalidad y tipicidad, con la consiguiente exigencia de determinación. Esta doctrina ha sido reiterada por el propio TC [entre otras, SSTC 83/1984, 42/1987, 3/1988, 60/1991 (sintetizando la doctrina anterior), 6/1994, 26/1994] y por el TS (sent. 10 de noviembre de 1986). *Vid.* también, SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, 1989, pp. 174 y ss.; QUINTERO OLIVARES, «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal» en *REDA* (126), 1991, p. 258. En suma, como afirma, NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 1993, pp. 143-144, «... hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute "si" los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo sancionador, puesto que así se acepta con práctica unanimidad... Ahora bien, la principal dificultad se encuentra en la determinación de "qué" principios van a ser aplicados y, sobre todo, "hasta qué punto" van a serlo». En esta línea, por lo que respecta a la flexibilización de la cobertura legal de la actuación sancionadora de la Administración, *vid.*, entre otras, SSTC 6/1994 (f.j. 2) y 26/1994 (f.j. 4).

(73) SUAY RINCÓN, «El Derecho administrativo sancionador como Derecho garantizador y como alternativa al Derecho penal», en *Foro Canario* (87), 1993, p. 186.

(74) DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 1991, p. 142, «en cuanto principio estructurador de un Estado constitucional la democracia significa que ningún poder del Estado es ajeno a la voluntad popular y que sólo en ella puede tener su legitimación... lo que elimina de raíz la posibilidad de afirmar que existan... presunciones en contra de la voluntad popular».

ejercicio de la acción penal.» (75) Cuando así se concibe tal garantía se olvida:

a) Que, tal como pusiera de manifiesto Jescheck, la actuación punitiva del Estado se apoya en tres pilares: el Derecho penal material, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución de penas (76). Por lo tanto, si es una cualitativamente la misma la actuación estatal, aunque atravesando distintas etapas, ¿por qué se priva a una de ellas del principio de legalidad?

b) Como viene reconociendo reiteradamente la generalidad de la doctrina, el principio de legalidad entraña cuatro tipos de garantías: dos de carácter sustantivo (la criminal y la penal) y dos de carácter procesal (la jurisdiccional y de ejecución de penas) (77). Por tanto, al excluir del principio de legalidad todo lo concerniente a las formas o criterios relativos al ejercicio de la acción penal se está menoscabando la garantía jurisdiccional.

En efecto, el derecho a ser condenado exclusivamente en virtud de sentencia firme presupone no sólo la culminación de un proceso desarrollado con todas las garantías (art. 24.2 CE), sino también que éste se ha iniciado, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con la garantía de certeza (art. 9.3 CE) que tanto para la víctima como para el sujeto activo del delito, implica el reconocimiento del principio de legalidad penal (78).

c) No parece correcto contraponer como antitéticos y deslindables los términos de «fuentes del orden punitivo» y «criterios de

---

(75) MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, 1992, pp. 138-140.

(76) JESCHECK, *Tratado* (n. 23), 1981, pp. 23 y ss. En el mismo sentido QUE-RALT JIMÉNEZ, *Praxis* (n. 63), 1991, p. 78, quien incluye, además, al Derecho policial. Y añade que «al descuidar otros sectores normativos interdependientes, se corre el riesgo de actuar en el vacío y caer en el formalismo, por más que las construcciones dogmáticas sean, desde el punto de vista conceptual, dignas de elogio.»

(77) Entre otros, STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, 1953, p. 179; MUÑOZ CONDE, *Introducción* (n. 24), 1975, p. 88; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de legalidad», *NEJ*, XIV, 1971, p. 888; COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador» en *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982, pp. 194 y ss. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1989, pp. 15 y ss., reconoce, sin embargo, de forma más sintética sólo dos: la penal y la procesal; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, 3.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 166 y ss.

(78) Como ponen de manifiesto ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULÉ, *Instituciones* (n. 14), 1993, p. 19, «el principio de legalidad no se agota en la claridad y concreción de los tipos delictivos —lo que supone una elección en favor del derecho penal del hecho, frente al derecho penal del autor—... Esencial a su noción es también la dimensión procesal jurisdiccional. La indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia confieren al proceso penal un carácter de necesidad, que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo» (cfr. art. 1 de la LECr.).

ejercicio de la acción penal», pues el orden punitivo se instrumentaliza y se hace efectivo mediante el ejercicio de la correspondiente acción penal. Parafraseando a Beling, de poco serviría el principio de legalidad si las leyes que le dieran cobertura formal se expresaran en los siguiente términos: «*aquel que cometa una acción antijurídica e imputable será castigado según el criterio del juez, en aquellos casos que el Ministerio Fiscal considere conveniente ejercitar la acción penal*» (79).

6.º Por último, el Estado democrático de Derecho y la separación de poderes, reflejados en la Constitución en los arts. 1, 9.1 y 3, 66.2, 97 y 117, aparecen desdibujados con el principio de oportunidad (80). En efecto, a un órgano, el Ministerio Fiscal, que no forma parte del poder legislativo ni tampoco del judicial, se le concede, como hemos podido apreciar más arriba, capacidad derogatoria tácita de normas penales, al poder obviar la persecución y proceder al archivo de la acción penal, pese a haber existido delito, en base a criterios de su exclusiva interpretación. En consecuencia, por obra y gracia del principio de oportunidad, será el Fiscal el que no sólo ejercite discrecionalmente la acción penal, sino el que, además, im-

---

(79) Cfr. BELING, «Il significato del principio "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale», en *Giustizia penale* (I), 1931, pp. 319-320; *idem*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 31 y 115. *Vid.* también, BAUMANN, *Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos* (trad. a la 4.ª ed. alemana C.A. Finzi), 1981, pp. 58-62; ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 1992, pp. 89-92. En el ámbito procesal pone de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, 1987, p. 97, que «El principio de legalidad (el único adecuado a la naturaleza del derecho represivo) es el complemento imprescindible del sistema de la acusación oficial. Significa tal principio que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley. El punto de vista del MF ha de ser el de la ley, ya que es un órgano público en función de la justicia, y no de la administración política o de la razón de Estado. Lo contrario es dejar en cada caso concreto la acusación (y, por tanto, la actuación del derecho penal) al arbitrio del que monopoliza la función (principio de oportunidad). Con ello, el MF podrá eximir de la pena a cualquier acto punible por la sola razón de que la persecución le parezca inoportuna o intrascendente; y el Derecho penal quedará mediatizado por consideraciones y reservas que no son las suyas propias».

(80) Son muchas la teorías esgrimidas en cuanto a la naturaleza del Ministerio Fiscal: **órgano integrado en el poder ejecutivo** [ANDRÉS IBAÑEZ, *El Ministerio* (n. 13), 1990, p. 118; ORTELLS RAMOS, *Nuevos* (n. 13), 1990, p. 232]; **órgano administrativo, cualificado por su actividad de colaborar con la Administración de Justicia** (GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, 1988, p. 68); **órgano del Estado, no del Gobierno** [ALAMILLO CANILLAS, *El Ministerio Fiscal español (organización y funcionamiento)*, 1990, p. 20]; eclécticas, **órgano del Estado cooperador de la Administración de Justicia** [GRANADOS, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, 1989, p. 71], pero en lo que coinciden todas ellas es en afirmar su exclusión del poder legislativo y judicial.

pute cargos, negocie y fije la pena. ¿No es esto manifestación de una anacrónica confusión de poderes? (81).

Cuando se afirma, en aras de un Derecho penal democrático, que el principio de intervención mínima «debe trascender al proceso penal, permitiendo la inhibición de la justicia penal frente a hechos que la sociedad no reprueba» (82), se olvida que tal misión de representación de la voluntad social corresponde, precisamente en los estados democráticos, al poder legislativo y su concreción, al poder judicial. Por lo tanto, no se puede convertir a un funcionario sin representación democrática y sin incardinación judicial en un cuarto poder sin previsión constitucional (83).

Resulta paradójico que, precisamente, el órgano al que constitucionalmente (art. 124) se le encomienda «la defensa de la legalidad», se le quiera colocar en tesitura tal que en lugar de proteger acabe menoscabando la citada «legalidad» (84).

---

(81) MENA ÁLVAREZ, «El principio de inoportunidad», en *Revista Jueces para la Democracia* (8), 1989, p. 12, aun reconociendo lo extremo del supuesto y la existencia del incidente de discrepancia, no deja de ver el peligro del principio de oportunidad reglada como «cauce de intromisión política, o de otra índole a través de la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal.»

(82) CONDE-PUMPIDO, «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona», en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, 1989, p. 1022.

(83) GIMBERNAT ORDEIG, «Estado de derecho y estado de deshecho», en *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1991, p. 34. «... Al ejecutivo corresponde presentar los proyectos de ley que estime oportunos y a las Cortes aprobar las leyes; pero, una vez aprobadas, cual sea el contenido de éstas es algo que sólo pueden decidir, con carácter excluyente, los jueces y los tribunales. Cualquier alteración de ese reparto de competencias significa una agresión al principio de la división de poderes sobre el que se basa el Estado de Derecho: un funcionario —por muy alta que sea su jerarquía— está invadiendo competencias del poder judicial si... pretende que su personal interpretación de las leyes prevalezca sobre la opinión de la única instancia que monopolísticamente tiene la facultad de decidir —frente a los demás poderes del estado y, también y por supuesto, frente a los particulares— cuál es el contenido de las normas jurídicas»; ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy* (trad. Muñoz Conde y Luzón Peña), 1984, p. 103, destaca cómo «este principio fundamental de la división de poderes garantiza el principio *nullum crimen*, al distribuir el poder punitivo entre dos poderes (el Parlamento, que promulga leyes penales, y el poder judicial que pronuncia las condenas penales) y excluir de esta materia al tercer poder (el Gobierno); ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos* (n. 68), 1993, p. 55, reconoce que «la única regla fija que existe en el sistema jurídico español para seleccionar y jerarquizar los bienes jurídicos (intereses o valores) que van a ser objeto de protección penal, es la de que dicha función está encomendada exclusivamente a las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado) en tanto órgano de representación del pueblo español». Y es sólo este órgano «el que tiene un importante margen de libertad a la hora de definir y seleccionar las conductas delictivas».

(84) Otro ejemplo de «esquizofrenia funcional» en la atribución de competencias al Ministerio Fiscal, lo encontramos en materia de menores, cfr. STC 36/1991.

En definitiva, cuando se convierte al Ministerio Fiscal en un «ejecutivo agresivo» con facultad de hacer del delito y la pena fijada en la ley «valores de cambio y bolsa», transformando lo que debiera ser búsqueda de la verdad histórica, considerada como una de las notas diferenciadoras de la justicia civil, en mera fijación de la verdad negociada, poco o nada, aunque sea con sólo una franja de la criminalidad, le quedará de singular al proceso penal y a su quintaesencia quedarán reducidas las garantías penales (85).

Por otra parte, no hay que olvidar tampoco que el fundamental principio del Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, configura la ley penal como la síntesis normativa de un amplio espectro de concepciones socioculturales lo que se garantiza técnicamente por la mayoría cualificada de la Ley Orgánica. Por ello, la función desplegada por aquél de crítica del sistema penal vigente es esencial no sólo en los procesos mismos de tipificación y destipificación de conductas, sino también en la forma en la que estos procesos son llevados a cabo, los cuales han de tener sede legislativa (86).

---

*Vid.*, asimismo, DOLZ LAGO, «El Fiscal ante la reforma de menores: radiografía de una metamorfosis paradójica», *La Ley*, 2985, 1992.

(85) *Vid.* PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ BABIEDES, *Derecho procesal penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1987, pp. 90-91.

Por su parte, VÁZQUEZ SOTELO, *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, 1988, p. 382, pone de manifiesto que «el proceso penal moderno ha sido concebido siempre y diseñado como un instrumento sumamente delicado que no debe poder ser privatizado, en el sentido de que no puede dejarse su funcionamiento en manos de los particulares y al exclusivo servicio de sus intereses. Incluso en los delitos reservados a la iniciativa de la querrela o de la denuncia (en contra de lo que no pocas veces se dice) el particular no dispone de la dirección subjetiva de la acción penal y el *ius puniendi* se ejercita igual una vez removido el requisito preliminar de la iniciativa del particular afectado. La acción penal es siempre pública (lo que es tanto como reconocer que no es de nadie, ni siquiera del Ministerio Fiscal), tanto si se ejercita por el órgano instruido al efecto, como si se procede a instancia de un ciudadano agraviado o no por el hecho... y su ejercicio no es disponible, sino cabalmente irrefractable, según la configuración doctrinal más autorizada». En el mismo sentido, MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», en *Doctrina penal*, 1, 1978, pp. 305 y 306, después de constatar la evolución histórica paralela entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, afirma que «... la teoría procesal penal fundada en el concepto de *acción procesal*, trasladada del derecho procesal civil, es absolutamente inidónea para resolver problemas en el derecho procesal penal y no responde a la clara conformación histórico-político criminal de éste último».

(86) *Vid.* a este respecto, MIR PUIG, «Objeto del delito», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, 1982, pp. 766 y ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di Bene giuridico*, 1983, pp. 237 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, 1984, p. 180; HORMAZABAL MALARÉE, «Política penal en el Estado Democrático», en *El Poder del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985, pp. 168 y ss.; *idem*, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido*

En todo caso, no estamos ante un supuesto aislado. Siguiendo a Andrés Ibáñez, paralelamente a la pérdida de protagonismo político de la institución parlamentaria, asistimos a una «sobrepolitización patológica» del poder judicial. El juez aparece como «un político por subrogación» en un contexto de «utilización estratégica de la jurisdicción para incidir sobre algunas gravísimas disfuncionalidades o inadecuaciones del sistema al modelo constitucional y legal». La finalidad y las consecuencias de este proceder son claras: «neutralización de la instacia judicial y su descrédito». En efecto, no hay que olvidar que «el poder judicial ha demostrado en este punto ser particularmente incómodo e incluso en ocasiones insoportable en la forma que aparece diseñado en la Constitución. Tanto por razones de carácter económico como político» (87). Y es que corren malos tiempos para el principio de legalidad penal y no parecen tener mejor fortuna sus mecenas: el Estado de Derecho y la separación de poderes.

---

*por la norma penal*), 1991, pp. 155-156; PAVARINI, «El sistema de Derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo» (trad. Domínguez y Bergalli), en *Poder y Control* (1), 1987; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 1993, p. 56.

(87) ANDRÉS IBÁÑEZ, *El papel* (n. 48), 1990, pp. 6-8. De «historia de una instrumentalización» califica Pedraz Penalva la historia de la Administración de Justicia (Sobre la crisis de la Justicia en Constitución, Jurisdicción y Proceso, 1990, p. 228).

# CRÓNICAS EXTRANJERAS

## ¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? (\*)

Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal  
tras una fractura del régimen político (1)

GÜNTHER JAKOBS

(Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad  
de Bonn)

### I. PRESUPUESTOS PARA LA PUNICIÓN

1. *El hecho del pasado como conflicto del presente.* El Derecho penal, ¿no supera *siempre* el pasado? El hecho punible se pre-

---

(\*) Traducción del original alemán: *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, publicado en: ISENSEE (comp.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Berlín, 1992. Versión castellana de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires).

(1) Concluido el 20 de octubre de 1991. El texto del artículo 103, párr. 2, GG, § 1, StGB, es citado bajo II.2. Resultan pertinentes, además, las siguientes normas del StGB:

§ 3. Validez para hechos cometidos en el interior del territorio.

El Derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el interior del territorio.

§ 5. Hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos internos.

El Derecho penal alemán rige, independientemente del derecho del lugar del hecho, para los siguientes hechos cometidos en el extranjero:

...

4.º Traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior [§§ 94 a 100a)].

§ 7. Validez para hechos cometidos en el extranjero en otros casos.

1) El Derecho penal alemán rige para hechos cometidos en el extranjero contra un alemán, cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho, o el lugar del hecho no está sujeto a jurisdicción penal alguna.

senta, por cierto, concluido; cuando se lo castiga, es pasado. Naturalmente, si lo pasado no fuera más que pasado, no habría nada que superar; más bien sería indiferente, olvidado en poco tiempo. El hecho punible concluido no es objeto del Derecho penal por sí mismo, sino que lo es sólo en la medida en que es origen de un conflicto todavía presente al momento de la punición, y es este conflicto lo que debe ser superado. De lo que se trata, entonces, es de la superación del presente perturbado por el pasado.

¿Cuál es la perturbación presente producida por un hecho punible pasado? Aquí se podría pensar, en principio, en que la relación entre el autor y la víctima se habría desquiciado. Quizá todavía perdura el sufrimiento de la víctima, a quien el autor privó de chances vitales, y quizá el autor continúa negándose a compensar esto. Tal perturbación actual del ordenamiento de los bienes, sin embargo, no puede ser eliminada mediante el Derecho penal; por ello, tampoco puede ser lo que el Derecho penal debe superar. El Derecho penal no cura las heridas de la víctima infligidas por el autor, ni siquiera atribuye la retribución del daño, sino que más bien hace que al mal del hecho sufrido por la víctima, le siga un nuevo mal: la pena como un mal para el autor. Esta secuencia de dos males, irracional en su curso externo (Hegel), solamente puede ser comprendida como proceso comunicativo. Ya el hecho mismo no es tomado en su exterioridad, sino como afirmación del autor de que él tiene derecho a configurar el mundo tal como sucede mediante el hecho, y la pena es la contradicción de esta afirmación; la pena es la contraafirmación de que el autor no es decisivo, de que su afirmación es falsa. El derecho penal supera, por tanto, aquella perturbación actual que es producida por el aspecto comunicativo del hecho: la perturbación de la vigencia de la norma producida por el hecho, que llega hasta el presente. El Derecho penal tiene la misión de asegurar suficientemente la vigencia estable de normas centrales, imprescindible para la existencia de una sociedad.

2. *Imputabilidad, necesidad, positividad.* De las condiciones que deben darse acumulativamente para que sea posible y admisible la garantización mediante la pena, interesan en este contexto, es decir, en el caso de una fractura política del pasado al presente, las tres siguientes:

---

2) Para otros hechos cometidos en el extranjero, rige el Derecho penal alemán cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho, o cuando el lugar del hecho no está sujeto a jurisdicción penal alguna, si el autor

1.º era alemán al momento del hecho, o se ha convertido en alemán luego del hecho, o

2.º era extranjero al momento del hecho, sea hallado en el territorio interno, y, a pesar de que la Ley de extradición autorizaría su extradición según la naturaleza del hecho, no es extraditado porque la extradición no fue requerida, fue denegada, o no es ejecutable.



*Primero*, debe poder demostrarse que el hecho del autor es la causa del déficit de la vigencia de la norma, cuando menos, una causa digna de mención. Se trata, por tanto, de la *imputabilidad* de la perturbación al autor. Un hecho punible tiene siempre muchas causas, y no está claro de antemano que la mala voluntad del autor se presente como causa prioritaria, o siquiera, como una causa digna de mención. Y si es digna de mención, pero secundaria, podrá resultar cómodo, pero es engañoso articularla justamente como la única causa. Dicho con un ejemplo: si el sistema educativo de una sociedad corrompe en forma planificada a los hombres desde su niñez, y los corrompidos de este modo cometen los hechos punibles para los cuales han sido preparados, sería una empresa engañosa que la mala voluntad de estos autores fuera señalada como la causa principal o incluso como la única causa de la perturbación; ella es, a lo sumo, en caso de que sea digna de mención, una causa secundaria: la solución principal deberá producirse mediante la política, justamente a través de la revisión del sistema educativo.

*Segundo*, la pena debe ser *necesaria* para restablecer la vigencia lesionada de la norma. En la medida en que la vigencia de la norma permanezca estable de todas formas por otras causas, se puede renunciar a la pena. Una sociedad firme, segura de sí misma, se puede dar el lujo de la generosidad; pues en ella un hecho punible no puede actuar como un ejemplo fuertemente atractivo. Dicho nuevamente con un ejemplo: si en una sociedad un giro hacia el totalitarismo queda completamente fuera de discusión, frente a intentos totalitarios residuales, será suficiente reacción encogerse de hombros sin comprender.

*Y tercero*, un ordenamiento jurídico que refiere su legitimidad no a fuentes prepositivas, sino a decisiones acerca de su *positivización*, debe reconocer, si se comprende a sí mismo acertadamente, que su conformación sólo es la propia, y, también, sólo la *actual*. Dado que se trata solamente de la conformación actual, se excluye la retroactividad, tal como, en principio, está fuera de discusión (art. 103, párr. 2, GG, § 1, StGB). Asimismo, queda excluida una extensión a los ámbitos espaciales o personales de otros ordenamientos, salvo que el ordenamiento jurídico reivindique también estos ámbitos como propios y le desconozca su legitimidad a los otros ordenamientos. Para el ordenamiento legal, esto presupondría, por cierto, el poder de actuar efectivamente en estos ámbitos. Esto queda todavía por ser tratado. El derecho alemán vigente reconoce su restricción en estos ámbitos. Para hechos en el extranjero de alemanes o contra alemanes (o de afectados en el país) rige el derecho penal alemán prescindiendo de algunas excepciones más o menos bien fundadas, que no resultan decisivas en este contexto sólo cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho (o el lugar del hecho no está sujeto a ninguna jurisdicción penal) (§ 7, StGB), es

decir, cuando el otro ordenamiento muestra, en esa medida, la misma conformación actual que el derecho penal alemán; si el otro ordenamiento se diferencia en su conformación, entonces, el derecho penal alemán se entiende a sí mismo como relativo, y, conforme a ello, no formula pretensiones usurpatorias.

## II. LA SUPERACIÓN DEL NACIONALSOCIALISMO POR EL DERECHO PENAL

1. *¿Imputabilidad de los delitos ordenados por el Estado? ¿Necesidad de la punición de hechos nacionalsocialistas?* Antes de ocuparme de la cuestión actual en este momento acerca de si el Derecho penal puede aportar algo para la superación del pasado en la ex DDR (\*), debe darse una mirada a la situación, parcialmente análoga, tras la finalización de la era nacionalsocialista; tomo como ejemplo los hechos violentos durante el nacionalsocialismo, especialmente homicidios en campos de concentración y por grupos en acción. ¿Cuál es la situación respecto de las condenas por tales hechos con relación a las tres condiciones que deben estar presentes, si la punición debe asegurar la vigencia estable de la norma?

La primera condición, la imputabilidad, parece estar clara: ¡puede haber pocas causas más fuertes para un asesinato que la mala voluntad de los esbirros que lo ejecutan! Si esto es así, ello significa, a la vez, que el conflicto, o (quizá aquí mejor dicho) la catástrofe, tuvo causas principalmente individuales, justamente, la mala voluntad de los esbirros (2). Las causas sociales y políticas, entonces, deberían ser clasificadas como menos principales: una nación entera, después de una guerra perdida, después de la Primera Guerra Mundial, y luego de una permanente depresión económica, no logra alcanzar la prudencia política; esto, por cierto, no en forma incomprensible, pero aun toda la comprensión para la falta de prudencia no la convierte en prudencia. Sin prudencia política, no es posible conformar una sociedad bien ordenada, y una sociedad que no está bien ordenada no es otra cosa que una gran banda de ladrones (San Agustín). Alemania se encontraba pasivamente en poder de esta banda y fue liberada desde fuera. ¿No se puede ver en este fracaso político una

---

(\*) *Deutsche Demokratische Republik* (República Democrática Alemana) (N. de la T.).

(2) Acerca de la culpabilidad de autores educados por el régimen mismo, en detalle, ERNST-WALTER HANACK, *Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter*, en: *Verhandl. des 46. DJT*, 1967, Sección C, pp. 53 y ss.; *idem*, *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*, en: *JZ*, 1967, pp. 297 y ss.; *idem*, nota en: *NJW*, 1976, pp. 1758 y s.; HERBERT JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 1982, pp. 163 y ss., 175 y s.; BVerfGE, t. 54, pp. 100 (108 y ss.).

causa más fuerte que en la mala voluntad de los esbirros? Se objetará que lo uno no excluye lo otro, que en todo caso ambos, el fracaso político de la nación y la mala voluntad de los esbirros, son causas dignas de mención. Pero no es tan simple. La mala voluntad de los autores no era una voluntad que se formara en una sociedad bien ordenada a partir de la maldad subjetiva, sino que era la expresión de la maldad objetiva que es propia de las sociedades ordenadas sin prudencia. Los asesinatos de los nacionalsocialistas —dejando de lado los excesos que ampliaron aún más el exceso estatal general— no fueron cometidos privadamente, sino como actos del Estado. Los autores recibían por ellos salario de mano del Estado, y cuando tras la finalización de la era nacionalsocialista, la sociedad fue reordenada, ellos vivían también ordenadamente, pasando inadvertidos, hombres adaptados aquí y allá, con otras palabras, cáscaras personales, rellenas con la sangre del respectivo sistema. Quien no pueda imaginarse a sí mismo como autor en un campo de concentración, sabe que tiene un gran carácter, o no tiene imaginación.

Ahora bien, esto ocurre en todo delito: en todo caso, un gran carácter es inmune a él. Es que es justamente el fin de la pena el de reafirmar la vigencia de la norma, de modo tal que puedan ser superados los ataques a ella, y sólo en una sociedad de apóstoles y padres de la Iglesia no hace falta el Derecho penal. Pero una cosa es definir a la mala voluntad del autor, en una sociedad bien ordenada, como causa del conflicto, y otra, actuar retrospectivamente de la misma forma respecto de una sociedad pervertida. En el último caso se individualiza un conflicto político genuino; esto no tiene por qué ser necesariamente equivocado —de lo que se trata aquí no es de la impunidad para asesinos de la era nacionalsocialista—, pero es peligroso, porque de este modo se oculta que la misión más incómoda, la de lograr prudencia política, ni es resuelta mediante la localización del conflicto en la mala voluntad del autor individual, ni tampoco es formulada siquiera como misión.

La primera condición, la imputabilidad, por tanto, puede ser considerada, en conclusión, como dada, aun cuando mal puede juzgarse en nombre del pueblo cuando los hechos a ser juzgados también pueden serle imputados a él.

Respecto de la segunda condición, la necesidad de pena, la situación es más sencilla: tras la finalización del régimen nacionalsocialista, debía comprobarse primero en Alemania la estabilidad de un ordenamiento conforme al Estado de derecho material. Todavía no se podía hablar de una sociedad que, de todos modos, estuviera segura de sí misma, en todo caso, no al comienzo. Más tarde, por cierto, también esta condición se volvió menos segura, y cuando se realizaron los grandes procesos por hechos violentos del nacionalsocialismo durante los años sesenta, ya era dudoso que esta condición estuviera dada.

2. *¿Punibilidad de derecho positivo de los hechos violentos del nacionalsocialismo?* Ahora bien, respecto de la tercera condición, la positividad, es decir, la punibilidad del hecho al momento de su comisión y en el lugar de su comisión o con relación a la persona del autor, el artículo 103, párr. 2, GG, y el § 1, StGB, expresan:

«Un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuera cometido.»

¿Regía, por tanto, en la época del nacionalsocialismo, en Alemania, o en las zonas ocupadas de Polonia o de la Unión Soviética, o en cualquiera de las otras zonas bajo dominio alemán, la prohibición del homicidio de los judíos, para mencionar esta prohibición como ejemplo? Sea tratada aquí especialmente esta difícil cuestión con cierta profundidad, porque la problemática se repite en la cuestión que todavía queda por tratar, de si ciertos hechos estaban amenazados con pena en el lugar del hecho en la ex DDR; de la respuesta depende también, por tanto, la factibilidad jurídica de la superación del pasado que hoy queda por lograr.

En primer lugar, hay que establecer que el Código Penal no ha sido reformado después de 1933, en lo que respecta al homicidio de judíos. Tampoco ha existido una ley formal o siquiera una facultad surgida de un decreto en el que se corroborara la permisión de tales homicidios. Si algo existía como fundamento jurídico, ello era, en todo caso —y si es que había algo— una orden del *Führer*. Tal orden no había sido publicada en ningún lado, era justamente una disposición del *Führer* y del canciller del *Reich*. Tal orden del *Führer*, ¿podía modificar la situación jurídica? Por cierto que no podía si se analiza la situación a partir de la Constitución de Weimar, y tampoco podía si se utilizan los parámetros generales del Estado con división de poderes. Pero analizar el nacionalsocialismo según la Constitución del Reich de Weimar resulta grotesco y lo mismo ocurre si se trata de explicarlo a partir de un Estado con división de poderes. El nacionalsocialismo, sin embargo, existió durante doce años como un Estado efectivo, y ya su primer quebrantamiento radical de la división de poderes, y en definitiva, del derecho en sí, la solución del llamado golpe de Röhm, fue juridizado por el jurista Carl Schmitt (3) con el título: «El *Führer* protege el derecho». Esto significa, con otras palabras, y si uno no se atiene a un normativismo separado de la vida real, sino que parte de que —por ejemplo, con el sociologismo precoz de Hans Kelsen, ciertamente fuera de toda sospecha— solamente puede ser Estado —y esto significa en Kelsen, al mismo tiempo, Derecho— aquello que en general es efectivo (4),

(3) Deutsche Juristen-Zeitung, 1934, pp. 945 y ss.

(4) Eficacia como condición de la validez: HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960 (2.<sup>a</sup> ed.), pp. 215 y ss.

es decir, aquello que se practica, entonces, la cuestión de la eficacia jurídica de una orden del *Führer* solamente puede ser decidida según la Constitución vigente al momento del nacionalsocialismo, es decir, la Constitución vivida fácticamente; y desde esta perspectiva, no puede haber dudas en cuanto a que, según esta constitución vivida fácticamente, una orden del *Führer* podía derogar el derecho y crear nuevo derecho. Quien niega esto, y exige un fundamento para estas facultades o cuando menos, su publicación (5), busca al Estado nacionalsocialista en ámbitos que éste no conocía, y en los cuales, por tanto, tampoco tuvo lugar; esto sería como buscar al diablo en el ámbito de las buenas obras. En todo caso, normativamente, es tan ajeno a la realidad que en este Estado haya regido el derecho inmodificado de la época de Weimar, como lo sería la suposición de que toda norma que por descuido no ha sido puesta fuera de vigencia formalmente, pero que ha sido olvidada o desplazada, continúa vigente eternamente. Aun cuando se denomine al Estado nacionalsocialista como Estado ilícito, nada se habrá ganado: sencillamente falta entonces todo derecho, y así también, el derecho a la vida de las víctimas del régimen; la punibilidad al momento del hecho tampoco puede fundamentarse así.

Ahora bien, naturalmente se objeta que todo esto bien puede ser correcto, pero una orden del *Führer* (si es que la hubo) o en todo caso la constitución en esa medida vivida en el Estado nacionalsocialista, habrían sido ineficaces, cuando menos en las partes aquí relevantes, por contrariar principios humanitarios, esto sí en forma evidente; contrariedad que, por cierto, no puede ser negada. En la discusión de este argumento, déjese de lado si existe una vinculación suprapositiva del derecho positivo. Nada depende de la solución de este problema. Formulado en pocas palabras: ¿cómo sería la cuestión si los nacionalsocialistas hubieran eliminado los §§ 211 y ss. del Código penal (éstos son los delitos de homicidio), mediante una ley formal, y hubieran colocado en su lugar nuevos preceptos, de modo tal que el delito básico, el homicidio, con esta modificación, hubiera rezado: quien mate a un no judío será penado, o quien mate a un ario, será penado? En este caso sería claro que el precepto, a su vez, al dejar de lado a los judíos o a los no arios, iría claramente en contra de los derechos humanos elementales de los dejados de lado, pero tampoco la claridad de esta contrariedad podría cambiar en nada

---

(5) Véase la controversia entre ANTON ROESEN, *Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse*, en: NJW, 1964, pp. 133 y ss., y HANS WELZEL, *Gesetzmäßige Judentötungen?*, en: NJW, 1964, p. 521 (pp. 522 y s.). El argumento según el cual también la doctrina del Derecho político de la época nacionalsocialista había postulado para las órdenes del *Führer* —preponderantemente— una publicación, desconoce que el titular del máximo poder nunca había reconocido tal condición como constitutiva para sí a largo plazo. Otras referencias sobre este problema, en GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 1991, 2.<sup>a</sup> ed., 4/9, nota 23.

el hecho de que todo homicidio de un judío o un no ario, aun cuando continuara siendo ilícito en consideración de principios suprapositivos, en todo caso no era punible, ya que faltaba en ese momento un precepto penal. Es posible que exista, como opinan algunos, una determinación supralegal de los límites elementales entre derecho e ilícito, pero, ¿quién se atrevería a decir hoy que una punibilidad supralegal es una suposición razonable? La punibilidad es hija del Derecho positivo, y de este modo, también de la Constitución y la práctica respectivamente vividas en un Estado.

Naturalmente, contra esta argumentación podría objetarse que no fue ésta la forma en que se procedió en el nacionalsocialismo; no se trata de fundamentar la punibilidad luego de una supresión del precepto del homicidio, sino que debe ser declarada ineficaz una restricción de la punibilidad, la orden del *Führer* de exterminar a los judíos, y con esta declaración de ineficacia revive la antigua punibilidad: no se trata de la ampliación del tipo, sino de la restricción de las causas de justificación. Sería extraño que algo dependiera de tales diferenciaciones técnico-jurídicas. Nada depende tampoco de ello. Se distorsionan las normas de un Estado cuando se sacan algunas y se interpretan las restantes como si la que fue sacada no perteneciera a la totalidad. El ordenamiento jurídico es un continuo. Así como ocurre con cualquier texto, como por ejemplo, una novela, en que es inadmisibles suprimir algunas oraciones o párrafos y afirmar que el resto se corresponde con las intenciones del autor, del mismo modo, tampoco es admisible quitar partes de un ordenamiento jurídico por razones que están fuera de ese ordenamiento jurídico, y afirmar luego que lo que queda es el ordenamiento normativo según la Constitución fácticamente vivida (6). En lo sustancial, un procedimiento tal no aportaría nada más que la afirmación —hoy ya no sostenida— de la punibilidad natural o de Derecho natural.

Es justamente convertir en inofensivo al nacionalsocialismo, el partir de que, en ese entonces, había todavía un ordenamiento jurídico para protección de los judíos y demás personas definidas como contrarias al régimen, frente a su exterminio sistemático en campos de concentración y otros lugares, un ordenamiento jurídico que solamente no fue aplicado, quizá por cobardía, quizá por comodidad, pero que en todo caso existió realmente como ordenamiento jurídico vigente también durante esa época. La situación era mucho peor: aquel que era estigmatizado como contradictor del régimen perdía no solamente el goce de derechos aún existentes, sino que perdía estos derechos en su existencia misma. Formulado en términos de la

---

(6) GERALD GRÜNWARD, *Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen*, en: *Strafverteidiger*, 1991, p. 31 (36); véase ya, idem, *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, 1971, p. 11; GRÜNWARD argumenta a partir del Derecho positivo, sin embargo —a diferencia de lo que ocurre aquí—, sin consideración a la respectiva interpretación de lo que es la Constitución.

filosofía del Derecho, esto significa: aquel que era definido como contradictor del régimen era excluido de la relación de reconocimiento como un igual; era acumulado entre los objetos del derecho de cosas. Por lo tanto, se producía no solamente la *manipulación del Derecho* en el espíritu nacionalsocialista, sino ya su *conformación*. La jurisprudencia y la doctrina ampliamente mayoritaria, que ni siquiera se ha ocupado de estas cuestiones, no ha comprendido la pérdida de cultura que se produjo en el nacionalsocialismo; argumentan como si los nacionalsocialistas solamente hubieran manipulado erróneamente a la persona moral «Estado». ¡Pero los nacionalsocialistas le quitaron al Estado real su moralidad!

La formación del Derecho característica del Estado de derecho *frente* al actuar estatal no se encontraba entre las características de identidad del Estado nacionalsocialista. Por ello, la Constitución de este Estado era aquello de lo cual éste surgía: el «deber ser» no solamente podía permitir el hecho, sino que —medido en las categorías del nacionalsocialismo— también podía producir su propio «ser debido», como hecho definido de modo históricamente necesario. Y el hecho de que el exterminio físico de los definidos como contradictores fuera emprendido en el nacionalsocialismo como un hecho que marcó la historia, es decir, con toda la clandestinidad parcialmente existente, como —¡nuevamente medido en las categorías del nacionalsocialismo!— un hecho debido, es tan difícil de poner en duda como hecho histórico, como sencillo resulta hoy reconocer esto como irracional.

Pero, ¿por qué se intenta aquí reconstruir la obviedad de los nacionalsocialistas? Porque solamente de este modo es posible investigar qué era punible en su Estado —¡y era *su* Estado!—. Los hechos violentos de los que aquí se trata no eran punibles de acuerdo con dicho Estado. Por tanto, para poder penar a los autores de hechos violentos del nacionalsocialismo, se habría debido suspender la prohibición constitucional de retroactividad.

De este modo, corresponde concluir la presentación del primer intento de superar el pasado por medio del Derecho penal. De lo dicho puede deducirse con qué tendencia será tratado el segundo intento.

### III. LA «SUPERACIÓN» DEL «SOCIALISMO» DE LA DDR POR EL DERECHO PENAL

1. *Principios del Derecho penal internacional.* Ahora bien, en el caso de la nueva superación del pasado por medio del Derecho penal, ya no se trata de la retroactividad. En el Tratado de Unificación se establece que se mantiene la punibilidad en la República Federal de Alemania existente antes de la entrada en vigencia de la incor-

poración (7). De lo que se trata es, por tanto, de la aplicación de una jurisdicción penal que también sería pretendida por la República Federal de Alemania aun cuando nunca se hubiera llegado a la reunificación. Ciertamente, sin la reunificación muchos de los autores hoy pasibles de aprehensión no hubieran quedado sujetos al poder de la República Federal. Pero esto no afecta la pretensión penal, sino solamente su ejecutabilidad.

¿Qué competencias penales pretendía la República Federal ya desde antes de la reunificación? En primer lugar, se debe investigar si existía y existe una competencia para la persecución de hechos por los cuales los ciudadanos que huían de la DDR fueron matados en la frontera. Al respecto, de lo que se trata es de los soldados de frontera como autores, y, además, de los coautores y partícipes hasta los diputados de la Cámara del Pueblo (*Volkskammer*), quienes habían sancionado la ley respectiva, y de la cúpula del Estado, de la que dependía la aplicación de la ley.

En primer término, deben ser esquematizados los principios del ámbito de aplicación espacial del Derecho penal vigente. Según el § 3, StGB, el Derecho penal alemán rige para hechos cometidos en el interior del territorio. Por interior del territorio se entendió primero el territorio estatal según las fronteras del 31-12-1937 (8). Naturalmente, esto era una comprensión en cierta medida pálida y normativista del interior del territorio, como se concluye de inmediato si se piensa que la República Federal no podía hacerse cargo del orden en la DDR o en las zonas situadas más allá del Oder y del Neiße. ¿Cómo podía entonces hacer que los ciudadanos de tales territorios cumplieran las normas de la República Federal, bajo amenaza de pena? Era formulada una extraña pretensión: se debía penar sin que el Estado pudiera cumplir con su misión fundamental, ocuparse de la seguridad en el territorio. Esta interpretación fue dejada de lado a más tardar con el reconocimiento provisional de la línea Oder-Neiße, en el Pacto de Varsovia de 1970, y luego en el Tratado Fundamental de 1972. A partir de ese momento, la jurisprudencia (9) y la doctrina abarcaron principalmente como interior del territorio, al territorio de la República Federal y a Berlín Occidental, y hablaron de un concepto funcional de país, lo cual significa que el concepto era funcional al Derecho penal, y que no prejuzgaba en materia de derecho internacional. Desde ese momento, los hechos cometidos en la DDR no podían conducir a una competencia penal de la República Federal a través del § 3, StGB.

Pero, junto al principio de territorialidad, el Código Penal conoce un principio de personalidad —si bien limitado en forma significa-

---

(7) § 315, párr. 4, EGStGB, en la versión del anexo I, cap. III, materia C, párrafo II, del Tratado de Unificación.

(8) Todavía, BGHSt, t. 27, pp. 5 y ss.

(9) BGHSt, t. 30, pp. 1 y ss.



tiva— en el § 7, StGB, el cual es formulado en el primer párrafo de este mismo precepto, como principio de personalidad pasivo, denominado generalmente «principio de protección», esto es, el principio de protección de todos los alemanes donde sea que se cometa un hecho contra un alemán; y esto en nada fue alterado por el hecho de que los habitantes de la DDR fueran alemanes por motivos no solamente comprensibles, sino, como lo demostró el curso de la historia, por muy buenos motivos. Este principio de protección, sin embargo, y como ya se insinuó, está restringido en forma significativa: rige solamente cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho, o el lugar del hecho no está sometido a jurisdicción penal alguna. Se plantea aquí, respecto del principio de protección, en el § 7, StGB, por tanto, exactamente el mismo problema, que, en el primer intento de superar el pasado mediante el Derecho penal, anidaba en la prohibición de retroactividad: ¿es punible o no en un Estado organizado totalitariamente, algo así como disparar a matar contra el ciudadano que huye?

Antes de intentar una respuesta, sin embargo, debe presentarse con mayor precisión la situación del Derecho penal alemán internacional. El ya mencionado § 7, párr. 1, StGB, recién ha sido problematizado en forma digna de mención en el último tiempo. Se comenzó a dudar de si realmente era necesario garantizar protección a los ciudadanos de la DDR sin más ni más frente a todo lo que se emprendiera en contra de ellos (10). De hecho, no se advierte por qué esto hubiera tenido sentido. ¿Realmente debía ser aplicado en forma directa el Derecho penal de la República Federal de Alemania en caso de una riña en una kermés en Leipzig o en un accidente automovilístico en Dresden? La solución tampoco era siempre convincente respecto de alemanes de la DDR que se encontraban en el extranjero. ¿Por qué debía gozar de la protección del Derecho penal el alemán de la DDR que es reñido en Suecia por un banquero? En cambio, sí tenía sentido una protección en el ámbito en que se imposibilitaba a los alemanes en la DDR o fuera de la DDR colocarse bajo la protección de la República Federal de Alemania o, cuando ya se encontraban en ella, mantenerse bajo esta protección. Así limitado, el principio de protección tenía y tiene un sentido racional, y en su limitación alcanza también por cierto la problemática de los disparos en la frontera; pues precisamente en ellos se trata de casos en los cuales les era negada la protección prometida por la República Federal de Alemania a los ciudadanos de la DDR.

En el § 7, párr. 2, StGB, está positivizado el principio de personalidad activo, es decir, el principio de la punición del alemán como

---

(10) ALBIN ESER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 1991 (24.ª ed.), núms. 66 previo al § 3, y § 7, núms. 5 y s.; VOLKER KREY / NORBERT ARENZ, *Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland?*, en: JR, 1985, p. 399 (406), con referencias respectivamente.

autor de un hecho punible. Antes que respecto del § 7, párr. 1, StGB, esto es, el principio de protección, se discutió fuertemente qué alcance podía tener la regulación respecto del § 7, párr. 2, StGB, el principio de personalidad activo. Se reconoció que mal podía funcionar amenazar con pena al ciudadano de la DDR, en donde él, además, se encontraba, cuando comete un hecho punible, pero, por otro lado, no poder prestarle ayuda efectiva para la protección frente a hechos punibles. De allí que una difundida opinión argumentara ya desde hace mucho tiempo respecto del principio de personalidad activo, que el concepto de alemán debía ser entendido aquí estrictamente, restringiéndolo a aquellas personas que no solamente poseen la nacionalidad alemana, sino que además tienen el asiento de su vida en la República Federal de Alemania (11). Sea como sea: aun con una interpretación amplia, en el principio de personalidad activo, tanto como del principio de protección, el Derecho penal alemán rige solamente bajo la condición de que exista una norma idéntica en el lugar del hecho, y de este modo se vuelve a plantear el problema de cómo debían ser juzgados los disparos en la frontera, según el Derecho del lugar del hecho.

2. *¿Punibilidad de Derecho positivo de los homicidios en la frontera?* ¿Era punible, en el lugar del hecho, disparar a matar contra quienes huían? Comienzo, por tanto, con el análisis de la tercera condición, la positividad, respecto de la cual esta vez no se trata del ámbito de validez temporal, sino del espacial. La situación de Derecho positivo en la DDR era la siguiente (12): hasta 1982, el Ordenamiento de Fronteras de 1972 hacía referencia a que el ministro de Defensa Nacional promulgaría una regulación. Este decreto, una parte del reglamento de servicio de la NVA (\*), es lo que habitualmente se conoce como orden de disparar; puede suponerse que ciertamente no fue formulado sin el acuerdo de la dirigencia del partido y del gobierno. A partir de 1982 rigió la Ley de Fronteras, en cuyo § 27 había ahora una regulación legal; esta regulación permitía, según su texto, —con la más amplia protección posible de la vida y otras precauciones—, disparar contra las personas que quisieran resistirse a la detención por un delito o que estuvieran por cometer un delito. El hecho punible aquí en cuestión era el cruce ilegal de fronteras según el § 213, StGB, DDR, en tanto no se tratara de un caso más bien leve (§ 213, párr. 2, y § 1, párr. 3, StGB, DDR). También aquí puede suponerse que los soldados de frontera estaban formados en el manejo de los preceptos, y esto, por cierto, no según su interpre-

---

(11) REINHART MAURACH / HEINZ ZIPF, *Strafrecht, AT*, I, 1987 (7.<sup>a</sup> ed.), § 11, núm. 25, con referencias.

(12) GEORG BRUNNER, *Neue Grenzregelungen der DDR*, en: NJW, 1982, pp. 2479 y ss.

(\*) *Nationale Volksarmee* (Fuerzas Armadas Nacionales del Pueblo [DDR]) (N. de la T.).

tación objetiva de procedencia occidental, sino la que le daban la dirigencia partidaria y el gobierno (13).

Ahora se podría afirmar nuevamente que la restricción de la libertad ambulatoria mediante una orden de disparar o mediante una Ley de Fronteras constituía una infracción contra derecho suprapositivo. Por cierto, determinar si existe algo así como un derecho suprapositivo a la libertad ambulatoria es aun más problemático que la cuestión acerca del derecho suprapositivo a la vida. Pero nuevamente no se trata de la respuesta a esta cuestión, pues un derecho suprapositivo a la libertad ambulatoria, si bien convertiría en ilícito la restricción de la libertad, no podría, a pesar de ello —en total paralelo con la situación jurídica presentada respecto de los hechos de violencia del nacionalsocialismo—, convertir en lo contrario el hecho de la impunidad de los tiradores y sus instigadores (14). El Estado con el nombre de DDR estaba, pues, organizado de tal modo, que en él no existía el Derecho a la libertad ambulatoria, y el sometimiento o incluso el homicidio de aquel que quería actuar con libertad ambulatoria, y era atrapado en el intento, era una realidad, si bien una realidad cruel. Por tanto, de la punibilidad de tales acontecimientos solamente se puede hablar desde un punto de partida normativista extraño y vacío. Me ahorro las reiteraciones y remito también aquí a que la suposición de la punibilidad constituye ciertamente un intento por convertir en inofensivo el sistema de la ex DDR: también el «socialismo» era no sólo un método de manejo del derecho, sino que también configuró el derecho, y esto a su modo, y no a la manera de los Estados en las sociedades civiles. Al fugitivo no se le disparaba debido a un equivocado manejo del derecho vigente en el lugar del hecho, sino que el mismo ordenamiento jurídico vigente le hacía carecer de derecho. Esta lesión de los derechos humanos mediante la perversión del derecho mismo, y no ya mediante su manejo equivocado, es lo que realmente se distorsiona, cuando se supone que los hechos estaban amenazados con pena en el lugar de su comisión. La pérdida de cultura era, justamente, peor aún.

Por cierto, la DDR se presentaba hacia el exterior como si fuera un Estado en el cual la cultura de los derechos humanos pudiera florecer. Si uno atuviera la DDR a esta autopresentación, no se cometería una injusticia. Pero no se trata aquí de evitar las injusticias

---

(13) En esa medida correctamente, KG, NJW, 1991, p. 2653 (pp. 2654 y s.).

(14) GRÜNWARD, *lug. cit.* (nota 6). Significativamente equivocado últimamente, KG, NJW, 1991, p. 2653 (2654): «... la impunidad prevista en el Derecho penal del lugar del hecho, que se halla en crasa contradicción con principios del Estado de derecho generalmente reconocidos», no debe «poder impedir una punición de las más graves lesiones a los bienes jurídicos... según el derecho alemán». Por tanto, el derecho del lugar del hecho no conoce pena, ¡pero el § 7, StGB, presupone la punibilidad en el lugar del hecho y no se satisface con el mero postulado de una punibilidad en el lugar del hecho!

frente a la ex DDR, sino de obligaciones propias del Estado de derecho en la República Federal. El Derecho penal alemán sigue estrictamente vías de derecho positivo, y esto, ciertamente, no para hacer triunfar al positivismo, sino al Estado de derecho: la pena no debe ser impuesta ya por el hecho de que pueda estar bien fundamentada, sino solamente cuando, además, ella estaba amenazada antes del hecho por el derecho escrito, formulado en forma precisa, justamente, por el derecho positivo. Esta amenaza, con la referencia del § 7, párr. 1, StGB, no se apoya en la autopresentación del Estado en que se cometió el hecho, sino en la amenaza penal allí existente. Esto tampoco es motivo de lamento, sino que tiene mucho sentido. Después de que hubo de ser abandonada la tesis de que los hechos cometidos en la ex DDR eran cometidos en el interior del territorio (§ 3, StGB), la extensión a aquel territorio sin consideración a la punibilidad en el lugar del hecho habría constituido cuando menos un imperialismo extraño de Derecho penal extraño. El hecho de que, en parte se haya podido pensar que, en contra del texto legal, se podía ejecutar este imperialismo de Derecho penal, cuando de él todavía poco o nada dependía, no es motivo para calificarlo ahora, cuando la cuestión se vuelve seria, de *lex lata*; no es la *lex lata*.

3. *Consecuencias para el derecho de resistencia de los ciudadanos de la DDR.* Aquí se debe profundizar, por cierto, un problema que no fue tratado al realizarse la comparación con el caso de los hechos violentos del nacionalsocialismo: la solución aquí esbozada, ¿no tiene como consecuencia, entonces, que el fugitivo de la DDR que forzaba su derecho a la libertad ambulatoria con disparos a los soldados de frontera de la DDR debería ser penado en la República Federal por lesiones o por homicidio? En este punto, debería ser evidente que la antijuridicidad de una fuga, calificada según el ordenamiento de la DDR, no vincula a la República Federal de Alemania. Si en la DDR la fuga de la República constituía un ilícito, la República Federal no estaba impedida, por su parte, de juzgar el mismo comportamiento como el comportamiento adecuado de un ciudadano consciente de la libertad. Tampoco habla en contra de esta solución la ampliamente afirmada ausencia de un derecho de emigración reconocido en general internacionalmente; aunque no existiera tal derecho, ello no impediría que lo reconociera, por su parte, la República Federal; pues no existe ningún precepto conforme al cual un Estado solamente pueda proteger posiciones reconocidas en el Derecho internacional. Es decir, que, a partir de la situación normativa en DDR no surge obligación alguna para la República Federal.

Por cierto, de ello tampoco se sigue que alguien haya tenido en todo momento el derecho de huir a la República Federal lesionando y matando a los soldados de frontera. Muchos Estados cierran sus fronteras a un Estado vecino, sin que esto deba ser antijurídico, y

todos los Estados cierran sus fronteras frente a ciertas personas, por ejemplo, autores de hechos punibles fugitivos. Si, por tanto, un ciudadano de la DDR cometía allí un hecho que también según la interpretación de la República Federal era un hecho punible, entonces, la restricción de su libertad ambulatoria también era legítima según el ordenamiento de la República Federal, y a este ciudadano no podía serle reconocido un derecho de legítima defensa frente a los soldados de frontera. Frente a él, los soldados de frontera han actuado correctamente también conforme al ordenamiento de la República Federal. Diferente es lo que ocurre frente a aquellos ciudadanos que fueron restringidos en su libertad ambulatoria sin una razón aceptable según normas materiales de un Estado de derecho, y que por ello reclamaron su derecho en forma violenta. Hasta dónde llegaban en tal caso los derechos de necesidad del ciudadano frente a los soldados de frontera fue discutido intensamente con motivo de un caso (15) (caso Weinhold), pero sin que se haya llegado a un resultado claro. Para la solución, debería considerarse que también numerosos soldados de frontera, por su parte, carecían de la oportunidad de optar por un sistema más liberal. Por lo menos una parte de los soldados se encontraba, por tanto, en una situación forzada comparable con la de los fugitivos. Por ello, probablemente habría sido inadecuada la completa aplicación del riguroso derecho de legítima defensa frente a aquellos soldados.

4. *Otros hechos.* Lo dicho hasta ahora con relación a la situación jurídica respecto de los homicidios en la frontera rige igualmente —en la medida en que resultan comparables— para los casos de vigilancia de los ciudadanos de la DDR, caso en el cual se trataba —si no, ni siquiera resultaría realizable— de ciudadanos de la DDR que actuaban como delatores para las instancias estatales competentes. Como hechos entran en consideración la autoría de injurias, coacciones, privaciones de libertad, violación de secretos, entre otros más, además de la participación en tales hechos. Como sea que haya actuado semejante sistema de delación respecto del ordenamiento jurídico escrito de la DDR, según el ordenamiento jurídico vivido en la DDR, no solamente no era punible colaborar con ese aparato, sino que, si los informes actuales no engañan, ese aparato era justamente el sistema nervioso de ese Estado. Afirmar que las acciones eran punibles en la DDR conduciría, por tanto, a que la DDR habría debido entorpecerse a sí misma. Ciertamente, es suficiente con este *argumentum ad absurdum*. Las delaciones no son punibles en el infierno, si no, seguramente, no se trataría del infierno.

Falta, por tanto, la tercera condición, la positividad. Si bien con esto queda firme una respuesta negativa a la cuestión de la punibi-

---

(15) OLG Hamm, JZ, 1976, pp. 610 y ss.; BGH, NJW, 1978, pp. 113 y ss.; otras referencias en JAKOBS (nota 5), 5/30.

lidad, analícese ahora cómo es la situación respecto de las dos primeras condiciones.

5. *Imputabilidad a los soldados de frontera.* Con relación a la primera condición, es decir, la imputabilidad: ¿fueron los autores una causa del conflicto digno de mención? La respuesta se halla ya en las tesis antes elaboradas respecto de la impunidad de los hechos en el lugar del hecho: cuando la política ha pervertido el Derecho de tal forma que el homicidio de un hombre que no quiere otra cosa que su libertad ambulatoria no solamente está permitido, sino que incluso está mandado, entonces, el autor que ejecuta el homicidio es justamente el producto de ese ordenamiento pervertido, un eslabón en la génesis del conflicto, pero no su causa. La causa es la miseria de la política; esto es encubierto, y el conflicto es trasladado de su dimensión política a la individual, cuando se define al autor individual como una causa digna de mención.

6. *Imputabilidad a la conducción del Estado: Derecho y política.* Esto rige para los disparos en la frontera. Pero, ¿qué es lo que rige para los iniciadores de la política que los proyectaron, los redactaron en forma de Derecho positivo, y los llevaron a la práctica? Estas personas son la causa decisiva de esta política, y no pueden ser dejadas de lado como personajes accesorios. Pero ellas no surgieron solamente en forma aislada, de posiciones seguras, no solamente pervirtieron una cultura política asegurada, sino que intentaron una política que, con todo, logró ser entendida por gran parte del mundo como una fuerza política y no como una fuerza criminal. Y bibliotecas enteras anuncian que el bloque comunista oriental tiene algo que ver con la esperanza de futuro de los hombres. Ciertamente, la mayoría de los autores entendían a este régimen como un hijo totalmente lisiado de la esperanza, pero, igualmente, como su hijo. Si en esta situación se insistiera en la punición de los políticos, entonces, la República Federal estaría reclamando implícitamente con esto que su Código Penal ha sido siempre el límite de toda política. Pero la doctrina del Derecho natural, que sostiene que el derecho determina el marco de la política, resulta, en los tiempos de la vigencia del Derecho *positivo*, una suposición sin fundamento alguno.

Por cierto, la situación se plantea de otro modo, si se analiza a partir de la perspectiva de un ordenamiento de derechos humanos global. Visto a partir de tal ordenamiento, la orden de disparar y la Ley de Fronteras no eran, en su contexto, política, sino criminalidad. Pero incluso quien tiene la esperanza de que la historia producirá tal ordenamiento de derechos humanos debe aceptar que, entonces, también se requeriría una adecuada jurisdicción. En todo caso, la República Federal no está ni estuvo llamada a imponer sus concepciones a través del Derecho penal, y tampoco lo ha intentado, como se ve a partir de la exigencia de la punibilidad en el lugar del hecho. Con la limitación del principio de protección y también del principio de

personalidad activo a casos en los cuales rige una norma idéntica a la del lugar del hecho, más bien ha reconocido que la injerencia modificadora de un Estado sobre el ordenamiento de otro Estado no es misión del Derecho penal —el Derecho penal interviene, precisamente, sólo cuando no hay nada por modificar, es decir, en caso de una norma idéntica ya existente—, sino una misión de la política exterior. Y si el problema se ha resuelto por medio de la reunificación, se trata entonces de una victoria de la política con relación a la cual el Derecho penal no ha tenido participación alguna: nadie ha negado obediencia a la DDR por alguna norma penal de la República Federal.

7. *¿Necesidad de pena?* De este modo, de las tres condiciones acumulativamente necesarias —en la enumeración anterior— ya faltan la tercera (positividad) y la primera (imputabilidad). ¿Qué ocurre con la restante, es decir, con la necesidad? ¿Es necesaria la pena para reparar la vigencia de la norma? Con respecto a esto no se trata, como ya se comprobó, de la vigencia general de los derechos humanos, sino de la vigencia de la prohibición del homicidio para protección de ciudadanos alemanes. Para la pregunta formulada de este modo, la respuesta es evidente: con la reunificación, el problema se ha solucionado cognitivamente tan sin secuelas que ya nada queda por hacer normativamente, por lo menos, no precisamente con urgencia; pues, tras la reunificación, casos comparables, es decir, aquellos respecto de los cuales lo sucedido pudiera constituir de alguna manera un ejemplo, ya no son posibles. Ya no se da una situación comparable en la cual se mate a víctimas comparables con motivos comparables en el ámbito de validez del Derecho penal alemán; de este modo, se vuelven vacías todas las prevenciones del Derecho.

La conclusión —los hechos no eran punibles en el lugar del hecho, la causa de los hechos se entiende mejor como política equivocada, que como criminalidad, y ya se ha producido una limpieza cognitiva suficiente de la situación—, resultará poco satisfactoria para las víctimas que aún viven, y para los parientes de los muertos. Allí, no sólo se trata de los disparos en la frontera. Se trata también del robo millonario y multimillonario de chances de desarrollo que los administradores de la ideología estatal llevaron a cabo mediante el poder público, o mediante la fuerza que penetraba en las mentes. ¿Debe quedar sin pena todo esto? Visto a partir de las víctimas, no debería ser así. ¿Por qué *una víctima* debería interesarse por la punibilidad en el lugar del hecho? ¿Por qué *una víctima* no debería entender como criminalidad a la política de sometimiento? Y, ¿por qué *una víctima* no podría demostrar mediante la punición de los autores cuán sería es su exigencia de ser reconocida? Ciertamente, en el caso de la víctima, la situación es especial: ella no conoce las vinculaciones del Estado de derecho, no debe aceptar como política aquello que la hace sufrir, y cuando pena allí donde ya no es nece-

sario para el mantenimiento del orden, es decir, por venganza, entonces, es difícil discutir al respecto con *ella*. Pero los ciudadanos de la DDR no eran solamente víctimas; la situación es diferente a la de los judíos cuando capturaron a Eichmann. Cabe agregar algo más: la víctima que encierra a su opresor o lo mata, o en todo caso lo saca de su círculo visual, protesta de este modo contra la disminución de su persona; ejerce venganza. El Estado no ejerce venganza, tampoco reacciona solamente contra el daño a sus víctimas. El Estado reacciona más bien contra el daño a la *generalidad*, al quebrantamiento del *derecho*, y ello, por cierto, libre de la emoción con la cual la víctima se dirige, como víctima, a su opresor.

#### IV. CONTINUACIÓN: PARTICULARIDADES DE LOS DELITOS DE PROTECCIÓN DEL ESTADO

1. *¿Impunidad mediante la incorporación?* Todavía queda por considerar un ámbito particular de hechos punibles: entre otros casos, el derecho penal alemán rige para la traición a la patria y la puesta en peligro de la seguridad exterior (§§ 94 a 100a, StGB), también cuando falta en el lugar del hecho una norma idéntica (§ 5, núm. 4, StGB). El fundamento para esta extensión de la vigencia es evidente: cuanto menos *otro* Estado asume la protección de tales bienes, tanto más se esfuerza por destruir los bienes. En tal medida, por tanto, cada Estado se protege completamente a sí mismo. Por ello, para hechos de aquella clase rige el derecho de la República Federal, aun cuando hayan sido cometidos por autores en la DDR; con la reunificación, se alcanza algo acerca de lo cual antes solamente se podía soñar: además de un derecho a la pena, se tiene ahora bajo el poder también a los autores. Pero, ¿aún tiene sentido su punición?

La situación normativa descrita es ciertamente discutible, y son formulados dos argumentos en su contra. En primer lugar, la incorporación habría convertido los hechos en hechos internos, y esto, por cierto, con la consecuencia de que a la impunidad en la ex DDR solamente podría seguirle la punibilidad según el derecho de la Alemania unificada, en violación a la prohibición de retroactividad (16). Segundo, se argumenta que con la incorporación, la situación normativa se ha vuelto, con todo, contradictoria; pues, junto a la pretensión punitiva de la antigua República Federal, se ha incorporado

---

(16) ERICH SAMSON, *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altataten nach der Einigung Deutschlands*, en: NJW, 1991, pp. 335 y ss.; idem, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (separata), 5.<sup>a</sup> ed., actualizado a abril de 1991, núm. 48, previo al § 3. GUNTER WIDMAIER, *Verfassungswidrige Strafverfolgung der DDR-Spione: Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG*, en: NJW, 1991, pp. 2460 (2462); CLAUS ARNDT, *Das Grundgesetz und die Strafverfolgung von Angehörigen der Hauptverwaltung Aufklärung*, en: NJW, 1991, pp. 2466 y ss.



ahora la impunidad según el derecho de la ex DDR (17). Ambas argumentaciones padecen del mismo error, cual es una representación demasiado indiferenciada de la incorporación de la DDR. La DDR se incorporó —sin perjuicio de normas especiales en el Tratado de Unificación—, sin incluir aquellas posiciones jurídicas que contradijeran el derecho de la República Federal, sino que *en tal medida* las eliminó en forma necesaria. Concretamente, esto significa que no podía incorporar la impunidad para autores de traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior, pues, para esta impunidad, no había lugar junto a la pretensión punitiva de la República Federal. La magnitud total del malentendido se advierte cuando en la literatura se hace referencia al «experimento de ideas»: un juez incorporado de Dresden debería decirse, al aplicar los preceptos de protección del Estado contra un ciudadano de la DDR: «¡entre nosotros esto no era punible!» (18). Bien cabría preguntarse, ¿quiénes son, aquí, «nosotros»? Evidentemente, la antigua DDR; pero ésta ya no existe jurídicamente como tal, aun cuando pudiera permanecer en el recuerdo de un juez. Pero si bajo «nosotros» se entiende aquello que un juez de Sachsen debería entender hoy conforme al deber, es decir, la República Federal de Alemania —ampliada por la incorporación—, entonces, es suficiente con un vistazo al § 5, núm. 4, StGB, para determinar que entre nosotros, al momento del hecho, tales hechos eran ciertamente punibles con independencia del lugar de su comisión. El tratado de unificación formula, en tal medida, solamente una aclaración (19).

La punibilidad tampoco fracasa si se tiene en cuenta el principio de igualdad, porque los agentes de la ex DDR se hallan ahora en peor posición que los de la República Federal (20) (quienes, a su vez, están mejor que nunca). Esta brecha es evidente, pero esto no significa que le sea imputable a la República Federal como lesión del principio de igualdad. Más bien surge del *hecho* de que la ex DDR se ha vuelto incapaz para proteger a los propios agentes y perseguir a los ajenos. Si en una lucha sólo uno de los contrincantes pierde su poder (o también, si lo entrega), la lucha siempre se vuelve desigual. Pero esta desigualdad es imputable al que se coloca en una posición inferior como su propia debilidad, y no como una violación

(17) CLAUS DIETER CLASSEN, nota en: JZ, 1991, p. 717 (718).

(18) WIDMAIER (nota 16), *lug. cit.*

(19) Véase § 315, párr. 4, EGStGB, en la versión antes mencionada (nota 7): en las consecuencias, igualmente, BGH, NJW, 1991, pp. 229 y ss.; BGH, NSZ, 1991, pp. 429 y s.; BRUNO SIMMA / KLAUS VOLK, *Der Spion, der in die Kälte kam*, en: NJW, 1991, p. 871 (pp. 873 y ss.).

(20) De otra opinión, GUNTER WIDMAIER, *Strafbarkeit der DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik - auch noch nach der Wiedervereinigung?*, en: NJW, 1990, pp. 3169 (3171 y s.); KG, NJW, 1991, pp. 2502 y ss.; contra el KG, DIETER WILKE, *Das Kammergericht im Irrgarten des Ostwestrechts*, en: NJW, 1991, pp. 2465 y s.

del principio de igualdad por parte del que gana. La decisión se toma en otro terreno:

2. *¿Necesidad de pena?* Brevemente con relación a este punto: en lo que se refiere a los partícipes que pretendían la protección de la República Federal de Alemania, es decir, en particular, los alemanes que viven en la República Federal de Alemania, no se ha producido modificación alguna con la reunificación. Estos autores internos no cumplieron con el sinalagma para la protección, cual es el respeto al Estado que los protege; y continúa teniendo sentido exigir la aceptación de la obligatoriedad de tal prestación sinalagmática mediante la pena, en tanto continúe habiendo Estados que estén colocados frente a Alemania como enemigos, cuando menos, parcialmente.

Es diferente lo que ocurre con aquellos partícipes que no han entrado en el goce de las ventajas de la República Federal de Alemania: frente a ellos, la amenaza del Derecho penal alemán no era ni es una advertencia para la aceptación de deberes bien fundamentados, sino el anuncio de mera coacción; pues a aquel que se define como enemigo de un Estado sin actuar en forma contradictoria, no es alcanzado por deberes de ese Estado, que él deba aceptar. Puede ser intimidado u obligado, pero no puede ser contradicho en un proceso de fundamentación coherente. La extensión del Derecho penal a quienes son externos a él es una criminalización del enemigo, que puede ser necesaria para la supervivencia, pero la comisión del hecho puede ser también necesaria para la supervivencia del enemigo. Con otras palabras, como fin de la pena queda solamente la mera intimidación, y con esto queda por analizar quién y frente a qué debe ser ahora intimidado.

Las penas carecen de valor intimidatorio cuando no se agrega también la probabilidad de que los autores a ser intimidados sean capturados. Pero la aprehensión presenta aquí cierta particularidad: se produce como consecuencia de la incorporación del país que enviara al agente, al país enemigo. Esto no se repetirá en Alemania, de modo tal que ningún agente de otro país se verá en una situación comparable. Y resulta evidente que los externos internalizados en el ínterin ya no deben ser intimidados.

De este modo, todo habla en favor de no hacer uso de la pretensión penal en contra de los externos. Subsisten algunos problemas, especialmente, queda por determinar quién es exactamente un externo. Estas particularidades han de quedar aquí de lado.

## V. SUPERACIÓN DEL TOTALITARISMO

1. *Insuficiencia de los tipos penales.* Supóngase que la exigencia de la norma idéntica en el lugar del hecho pudiera ser eliminada

retroactivamente, y que los homicidios en la frontera y demás hechos fueran castigados: ¿qué se habría alcanzado? Permanecería sin castigo el vasallaje durante cuarenta años, la incapacitación de gran parte de la población, el adoctrinamiento desde la niñez y la conversión de los hombres en servidores complacientes, quedaría sin castigo este robo de las oportunidades vitales —que no se describe aquí en detalle—, esta violación y corrupción de los propios ciudadanos del Estado, y, por cierto, siempre cometido en millones de casos. Resulta evidente que algo así —aun prescindiendo de las obligaciones existentes del Estado de derecho— no puede ser elaborado judicialmente, máxime ante la inextricable vinculación existente entre autores y víctimas; incluso el Tribunal de Nürenberg fue significativamente más modesto en sus aspiraciones.

Si dada esta situación, se dejan de lado aquellos hechos para los cuales es posible encontrar un tipo penal, ante todo los homicidios, entonces, se organiza un cuadro general en el cual también *allí* parece estar el punto central de la perversión. Sin homicidios en la frontera —pero quizá con muros aún más difíciles de superar— y con un aparato de seguridad estatal que evitara los medios delictivos —pero que procediera para ello, quizá, con procedimientos más refinados—, ¿habría estado en orden el Estado DDR, en lo fundamental? ¡Evidentemente no! Tales hechos, con todo lo grave que son, configuran solamente una faceta reemplazable del totalitarismo, el cual, por ello, debe ser combatido también no solamente en esa faceta, sino en su totalidad. Dicho con un ejemplo, cuando un edificio —peor aun que el establo de Augías— está tan contaminado que debe ser tapiado, ya no tiene sentido limpiar las ventanas. Naturalmente, quien no estaba presente mientras se lo tapiaba, puede demostrar más tarde su interés por la higiene, limpiando las ventanas.

2. *¿Revolución por medio de la punición?* Un pueblo que ha conformado por sí mismo una fractura del régimen político, no necesita procedimientos judiciales para la formación de su identidad, sí, en cambio, aquel que fue llevado a esa situación de transformación (21). Esto último podría ser uno de los fundamentos para los procesos contra los autores de hechos violentos del nacionalsocialismo: los alemanes no tuvieron éxito en una revolución contra Hitler; de ese modo, la omisión de la eliminación del gran tirano antes de 1945 fue reparada condenando judicialmente a algunos colaboradores que habían sobrevivido físicamente. La revolución se llevó a cabo en la sala del tribunal —con un procedimiento conforme a la justicia, y civilizado—; cada sentencia confirmaba el consenso, al principio todavía frágil, acerca de que desde el comienzo se había optado por

---

(21) Al respecto, como también con relación a lo anterior, enérgicamente, FRIEDRICH DENCKER, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1990, pp. 298 y ss.

tapiar definitivamente el establo. Con un marco de retribución, se demostró que el pueblo alemán, en cuyo nombre eran dictadas las sentencias, se había ubicado, en general, correctamente, que había sido un pueblo de víctimas. Supuestamente, no era el pueblo el que había fracasado, sino que fueron criminales quienes ocasionaron el desastre.

Esto significa, trasladado a la situación actual: respecto de la decisión acerca de si la reunificación llevó adelante una revolución o fue meramente la bancarrota material e ideal de un Estado, una necesidad permanente de procedimientos penales habla en favor de la bancarrota del Estado. Se busca entonces, evidentemente, un límite que todavía no es obvio. Pero si se tiene éxito en la comprensión del límite como obvio, entonces, se comprenderá al mismo tiempo cuán desconsoladamente mal se adaptaba a sus ciudadanos el Estado «DDR». Con la renuncia a los procedimientos penales se expresaría que este Estado es concebido políticamente como lisa y llanamente fuera de discusión, como superado. *Con ello* se superaría ese pasado.

## La atenuación del marco penal en la tentativa (\*)

WOLFGANG FRISCH

Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho, de la Universidad de Freiburg i.Br.

El derecho de la medición de la pena pertenece a los ámbitos parciales del Derecho penal que han experimentado una evolución particularmente intensa en las décadas pasadas. Günter Spendel, el estimado profesor aquí homenajeado, ha participado decisivamente en este desarrollo. La distinción entre causas de medición de la pena finales, reales y lógicas, elaborada por él en su escrito de habilitación «Sobre la teoría de la medida de la pena» (1), se ha revelado como orientadora para la discusión ulterior (2), su intenso alegato en favor de la teoría del ámbito discrecional (3) ha contribuido esencialmente a la consolidación de ésta. Ciertamente, no se puede pasar por alto que a pesar de la satisfactoria reelaboración de cuestiones centrales del derecho de medición de la pena en las últimas décadas, también hoy hay, todavía, amplios campos en los que falta la necesaria, deseable y posible claridad. A ese respecto, cuentan especialmente las decisiones acerca del marco penal que el juez debe tomar en numerosos casos, antes de la medición de la pena propiamente dicha (entendida como la individualización de la pena, en un caso concreto, dentro del marco penal) (4).

---

(\*) Traducción del original *Die Strafrahmenmilderung beim Versuch*, publicado en *Festschrift für Günter Spendel*, Berlín, 1992, de MARCELO A. SANCINETTI (Universidad de Buenos Aires).

(1) *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, pp. 191 y ss.

(2) Cf. sólo la presentación general de BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1974, que recibe esta clasificación (pp. 52 y ss.) y ordena según ella todo el material de la medición de la pena (pp. 196 y ss., 357 y ss., 613 y ss.).

(3) SPENDEL (como en nota 1), pp. 168 y ss., 176 y ss.

(4) Repetidamente se distingue, también terminológicamente, entre gradación de la pena (que precede a la medición de la pena propiamente dicha, dentro del

La siguiente contribución sobre este grupo de problemas no puede referirse conceptualmente al campo total de las cuestiones metodológicas y sustanciales aludidas, sino que tiene que restringirse a un sector. Se presenta como tal, en gran medida, la decisión acerca del marco penal determinante en los casos de tentativa. Ella no sólo es de considerable significación dentro del ámbito total de decisiones acerca del marco penal (5), sino que también guarda una particular relación con las investigaciones del homenajeado, en la medida en que las cuestiones de la punibilidad de la tentativa conforman un importante punto clave —uno más— en la obra completa de Günter Spindel (6). Los criterios básicos de estas investigaciones dan un importante impulso, como aún se habrá de demostrar, también a lineamientos para la decisión acerca del marco penal correcto en caso de tentativa.

#### I. ¿MARCO PENAL TOTAL O DECISIÓN SOBRE EL MARCO? ¿CONSIDERACIÓN TOTAL O BASE RESTRINGIDA PARA LA DECISIÓN? CUESTIONES CAPITALES DE LA DECISIÓN SOBRE EL MARCO PENAL EN CASO DE TENTATIVA

La ley no dice demasiado acerca de la cuestión del marco penal correcto para el castigo de la tentativa. Si uno prescinde por un momento del caso especial de la tentativa groseramente irrazonable, ella se limita a declarar, en el § 23, párr. 2, StGB, que la tentativa puede ser castigada más benignamente, conforme a la cláusula de atenuación del marco prevista en el § 49, párr. 1, StGB. La opinión dominante entiende esto como una exigencia, dirigida al juez, de que decida si, para la medición de la pena, deberá tomarse como base el marco penal previsto para el hecho punible consumado, o uno reducido en el límite inferior y superior, conforme al § 49, párr. 1. Ciertamente es que ya esto no está totalmente fuera de discusión. Pero se discute

---

marco) y medición de la pena en sentido estricto, cf. p. ej. BRUNS (como en nota 2), pp. 36 y ss., con otras referencias. En vistas de la vigencia de diferentes principios rectores en ambas fases (véase, p. ej., las explicaciones sobre la orientación a la ratio específica de la atenuación del marco según el § 49, párr. 1, StGB, en FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 944, 952 y ss.), ello parece tener sentido absolutamente.

(5) Así, de una evaluación de 150 sentencias de revisión del BGH (publicadas predominantemente en las revistas NSTz y StV), acerca de la medición de la pena en casos de asesinato y homicidio, resultó que una cuarta parte de todas las decisiones (34) se referían a casos de tentativa. Una significación práctica comparable tiene solamente la atenuación del marco según los §§ 21, 49, párr. 1, StGB.

(6) Así, p. ej., SPENDEL, ZStW 65 (1953), pp. 519 y ss.; 69 (1957), pp. 441 y ss.; *idem*, en: *Festschrift für Ulrich Stock*, 1966, pp. 89 y ss.; *idem*, NJW, 1965, pp. 1881 y ss., y JuS, 1969, pp. 314 y ss.

ante todo, mediante qué criterios sustanciales se debe decidir acerca del marco penal que debe tomarse por base.

1. El ámbito para una discusión acerca de los criterios para la elección del marco en los casos de tentativa —o mejor— para la decisión sobre el marco, sólo existe si el § 23, párr. 2, debiera ser entendido realmente en el sentido de una exigencia de decidir por separado respecto del marco. Éste es el punto de vista de la opinión dominante, especialmente de la jurisprudencia (7). Según esto, el juez tiene que decidir, en una primera fase, acerca de si tomará por base de la ulterior medición de la pena el marco penal normal o el marco penal atenuado según el § 49, párr. 1 (respecto del límite superior, pero muchas veces también respecto del límite inferior), en un segundo paso se debe determinar después, dentro de este marco penal «elegido» en cada caso, la pena adecuada, según los principios generales de la medición de la pena. Sin embargo, este punto de partida no está exento de dudas. Una opinión minoritaria (8) quiere renunciar a una fase predispuesta de modo autónomo, en lo que influye de modo no poco importante el evitar la amenaza de una doble valoración que supuestamente produciría el proceder en dos fases (9). En lugar de ello, el juez debe averiguar directamente cuál es la pena adecuada según los principios generales de la medición de la pena, dentro de un marco total, que está constituido por el límite inferior del marco atenuado según el § 49, párr. 1, y el límite superior del marco penal normal (10). Según esto, de antemano es innecesaria

---

(7) En este sentido, especialmente, BGHSt., t. 1, pp. 115, 117; t. 16, p. 351; t. 17, p. 266; t. 35, pp. 347, 355; t. 36, pp. 1, 18; DREHER, JZ, 1956, p. 682; BRUNS (como en nota 2), pp. 46, 77, 440 y ss., 513 y ss.; *idem*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1985, pp. 48, 171, 204; SCHÄFER, *Praxis der Strafzumessung*, 1990, núms. 381 y ss., 398 y ss.; DREHER / TRÖNDLE, StGB, 45.ª ed., 1991, § 49, núm. 2; G. HIRSCH, en: *Leipz. Komm.*, 10.ª ed., 1985, previo al § 46, núm. 1, y § 49, núm. 1; LACKNER, StGB, 19.ª ed., 1991, § 49, núm. 4; SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, StGB, 24.ª ed., 1991, § 49, núm. 7.

(8) Así, especialmente, ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, 1969, pp. 28 y ss., 33 y ss.; hasta la 3.ª ed. (1981) también HORN, *SK-StGB*, § 46, núm. 56; análogas concepciones son defendidas en parte para los casos menos graves o especialmente graves, cf., p. ej., MAIWALD, *Festschrift für Gallas*, 1973, p. 161; *idem*, NStZ, 1984, p. 435, como también STRENG, NStZ, 1989, p. 398.

(9) Naturalmente, también juegan un papel otros puntos de vista, como especialmente las dudas respecto de lo adecuado de los sectores de intersección.

(10) Según esta concepción, se podría hablar entonces de una atenuación conforme al § 49, párr. 1, en el caso de que la pena quedase en un ámbito al que el juez no puede ingresar sin aplicación del § 49, párr. 1; a la inversa, se trataría de un caso en que se rechaza la atenuación, cuando aparece como adecuada una pena que queda más allá del límite superior del marco penal atenuado (así también HORN, *SK-StGB*, [hasta la] 3.ª ed., § 46, núm. 56, quien en ese caso hablaba de una elección dentro de dos marcos penales).

una discusión sobre criterios especiales para decidir sobre el marco penal.

Aun cuando el fundamento de las siguientes reflexiones respecto de este punto no deba quedar inseguro, en este lugar, sin embargo, sólo podremos ser breves. Pues las objeciones que hablan en contra de la opinión minoritaria son tanto claras como graves (11). Ante todo, no se puede pasar por alto ya el hecho de que por medio de la fusión propuesta por ella entre el marco penal regular y el marco penal atenuado según el § 49, párr. 1, se agrava aun un mal básico del derecho vigente: la gran amplitud de los marcos penales. Igualmente clara es la tensión en la cual se halla la teoría del marco total unitario, respecto del plan de la regulación legal: la ley modifica en el § 49, párr. 1, no sólo el límite inferior —en tanto el límite inferior no se halle ya en el mínimo legal—, sino que reduce también el límite superior. Esta modificación también del límite superior queda sin explicar desde el punto de vista de la teoría del marco penal total; pues, para ella, sólo cuenta, de antemano, la reducción del límite inferior, que amplía el marco penal normal hasta el marco total (12). Esta modificación del límite superior es explicable sólo sobre la base de una medición de la pena en dos actos, en la cual en un primer nivel se decide acerca del marco penal determinante para la ulterior medición de la pena en sentido estricto, y el sentido de esta decisión consiste en decir algo para el caso de que se admita una atenuación del marco también acerca de las posibilidades existentes, en esa situación, para el castigo más grave. Pero, finalmente, también habla en contra de la teoría del marco penal total, el hecho de que ella deje fuera de consideración los parámetros de valoración vinculados con el marco penal normal y con el marco penal atenuado del § 49, párr. 1: el marco penal normal y el marco penal atenuado (según el § 49, párr. 1) no sólo tienen una función límite; más allá de las diferencias del máximo y, eventualmente, también del mínimo, establecen a la vez escalas penales divergentes para las constelaciones de casos a los que les corresponde el respectivo marco, las que van ascendiendo desde lo leve hasta lo grave (13). Detrás del

---

(11) Acerca de la siguiente crítica, cf. complementariamente FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 351 y s.; BERGMANN, *Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB*, 1988, pp. 60 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, pp. 82 y ss., respectivamente con otras referencias.

(12) Ciertamente es correcto que el juez tiene que haber rechazado el § 49, párr. 1, en caso de que traspase el límite superior (así HORN, *SK-StGB*, 3.<sup>a</sup> ed., § 46, núm. 56 [abandonado entretanto por HORN mismo]), pero ello no explica por qué el legislador ha aplicado esfuerzos en fijar límites superiores, pues su sentido puede consistir sólo en una función rectora positiva, y no en probar únicamente que no se ha aplicado el marco penal atenuado.

(13) Respecto de esta función del marco penal como escala de gravedad, bási-



parámetro atenuado del marco penal determinado por el § 49, párr. 1, se halla el criterio de que las constelaciones de casos de tentativa (o de omisión, etc.), bajo determinados presupuestos, merecen un tratamiento que diverge de la escala penal del marco normal, según una escala penal atenuada en su totalidad. Esta función específica de parámetro de los marcos penales (y de sus límites) es ignorada ya en el punto de partida, y, a la vez, se recurre a una escala penal equivocada (o sea, la del marco total) (14), cuando se intenta encontrar la pena adecuada dentro de un marco total, independientemente de la cuestión de la pertinencia de la escala normal o de la atenuada. Más allá de ello, sea mencionado ahora sólo marginalmente que la concepción aquí rechazada conduce a fricciones entre los casos en que existe un privilegio obligatorio (donde la función de parámetro del marco atenuado debe ser considerada) y aquellos de privilegio facultativo.

2. Con el criterio de que el juez, en el § 23, párr. 2, es convocado a una decisión acerca de si debe tomar como base de la ulterior medición de la pena la escala penal del marco normal o la escala penal más leve del marco atenuado según el § 49, párr. 1, todavía no se establece, ciertamente, que la decisión a tomarse de este modo también sea, dogmáticamente, un tema *digno de atención*. Ello es así, sólo si vale considerar determinados lineamientos sustanciales; por ejemplo, porque, para la aplicación de uno u otro marco penal, sólo sea significativo un canon estricto de circunstancias de medición de la pena —que, por su parte, necesita ser discutido—, o incluso dependa de determinadas circunstancias especificables, si entrará en acción uno u otro de los marcos penales. La decisión sobre el marco penal en casos de tentativa, en cambio, apenas sería un tema especial que valiera la pena tratar dogmáticamente, si tales restricciones de las circunstancias relevantes debieran ser rechazadas, y si, en lugar de ello, debiera tratarse de una evaluación de todas las circunstancias de medición de la pena y el juez no tuviera ninguna otra vinculación que la de determinar el marco penal que aparezca como adecuado con relación al caso.

---

camente DREHER, *Über die gerechte Strafe*, 1949, pp. 61 y ss.; *idem*, JZ, 1956, p. 682; *idem*, MDR, 1961, p. 344; *idem*, JZ, 1968, p. 211; *idem*, *Festschrift für Bruns*, 1978, pp. 149 y ss. Entretanto, la idea ha sido asumida también por la jurisprudencia, cf. especialmente BGHSt., t. 27, p. 2; BGH, NSTz, 1983, p. 217; BGH, StV, 1984, p. 114; BGH, NSTz, 1984, p. 117; OLG Stuttgart, MDR, 1961, p. 343; OLG Saarbrücken, NJW, 1969, p. 1782; de la doctrina, cf. especialmente BRUNS (como en nota 2), pp. 81 y ss.; *idem*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 60 y s.; *idem*, JR, 1977, p. 165; FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971, pp. 161 y ss.; G. HIRSCH, *LK*, previo al § 46, núms. 39 y s., y § 46, núm. 111; Schäfer (como en nota 7), núm. 459 y ss.

(14) Otras explicaciones de esta idea, en FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 952.

Justamente este punto de vista ha defendido muchas veces con decisión, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Para ella interesa de modo decisivo una valoración total del caso (15): dado que la ley no prevé ninguna restricción del arbitrio judicial —así la decisión básica en BGHSt, t. 16, p. 351—, tendría que «quedar reservado al juez del hecho, el tomar su decisión sobre la base de una consideración total de las circunstancias del hecho en el más amplio sentido, así como de la personalidad del autor». Sólo una tal consideración total «de las circunstancias totales decisivas para la voluntad delictiva, el motivo o los motivos del hecho, la ejecución del hecho y el grado de puesta en peligro del bien jurídico» podría brindar información acerca de «si un hecho punible tentado, según el contenido de ilícito o de culpabilidad, puede ser castigado con justicia más benignamente que el hecho concebido como consumado» (16). Según esta concepción, por tanto, la atenuación de la pena por tentativa podría ser rechazada, por ejemplo, haciendo referencia a los relevantes antecedentes penales del acusado (17), a sus motivos para el hecho o, posiblemente, incluso a su (menor) susceptibilidad a la pena.

Si este punto de vista fuera correcto, sería ocioso indagar acerca de los criterios para la decisión sobre el marco penal, e incluso desembocaría en una restricción inadmisibles del arbitrio judicial, que se hiciera depender la decisión acerca de tomar por base uno u otro marco penal, de determinadas circunstancias más específicas, por ejemplo, del estadio de desarrollo o de la peligrosidad de la tentativa. No obstante, se debe poner en duda ya el hecho de que el BGH mismo vea aún hoy las cosas de modo tan indiferenciado; en efecto, en decisiones más recientes va apareciendo cada vez más el principio de que en la decisión sobre la atenuación del marco penal según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, hay que «basarse en primer lugar, en el peso de las circunstancias referidas a la tentativa» (18). Pero esta

---

(15) Cf. especialmente BGHSt., t. 16, pp. 351, 353; t. 17, p. 266; BGH; StV, 1984, p. 246; 1985, p. 411; BGH, GA, 1984, pp. 374, 375; de tiempos recientes, BGH, StV, 1990, pp. 62, 63, y BGH, en DETTER, NStZ, 1990, p. 176 (con salvedades, véase *infra*, nota 18), p. 485; de la doctrina, cf. ante todo BRUNS (como en nota 2), p. 446; G. HIRSCH, *LK*, § 49, núm. 4; véase por lo demás la detallada presentación del estado de las opiniones en HETTINGER, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen*, 1982, pp. 178 y ss., y TIMPE (como en nota 11), pp. 21 y ss.

(16) BGHSt., t. 17, p. 266.

(17) Críticamente, sin embargo, a partir de BGH, NStE, § 23, núm. 2 (donde, con todo, no se trataba de antecedentes penales pertinentes).

(18) Cf. especialmente BGH, NStE, § 23, núm. 2, donde se habla decididamente de causas referidas a la tentativa; además, BGHSt, t. 25, pp. 347, 355; t. 36, pp. 1, 18 y ss.; BGH, en THEUNE, NStZ, 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1989, p. 467; véase también MEYER-GÖBNER, NStZ, 1988, p. 535, y SCHÄFER (como en nota 7), núms. 400 y s. (quien exige, sin embargo, de nuevo junto a ello también [?] una valoración total).

cuestión —que apenas puede ser contestada de modo fiable— del punto de vista actual del BGH o de sus Salas [probablemente tampoco completamente uniformes (19)], puede quedar aquí a un lado. Lo decisivo es que, en todo caso, es insostenible la concepción de que, respecto de la atenuación del marco penal según el § 49, párr. 1, en casos de tentativa (como también en otros casos), haya que decidir por vía de una consideración de conjunto de todas las circunstancias del hecho, para lo cual se trataría sustancialmente de la justicia de la atenuación del marco en vista a estas circunstancias totales (20). Ella ha constituido durante mucho tiempo un obstáculo suficientemente inhibitorio para el desarrollo de una dogmática refinada de la medición de la pena en el ámbito de la decisión sobre el marco penal, y no debería fortalecerse más a esta desgracia, al hacer aparecer la elaboración de lineamientos diferenciadores, de antemano, como una innecesaria pérdida de tiempo, amenazando así con ahogarla en sus germen; esto, tanto más cuando, por otro lado, una raíz de tal persistencia podrían constituirla, precisamente, también ciertas falencias en el ámbito de los lineamientos diferenciadores aplicables. Las razones para la insostenibilidad de la teoría de la relevancia de todas las circunstancias de medición de la pena, también para la decisión sobre el marco, han sido expuestas repetidamente en los últimos años, incluso por mí mismo (21). Basta por ello, y es recomendable a la vez, para llegar aún al tema propiamente dicho, con que los argumentos más importantes sean mencionados aquí nuevamente sólo en forma esquemática.

La teoría de la consideración total está expuesta a graves objeciones, ya desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley. Ya la sola exigencia de determinar el marco

---

(19) Mientras que, p. ej., el BGH, en NStE, § 23, núm. 2 (Sala 1.<sup>a</sup>) no quiere hacer bastar para la denegatoria, la circunstancia, no referida a la tentativa, de los antecedentes penales (así y todo, sin embargo, antecedentes no pertinentes), el BGHSt., t. 35, p. 347, 355 y s. (Sala 4.<sup>a</sup>), le atribuye un peso decisivo (en el sentido de conceder la atenuación) a la circunstancia, igualmente no referida a la tentativa, de la estructura de la personalidad del acusado.

(20) Esta consecuencia relevante para la diferenciación, sin embargo, ya no se menciona, con frecuencia, en absoluto; véase, sin embargo, BGHSt, t. 17, p. 266.

(21) Una crítica profunda de la concepción que quiere hacer depender la atenuación del marco de una valoración de conjunto de todas las circunstancias del hecho relevantes para el ilícito y la culpabilidad, se encuentra en TIMPE (como en nota 11), pp. 32 y ss.; HORN, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 573 y ss.; FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 944 y ss.; véase además LACKNER, § 49, núm. 4 (que si bien se atiene a la valoración total, quiere reconocer para ésta sólo una base restringida de la situación de hecho, lo cual, sin embargo, deja de ser una valoración total considerada estrictamente). De hecho, la valoración total también es rechazada por todos aquellos que quieren hacer valer, en la decisión según el § 23, párr. 2, sólo circunstancias referidas a la tentativa, en la de los delitos de omisión, sólo circunstancias referidas a la omisión; véase *infra*, las referencias de nota 35.

penal decisivo para la ulterior medición de la pena mediante la ponderación de numerosos factores contrapuestos, provoca peligros, en esa medida, insuperables. Pues, con ello, las múltiples oscuridades acerca de la correcta dirección de la valoración y, principalmente, del peso de los factores de medición de la pena, con la falta de parámetros aceptados —que se halla detrás de ello— para la respuesta a esta cuestión, cobran pleno efecto, ya sobre la base del ulterior proceso de medición de la pena; en esa medida, generan inseguridad. Este peligro es agravado aun por el hecho de que el BGH habla, generalmente, sólo de los métodos (consideración total) y del conjunto de factores a incluir, mientras que, por el contrario, o bien omite mencionar el resultado de la valoración a alcanzar, o bien describe conceptos cuya vaguedad apenas podrían ser superada —como, p. ej., la cuestión de si el hecho tentado debe ser castigado «con justicia más benignamente, según el contenido de ilícito y culpabilidad» (22). Apenas hace falta acentuar que, con tales instrucciones de acción dirigidas al juez, la afirmada validez del principio de determinación incluso para el ámbito de las consecuencias jurídicas queda desnaturalizado en una mera declamación.

Pero la teoría de la consideración total también es incompatible —en segundo lugar—, con la función del marco penal de constituir una prevaloración legal, de la cual parte la jurisprudencia misma. Según ello, los valores-límite de los respectivos marcos penales se corresponden a los puntos finales de «una escala de gravedad continua igualmente invisible», que corre paralelamente al marco penal, y en la cual se deben alinear todos los casos posibles del tipo delictivo —ascendiendo, desde lo leve a lo grave— (23). Para determinar la pena, el juez debe orientarse siguiendo esta escala de gravedad; ella constituye, para él, el parámetro —que el juez lesiona si, p. ej., castiga un hecho de mediana gravedad con la pena mínima (24)—. Con este modelo materialmente convincente del marco penal como escala de gravedad y principio de valoración, adoptado también por la jurisprudencia, se halla en una insuperable tensión la exigencia de llegar a un juicio acerca del marco penal respectivamente adecuado, sobre la base de una consideración de conjunto de todos los hechos relevantes para la medición de la pena. Pues, con esta exigencia, aquello que debería vincular al juez habrá quedado a su disposición; al menos así, si uno no precisa los principios de la decisión, ni los determina en su contenido, más que lo que lo hace la jurisprudencia mencionada. Una vinculación que está a disposición de la persona a vincular, es, empero, un sinsentido patente. La idea de un parámetro de valoración para el juez, contenido en el marco penal, conserva su

---

(22) Así, BGHSt, t. 17, p. 266.

(23) Cf. *supra*, las referencias de nota 13.

(24) BGH, NStZ, 1984, p. 117.

sentido y significación, sólo si se parte de que, en el caso de varios marcos penales que están a disposición, hay determinados parámetros jurídicos igualmente vinculantes, y esto significa especialmente: apropiados, según su contenido, para poder desarrollar una vinculación, los cuales declaran como determinantes para la ulterior valoración comprensiva del caso, determinados marcos penales, o sea, los parámetros de valoración contenidos en ellos (25). A este respecto, es manifiesto que tal preselección vinculante del marco penal decisivo está asegurada de la manera más pronta posible, si, para el carácter determinante de un marco penal o de otro, no importa un juicio total aún a precisar (en realidad, posible sólo de modo impreciso) (26), sino que esté dado un conjunto limitado de circunstancias.

En la misma dirección —que, a la vez, convierte al ocuparse de la decisión sobre el marco penal correcto en caso de tentativa en un tema digno de atención— se hallan también, sin embargo, otros dos criterios que descubren además otros aspectos de la insostenibilidad de la tesis de la consideración total. Por un lado, está el criterio puesto de relieve por Warda ya en 1962, de que la teoría de la consideración total fracasa en los relevantes sectores de intersección, que existen ampliamente entre los marcos penales normal y especial (27). Pues, si, para la determinación del marco penal correcto, debiera importar su propiedad o adecuación para aplicar, en el caso, la pena justa (propiedad que, por su parte, es exigida también por la consideración total postulada por la jurisprudencia), la perplejidad está programada verdaderamente allí donde el castigo justo o (si no) adecuado, es posible por igual tanto sobre la base de un marco penal, como del otro —por tanto, en el ámbito de las magnitudes penales comunes y de los grados de gravedad totales correspondientes a ellas—. En esa medida, una diferenciación es posible sólo más allá del resultado de esta valoración total. Por otro lado, empero, y principalmente, la incorrección de la teoría de la consideración total resulta también del fin de regulación de la atenuación del marco para casos de tentativa (y, en general, del de las atenuaciones facultativas del marco según el § 49, párr. 1), el cual se deriva, de nuevo, ya de consideraciones sistemáticas. Efectivamente, no es por casualidad que la atenuación del marco que aquí interesa sea para el caso de tentativa. Se puede expresar con pleno sentido, más bien, que la ley quiere tomar en cuenta aquí, al abrir la posibilidad de atenuar el

---

(25) Naturalmente, ellos no necesitan estar detallados legalmente, también pueden ser vinculaciones a elaborar por la jurisprudencia en el marco de su misión de concretización (véase también aún *infra*, 3).

(26) Ya semánticamente faltan las posibilidades de una expresión correspondiente.

(27) WARD, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, pp. 109 y s.; véase complementariamente, FRISCH / BERGMANN, *JZ*, 1990, pp. 948 y s.

marco, ciertas propiedades valorativas relevantes, precisamente de la tentativa (28). Debe considerarse que el hecho es digno de una pena menor, con relación al hecho consumado presupuesto en el marco penal normal, lo cual precisamente tiene relación con que el hecho se ha atascado en el estadio de tentativa. Correspondientemente, acerca de la concesión o denegación de la atenuación del marco, sólo pueden ser decisivas aquellas circunstancias que son capaces de expresar algo en esta dirección específica: ellas se refieren, por tanto, a la razón específica de si el hecho, *por* su carácter de *tentativa*, queda rezagado decisivamente, respecto del merecimiento de pena del hecho consumado. Las circunstancias que carecen de esta fuerza de expresión en este aspecto específico, tienen que ser excluidas respecto de la decisión sobre la concesión o denegación del marco penal atenuado según el § 49, párr. 1. Al conjunto de estas circunstancias irrelevantes en el aspecto de la decisión sobre el marco, lo integran todas las circunstancias que aparecen no sólo en caso de tentativa, sino exactamente igual (y esto significa a la vez: sin modificación de su valor de posición), también en los correspondientes hechos consumados. Configuran ejemplos típicos los antecedentes penales, la confesión, determinados elementos del carácter o la susceptibilidad del autor a la pena. Circunstancias de esta clase, y de otras similares atípicas, ni son apropiadas para fundamentar la atenuación del marco, en caso de que se traduzcan de modo correspondientemente favorable (29), ni son idóneas —por otra parte— para denegar la atenuación del marco, en caso de que se muestren de modo correspondientemente negativo. Antes bien, se puede recurrir a ellas —también en casos de tentativa— solamente para concretar la medida de la pena dentro del marco penal. Todo esto vale tanto más, en cuanto es exigido no sólo por el fin de regulación de la atenuación del marco, sino que también es ineludible para evitar diferenciaciones arbitrarias. Pues no existe ninguna razón material que aparezca como evidente para tratar a las circunstancias que —como los antecedentes penales, determinados elementos del carácter, la susceptibilidad a la pena, etcétera— pueden ser consideradas en el hecho consumado solamente dentro del marco penal, y así deben ser elaboradas, de una manera distinta *con motivo* de una tentativa, o sea, en el sentido de una concesión o denegación de la significativa atenuación del marco (30).

---

(28) Cf. también DREHER, JZ, 1957, p. 146; STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizer Juristentag*, 1963, p. 259; véase complementariamente, FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 949, con otras referencias.

(29) No es convincente, por ello, BGHSt., t. 35, pp. 347, 355, donde la estructura de la personalidad de la coautora es considerada como razón suficiente para la atenuación del marco (la admisión de una atenuación fue, en las consecuencias, sin embargo, correcta; ella se derivó, sin embargo, de lo dicho *infra*, bajo III.1).

(30) Acertadamente, JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, 25/78: arbitrariedad (en JAKOBS, *lug. cit.*, también con otras referencias).

3. Si no todas las circunstancias relevantes para la medición de la pena, según todo lo dicho —en contra de la teoría de la consideración total—, guardan relación con la atenuación del marco penal en caso de tentativa, sino que, antes bien, es significativo sólo un ámbito más estrecho, vinculado específicamente a la ratio, entonces, con ello ya se hace visible un primer campo de temas de reflexiones dogmáticas necesarias para la decisión sobre el marco penal en caso de tentativa (31): dentro del campo total de circunstancias relevantes para la medición de la pena, hay que determinar aquellas que son significativas para la decisión sobre el marco penal. Sin embargo, ésa no es la única misión a llevar a cabo. La dogmática de la medición de la pena podría restringirse a la circunscripción y descripción de las circunstancias significativas para la atenuación del marco, sólo si, con prescindencia de esa restricción del conjunto de circunstancias específicas (para la atenuación del marco), no hubiera otras condiciones jurídicas significativas para la decisión sobre el marco; si el aplicador del derecho, por tanto —en la medida en que él se restringiera en su argumentación sólo al conjunto de las circunstancias específicas— pudiera decidir, en lo demás, así o asá, es decir, en la existencia de factores iguales (dado el caso, que puedan expresarse de igual forma), pudiera tanto conceder la atenuación del marco, como también denegarla. Pero justamente eso parece, por diversas razones, completamente insostenible. En primer lugar, ya en sí mismo sería difícilmente comprensible qué sentido tendría una restricción del material de la decisión a determinadas circunstancias, si, por lo demás, estas circunstancias no influyeran también sobre la decisión, sustancialmente, en un sentido o en el otro. Pero, en segundo lugar, y principalmente, sería también incompatible con el principio de igualdad, que el ordenamiento jurídico le permitiera al juez que, existiendo constelaciones idénticas de circunstancias específicas para el marco penal, pudiera tanto conceder como denegar la atenuación del marco (32). Con otras palabras, mentalmente están presupuestas ciertas otras condiciones —p. ej., en el sentido de que la atenuación del marco, existiendo determinadas circunstancias o constelaciones, debe ser concedida o denegada—. El carácter facultativo de la atenuación del marco para el caso de tentativa no se contraponen a todo lo dicho. Que el juez «pueda» conceder la atenuación del marco no debe ser entendido en el sentido de que existe un ámbito de libertad abierto al juez, para decidir en una determinada

---

(31) Lo mismo vale, naturalmente, también para otras atenuaciones del marco según el § 49, párr. 1; véase al respecto, FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 952 y s.

(32) Respecto de que, antes bien, en vista del principio de igualdad y la esencia del derecho, deban vincularse, a situaciones de hecho esencialmente iguales, consecuencias jurídicas iguales, cf., p. ej., PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, núms. 53 y ss., 100 ss., 870 y ss., y *passim*; véase también ya FRISCH (como en nota 13), pp. 142 y ss.

situación así, y en otra exactamente igual, de otro modo (ya por el hecho de que una facultad de esa clase sería inadmisibles). Antes bien, ella debe ser considerada ante el trasfondo de la imposibilidad de una decisión legal estricta, tal como sucede especialmente en las causas de atenuación obligatoria de la pena (33): el legislador ve —en primer lugar— que sería inadecuado (a diferencia de otros casos de atenuación obligatoria del marco, por ejemplo, para la complicidad) castigar todos los casos de tentativa con un marco penal atenuado, y que, por tanto, es necesaria una diferenciación. Pero —en segundo lugar— se ve a la vez imposibilitado para realizar, ya en el plano de la ley, esta diferenciación entre casos de tentativa dignos del privilegio (en el marco) y casos que, en esa medida, no lo son. La precisa comprensión y descripción de las situaciones de hecho que merecen una atenuación del marco, y aquellas en las cuales ésta no es acertada, se deja librada —como también en otros casos— a instancias de concreción del derecho, por tanto, a la jurisprudencia y a la ciencia. Ellas deben elaborar aquellas reglas de atribución más diferenciadas —entonces, estrictas— (34) respecto de las cuales la ley (por diversas razones) no se ve en situación de determinar. Aquí reside la verdadera misión de una dogmática de la decisión sobre el marco penal en la tentativa, que mentalmente implica el circunscribir los factores en suma significativos.

## II. CIRCUNSTANCIAS REFERIDAS A LA TENTATIVA, RATIO DE LA ATENUACIÓN Y DIFERENCIAS EN EL ÁMBITO DE LOS TIPOS DELICTIVOS

1. Desde tiempo considerable, existen puntos de partida, en la doctrina, para tal precisión dogmática de los criterios y lineamientos de la decisión sobre el marco penal en caso de tentativa. En su núcleo ellos conducen a la tesis de que acerca de la aplicación o denegación de la atenuación según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, sólo podrían decidir circunstancias referidas a la tentativa; circunstancias que se hallan fuera del círculo de las circunstancias referidas a la tentativa —como, p. ej., inequívocamente, la susceptibilidad del autor a la pena, su conducta posterior al hecho, o su carácter—, tendrían que permanecer, para esta decisión, fuera de consideración (35). Acerca

(33) Acerca de lo que sigue, en detalle ya FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 947 y s.

(34) Véase *infra*, con más detalle, la diferenciación del punto III.

(35) En este sentido, especialmente DREHER, JZ, 1956, p. 683; *idem*, JZ, 1957, p. 156; *idem*, JZ, 1968, p. 213; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7; JAKOBS (como en nota 30), 25/78; RUDOLPHI, SK-SiGB, 5.<sup>a</sup> ed., a abril de 1991, § 23, núm. 3; VOGLER, en: *Leipz. Komm.*, 10.<sup>a</sup> ed., 1983, § 23, núm. 10; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.<sup>a</sup> ed., 1988, pp. 422 y s.; véase tam-



de la aplicación o no aplicación del § 49, párr. 1, para el caso de tentativa, deciden, con ello, puntos de vista como el estadio hasta el cual se extendió la tentativa (36), las razones determinantes para la no producción del resultado (37), la peligrosidad de la tentativa (38), etcétera (39).

De hecho, dentro de la teoría de la relevancia de las circunstancias solamente referidas a la tentativa se pueden divisar, nuevamente, dos corrientes diferentes: la primera, si bien declara más o menos decididamente las circunstancias relevantes según su naturaleza, evita, en lo demás, clasificaciones estrictas (como la atenuación sólo hasta un determinado punto temporal de la tentativa) y está caracterizada así tanto por la tendencia a circunscribir los factores relevantes, como por los simultáneos esfuerzos por la elasticidad para la valoración del caso (40). Los defensores de la otra corriente van más allá: ellos se esfuerzan por lograr declaraciones bien estrictas, en el sentido de una aplicabilidad o no aplicabilidad de la atenuación, para ciertos tipos de tentativas. Con relación a las rúbricas corrientes de la dogmática de la tentativa se distingue al respecto, por ejemplo, entre tentativa acabada e inacabada, y la tentativa inacabada es mencionada regularmente como caso de una atenuación obligatoria, la tentativa acabada, en cambio, es sustraída, como tendencia, de la atenuación, porque el autor habría hecho aquí todo lo que, según su representación, era necesario para la producción del resultado delictivo, por ende, se habría cargado ya con un *quantum* de culpabilidad, que en

---

bién STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizer. Juristentag*, 1963, pp. 247 y ss. Abogan en el sentido de un lineamiento general para apoyarse sólo en circunstancias específicas, p. ej., TIMPE (como en nota 11), pp. 32 y ss., y LACKNER, § 49, núm. 4. Acerca de las tendencias de la jurisprudencia más reciente, si bien no apoyándose exclusivamente en razones referidas a la tentativa, pero dándole a éstas un peso particular, véase ya *supra*, en notas 18 y s.

(36) Destacado especialmente por DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7; VOGLER, LK, § 23, núm. 10; también en la más reciente jurisprudencia se acentúa especialmente, entretanto, la proximidad a la consumación del hecho, véase, p. ej., BGHSt., t. 36, pp. 1, 18; BGH, NStE, § 23, núm. 2.

(37) JAKOBS (como en nota 30), 25/79: el planeamiento fugaz como causa de la no producción del resultado.

(38) Véase p. ej. DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3, con otras referencias de la jurisprudencia; VOGLER, LK, § 23, núm. 10; según la más reciente jurisprudencia, la peligrosidad de la tentativa integra las circunstancias especialmente significativas, cf. las referencias de nota 36.

(39) Como otros puntos de vista sean mencionados especialmente: los casos marginales de tentativa inidónea por grosera irrazonabilidad y la conducta análoga al desistimiento (cf. TIMPE [como en nota 11], pp. 109 y ss., 127 y ss.; JAKOBS [como en nota 30], 25/79).

(40) Como representantes de este punto de vista deben ser mencionados, p. ej., JAKOBS (como en nota 30), 25/79; JESCHECK (como en nota 35), pp. 422 y s.; RUDOLPHI, SK-StGB, § 23, núm. 3; DREHER, JZ, 1956, p. 683.

vista además de las múltiples casualidades de la falta de producción del resultado se corresponde ampliamente al del hecho consumado, y que, por ello, exigiría la equiparación con él en el marco penal (41). Las ocasiones en que se sale de esta regla son concedidas más bien sólo como casos de excepción —por ejemplo, para el caso de una tentativa inidónea (acabada) (42), o para el caso de que el autor despliegue, en conexión con su acción de tentativa, esfuerzos análogos a un desistimiento para evitar la producción del resultado (43).

Con el rechazo de la tesis de la necesidad de una llamada consideración total todo parece hablar en favor, a primera vista, de la teoría de la relevancia de las razones referidas sólo a la tentativa específicamente, y, dentro de este marco —incluso antes de cualquier decisión en favor de una o de otra de las corrientes mencionadas—, de nuevo en favor de una vinculación a los tópicos de la clase esbozada. Si la ley quiere que sean tratados más benignamente sólo una parte de los casos de tentativa: ¿qué habrá más a mano que delimitar, dentro del campo total de los casos de tentativa, los casos dignos de una pena mayor, de aquellos de una pena menor, recurriendo a conceptos y clasificaciones que también son aplicados, en otros casos, para caracterizar diferentes constelaciones? Con todo lo convincente que pueda parecer, en principio, la teoría de la relevancia de las razones referidas a la tentativa, también contra ella existen objeciones.

2. Ya ni el trasfondo ni el punto de partida intelectual de esta teoría pueden satisfacer. Efectivamente, al integrar el contenido de la atenuación facultativa, no se trata simplemente de delimitar entre sí grupos de casos de tentativa, desde el punto de vista del mayor o menor merecimiento de pena. La misión dada al aplicador del Derecho tiene un contenido específico: se debe indagar a qué constelaciones de casos alcanza la ratio de la atenuación de la tentativa, y a cuáles no. Pero la ratio de la atenuación de la tentativa se debe ver ante el trasfondo del desplazamiento de la pena de la consumación: el sentido de la atenuación facultativa de la tentativa es el de subordinar a una atenuación a aquellas constelaciones de casos de tentativa —para las cuales debido a que sólo se ha dado una tenta-

---

(41) En este sentido, especialmente SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7 a; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; véase también detalladamente WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 309 y ss., 312 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 243 y s., y DORNSEIFER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 439; expresamente en contra, p. ej., BGH, StV, 1991, 105 (= BGH, en DETTER, NStZ, 1991, p. 272).

(42) Cf. p. ej. WOLTER (como en nota 41), pp. 175, 304 y s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7 a.

(43) Esto es destacado especialmente por TIMPE (como en nota 11), pp. 142 y ss.; análogamente, JAKOBS (como en nota 30), 25/79.

tiva (44)— aparezca inadecuada la pena de la consumación (más precisamente: la imposición del marco previsto para el hecho consumado). Lo inadecuado de la pena de la consumación puede resultar aquí, nuevamente, sólo de una cosa: de que determinadas constelaciones de tentativa no todas (45) revelan déficit en comparación con el hecho consumado, los cuales hacen aparecer al castigo según el marco penal del hecho consumado como no justificado. En otras palabras, la razón de la atenuación de la tentativa es la falta de elementos del hecho consumado, que conllevan decisivamente la justificación del castigo según el marco penal del hecho consumado. Este criterio configura, a la vez, el lineamiento para la determinación de aquellas circunstancias que deciden sobre la aplicación o denegación de la atenuación de la tentativa: son determinantes aquellas circunstancias en cuya existencia, o no existencia, concurren, o no concurren, ciertos elementos que conllevan decisivamente el marco penal de la consumación.

La diferencia entre este cuestionamiento, orientado a la ratio de la atenuación para la tentativa, y la teoría de la relevancia de circunstancias sólo referidas a la tentativa, con sus concretizaciones pertinentes, no es difícil de percibir: si uno parte de la ratio de la atenuación para la tentativa, entonces, no es para nada obvia una restricción a circunstancias referidas a la tentativa de la naturaleza arriba explicada. No sólo entran en consideración propiedades de la tentativa, o de la dogmática de la tentativa, como razones para la inadecuación de la pena de la consumación. Más bien es completamente concebible todavía algo que apenas es considerado, lamentablemente, en la discusión actual: dado que los delitos del StGB están concebidos de modo extremadamente diferente, no es imposible que, en determinados delitos, o tipos de delitos, ya la falta de consumación sea suficiente como una razón de tal índole como para conceder la atenuación de la tentativa —o sea que, en estos delitos, con la falta de la consumación decae a la vez un hecho decisivo, cofundamentador de modo determinante de la medida de la pena—. No es ningún argumento en contra de esto, el hecho de que la ley no haya tomado a la falta de consumación como motivo de una atenuación obligatoria (46); pues aquí no se trata en absoluto de considerar a la no producción de la consumación como tal, una razón suficiente para la atenuación: la razón para la atenuación es más bien que, con la falta de la consumación, sólo en determinados delitos hay a la vez un déficit en

---

(44) Véase *supra*, según la nota 28.

(45) Pues, si no, la atenuación tendría que ser obligatoria.

(46) Un argumento que aparece con frecuencia, cuando la falta de resultado es caracterizada impropriamente como única fundamentación de la atenuación, cf., p. ej., Bruns (como en nota 2), p. 443; SCHÄFER (como en nota 7), núm. 398; véase también SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7.

el ámbito de la base de la justificación de la pena (47). Esta posibilidad ulterior de una indicación de la atenuación para la tentativa queda fuera de consideración —si bien, como consecuencia del punto de partida— en la teoría de la relevancia de las circunstancias solamente referidas a la tentativa, que investiga exclusivamente las propiedades valorativamente relevantes de la tentativa (48). Ello es delicado, porque en el caso de una tal indicación de la pena de la tentativa, para la tentativa de determinados tipos de delitos, la discusión completa sobre otras propiedades relevantes para la atenuación en el ámbito de las constelaciones de la tentativa de estos delitos, pierde su sentido, bajo el aspecto de la atenuación del marco: dado que la atenuación del marco en estos delitos —debido al déficit en el ámbito de la base de justificación de la pena, vinculado aquí a la falta de consumación— abarca todos los casos de tentativa, a las correspondientes circunstancias características de la tentativa no les correspondería, en esa medida, una significación para la elección del marco penal, sino solamente para concretar la pena dentro del marco atenuado de la tentativa.

3. Las objeciones recién esbozadas contra la teoría de la relevancia (sólo) de circunstancias referidas a la tentativa no sólo son objeciones teóricas contra la metódica de esta teoría. Ellas tienen un trasfondo práctico y un contenido. Ello se hace reconocible inmediatamente, si uno se libera de otro defecto de la discusión actual: la discusión en torno a lo adecuado de la atenuación para la tentativa padece también de una consideración insuficiente de las diferencias entre los tipos delictivos (49). Por medio de esta forma niveladora de consideración, se pierde de vista un punto importante: el dato técnico, previo para la existencia de una tentativa, de la falta de consumación, es, en el contexto de diversos tipos delictivos, de una significación material completamente diferente (50). En una serie de delitos, él coincide con un dato material, a saber: con un déficit en el ámbito de la base de justificación de la aplicación de la pena. En

---

(47) Acerca de que esta coincidencia entre el dato formal de la falta de consumación y un dato materialmente significativo de la falta de resultado, exista, de hecho, sólo fragmentariamente, véase aún *infra*, 3.

(48) Sin embargo, sería posible calificar este déficit de la tentativa en determinados delitos, igualmente como referido a la tentativa en un sentido específico (o sea, como caracterizador precisamente de este grupo de tentativas).

(49) En el punto central de la discusión sobre la atenuación, están en general los puros delitos de resultado, especialmente los tipos de lesión corporal y de homicidio. El problema de la atenuación en caso de tentativa, en el marco de tipos como, p. ej., de los §§ 146, 242 o del § 267, StGB, ha sido poco discutido, o apenas se lo ha hecho.

(50) Insinuándolo, y —con razón— en el sentido de favorecer la consideración más fuerte de las diferencias de resultado que hay aquí, sin embargo, DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 452.

otros delitos, por el contrario, no se puede hablar de una divergencia material correspondiente entre tentativa y consumación. En concreto:

En una serie de delitos la consumación está vinculada a la existencia de un resultado disvalioso que si bien está en una relación de realización con la acción típica (51), está separado de ésta, es autónomo. Configuran ejemplos característicos los delitos de lesiones, de homicidio o de daño: para todos ellos, es característico que la comisión consumada del hecho presupone, junto a una acción dirigida al resultado típico, además un suceso disvalioso especial, que se presenta como realización del peligro generado por la acción. Cuánto vale este suceso disvalioso como parte esencial de la justificación de la pena del delito consumado, se refleja no sólo en el persistente atenerse de la dogmática del derecho penal a una comprensión del ilícito asentado sobre dos eslabones, consistentes en el ilícito de acción y en el de resultado (52). Ello se deriva ante todo de la ley misma —así, cuando, de la producción de un determinado disvalor de resultado, se hace depender la punición de ciertas acciones, por ejemplo, en casi todo el campo de la imprudencia, pero también en muchas formas de conductas dolosas (a saber, en caso de impunidad de la tentativa) (53)—. En la misma dirección corre el criterio de que la producción de un resultado determinado conduce, con relación a delitos con la misma acción —como, p. ej., en la relación entre el § 315, c, y el § 316, StGB—, a una clara agravación de la pena (o sea que, su ausencia, a un tratamiento más benigno). Configuran otras pruebas las numerosas modificaciones del marco penal en caso de producción de resultados calificantes (54). Estas decisiones lega-

---

(51) Acerca de la exigencia de la realización del peligro propio de la acción típica en el resultado producido, como elemento del tipo (no escrito) de los delitos de resultado, cf. especialmente, RUDOLPHI, *SK-StGB*, previo al § 1, núm. 57, con otras referencias, así como también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 507 y ss.

(52) Acerca de esta comprensión, p. ej., GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 155 y ss., 161 y ss.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER, antes de los §§ 13 y ss., núms. 58 y s.; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, pp. 177 y ss., 182 y ss.; WOLTER (como en nota 41), pp. 109 y ss., 127 y ss., y FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, § 9, II; en WOLTER y FREUND, también acerca de los modelos divergentes de ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, *passim*, y ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 410 y s. En profundidad, y críticamente acerca de los conceptos dualista y monista del ilícito, DEGENER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 364 y ss., 366 y ss.

(53) Pues la idea de que esta restricción no tenga nada que ver con las diferencias en el ámbito del dato legitimante de la pena, p. ej., basándose solamente en puntos de vista de una economía del castigo (véase al respecto, en general, últimamente DEGENER, *ZStW*, 103 [1991], pp. 378 y ss.), apenas podrá ser defendida con seriedad. Coincidentemente, FREUND (como en nota 52).

(54) Independientemente de si se trata de auténticos delitos calificantes por el resultado, o de la mención de consecuencias calificantes en los ejemplos-regla.

les, que son expresión, por su parte, de ideas valorativas muy difundidas (55), podrán ser puestas en duda personalmente, porque uno no comparta estas ideas valorativas, o las considere racionalmente no fundamentables (56). Pero esto no modificará en nada su existencia, ni, con ello, que la consumación de un delito representa, en los casos de esta clase de predecisiones sintomáticas de la ley, la existencia de un disvalor adicional, significativo para la justificación de la pena, el cual falta, de antemano, en un hecho atascado en tentativa. Se podría ignorar estas predecisiones legales, a lo sumo, si ellas fueran arbitrarias o insostenibles. Pero difícilmente se pueda decir esto. Pues incluso si aquellos sentimientos de la generalidad que están detrás de la separación entre la conducta sin consecuencias de aquella que las produce (la conmoción especial, la especial necesidad de satisfacción) (57) hubieran de ser irracionales (58), es de todos modos defendible, incluso racionalmente, que el legislador tome en cuenta para la delimitación de la pena (también según su medida) la falta o la menor significación de esos sentimientos y necesidades, en el caso de la conducta sin consecuencias (59).

Las cosas son completamente distintas en una serie de otros delitos: en ellos la consumación está determinada de manera más o menos técnica; las situaciones de hecho de disvalor calificadas no están vinculadas con su existencia. Configuran ejemplos característicos los delitos de puesta en peligro abstracto y los llamados delitos de resultado recortado. La consumación está aquí todavía lejos de aquel suceso disvalioso que puede ser concebido como la situación de hecho de ilícito autónoma (a impedir). A modo de ejemplo: El hurto y la falsificación de documentos están consumados, mucho antes del desapoderamiento (fáctico) del propietario o del engaño en el tráfico jurídico; la declaración falsa está consumada, mucho antes e independientemente de si se llega a una apreciación falsa del caso.

---

(55) Acertadamente, STRATENWERTH, SchwZStR, 79 (1963), pp. 253 y s.; como dato fáctico reconocido también por los críticos, cf., p. ej., ZIELINSKI (como en nota 52), p. 201.

(56) Cf., p. ej., ARMIN KAUFMANN (como en nota 41), pp. 243 y s.; DORNSEIFER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 427 y ss.; en contra, JAKOBS (como en nota 30), 6/73, con otras referencias de la opinión dominante.

(57) Más en detalle, FRISCH (como en nota 51), pp. 561 y ss.; DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 451; DEGENER, ZStW, 103 (1991), pp. 376 y ss.

(58) En contra de ello, JAKOBS (como en nota 30), 6/73; FREUND (como en nota 52), § 9, II, especialmente según la nota 52.

(59) Acertadamente, DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 452; JAKOBS (como en nota 30), 6/73, y FREUND (como en nota 52), § 9, II, según nota 59. Esto sería distinto, sólo si ya tales diferencias no existieran. En la actualidad, sin embargo, esto apenas se podría decir (véase también el repaso de DEGENER, ZStW, 103 [1991], pp. 386 y ss., acerca de los resultados de las correspondientes investigaciones de psicología social).

En casos de esta clase, con la producción de la consumación no se traspassa a la vez un umbral de disvalor adicional, materialmente significativo: no produce ninguna diferencia esencial en la apreciación del disvalor, que el ladrón sea detenido poco antes o poco después de guardar el objeto en su bolsillo o que el falsificador lo sea durante la elaboración del documento falso o recién después de soltar el lápiz tras el último punto, etc. (60).

La cuestión de si un delito determinado pertenece a un grupo o al otro, se orienta —ésto, para evitar malentendidos— no según la posibilidad técnica de clasificar al delito como delito de resultado, o la imposibilidad de ello, por tanto, no depende de que el delito revele un resultado determinado, separable de la acción, en el mundo exterior. Correcto es, solamente, que los delitos de resultados clásicos (delitos de homicidio, de lesiones, de daño, de estafa, de infidelidad, etcétera) son, a la vez, casos modelo del primer grupo. No obstante, hay delitos con un resultado exterior determinable, junto a la acción del hecho, en los cuales no se puede hablar de un disvalor de resultado separado, autónomo, que está junto a la acción. Como ejemplo, los delitos de incendio y de envenenamiento: la situación exigida en los §§ 306 y ss., StGB, de que un edificio sea alcanzado, de modo tal que esté en condiciones de continuar ardiendo por sí mismo (61), y la posibilidad de la sustancia proporcionada, de producir un efecto, exigida en el § 229, StGB, pueden ser caracterizadas absolutamente como estados de situación especiales del mundo exterior (62). Ellos no describen especiales disvalores de resultado junto a la acción típica. Los verdaderos disvalores de resultado —la destrucción de determinado edificio o la producción de un daño a la salud— están, en los tipos correspondientes, más bien completamente fuera de la realización del tipo. Las situaciones de hecho descritas en los tipos mismos, necesarias para la admisión de consumación, caracterizan, en el fondo, sólo la orientación de peligrosidad específica y la dimensión del peligro de la acción: ellas formulan, sustancialmente, casos especiales de tentativas acabadas, con lo cual la ley no se limita sólo a postular que el autor tendría que haber hecho todo lo que era necesario (según su criterio), para que se llegue a la producción del

---

(60) Tras la fijación de los límites de la consumación en estos delitos, se hallan muchas veces puntos de vista puramente preventivos o procesales, etc., cf., p. ej., para el § 267, StGB, TRÖNDLE, en: *Leipz. Komm.*, 10.<sup>a</sup> ed., 1982, previo al § 267, núm. 14, y, para el § 242, StGB, la conocida discusión en torno a las teorías de la *contractatio*, de la *apprehensio*, de la *ablatio* y de la *illatio*.

(61) Así, BGHSt., t. 18, p. 363.

(62) En parte, se lo formula incluso así, cf., p. ej., HORN, *SK-StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., a octubre de 1990, § 306, núm. 10; en la más antigua doctrina ha sido caracterizada, p. ej., incluso la ejecución de la acción como tal, ya como resultado, cf., p. ej., v. LISZT / SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.<sup>a</sup>, 1927, § 28, II (pp. 154 y s.). Acerca de la problemática de la calificación como delito de resultado, también FREUND (como en nota 52), § 1, nota 25.

verdadero suceso disvalioso a evitar, sino que, mediante la denominación de la correspondiente situación del mundo exterior, describe más de cerca la acción exigida según su dirección y fase, hasta la cual debe haber llegado. Sustancialmente se trata aquí, por tanto —no de otro modo a como sucede en el hurto, donde la acción del hecho del apoderamiento es definida, exactamente considerado, también mediante una modificación del mundo exterior (desplazamiento de la custodia)—, de delitos del segundo grupo.

### III. CONCRETIZACIÓN DE LA IDEA DE LAS DIVERGENCIAS, RELEVANTES PARA LA LEGITIMACIÓN, ENTRE CONDUCTA DE CONSUMACIÓN Y CONDUCTA DE TENTATIVA, COMO LINEAMIENTO DE LA DECISIÓN SOBRE EL MARCO PENAL

1. Es fácil de percibir que la distinción esbozada precedentemente es, *de lege lata*, de significación decisiva, también para la cuestión de lo adecuado de la atenuación para la tentativa.

Allí donde, con la consumación, no se realiza un hecho disvalioso adicional, materialmente significativo, la falta de consumación —por tanto, la mera existencia de una tentativa— evidentemente no puede fundamentar una punición atenuada. Así sucede en los ejemplos expuestos del ladrón detenido mientras realiza la acción de sustraer la cosa, del falsificador sorprendido durante la falsificación, o del autor detenido en el momento de poner en circulación el dinero falso (63). Aquí, en el ámbito de estas situaciones de hecho, reside la verdadera justificación, más profunda, de la negativa de la ley a una atenuación obligatoria de la punibilidad de la tentativa; la permanente desatención a estos muy comprensivos grupos de delitos, en la discusión en torno a la punición «correcta» de la tentativa, la casi excluyente dirección de esta discusión hacia los delitos de resultado (64), constituye la fuente de energía de la exigencia hecha hasta hoy —sin razón— de una atenuación obligatoria de la pena de la tentativa (65).

---

(63) Pues tampoco el mero acto del traspaso significa por sí solo, todavía, un hecho disvalioso adicional, materialmente significativo (p. ej., en caso del pronto descubrimiento de la falsificación burda, con la posibilidad de deshacer el negocio en cualquier momento); aquí vale lo dicho *supra*, II, 3, *in fine*.

(64) Cf. sólo la presentación en BRUNS (como en nota 2), pp. 438 y ss.; *idem*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 170 y ss.; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9; también las reflexiones de TIMPE (como en nota 11), pp. 91 y ss., 102 y ss., circundan casi exclusivamente los delitos de resultado con un disvalor de resultado material.

(65) Cf. p. ej., BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 9.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 477; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, núms. 682 y ss.; *idem*, *Festgabe zum Schweitzer. Juristentag*, 1963, p. 260; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9; TIMPE (como en nota 11), pp. 99



En el ámbito de estos delitos, antes bien, sólo ciertas particularidades de la tentativa —que no se dan siempre— podrían fundamentar una atenuación (66).

Frente a ello, la valoración tiene que ser completamente diferente, *de lege lata*, en el ámbito de los verdaderos delitos de resultado: la consumación significa aquí no sólo un dato más o menos técnico, en el curso del acontecer, codeterminado con frecuencia por criterios forenses. Ella representa a la vez la existencia de otra significativa situación de hecho disvaliosa (que va más allá del disvalor de acción) (67), a la que la ley misma le atribuye tanta importancia que, de su existencia, hace depender muchas veces directamente la imposición de la pena, o, si no, en todo caso la aplicabilidad de un marco penal mayor (68). Esta predecisión, seguramente no insostenible (69) no puede ser ignorada, *de lege lata*, por una valoración de la tentativa que se esfuerce por ser consistente (70). Antes bien, ella tiene que tomar nota de que, con ello, falta, en los casos de tentativa (también de tentativa acabada) de estos delitos de resultado en sentido estricto, ya por el solo hecho de la ausencia del resultado, una parte significativa, según la apreciación legal —que sigue a una extendida valoración—, de aquella base de justificación sobre la cual está fundada la imposición de la pena prevista para los hechos consumados. Pero todavía se puede decir algo más: si este dato tiene tanta importancia en la valoración legal, que incluso puede decidir sobre «si» se debe aplicar pena, entonces, será en todo caso suficientemente importante para sustentar la atenuación del § 49, párr. 1. Esta consecuencia encuentra apoyo, adicionalmente, en que el legislador mismo, en de-

---

y s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 6, acentuándose en general, sin embargo, que esto no significaría ninguna obligación a recurrir al especial marco penal atenuado. La atenuación obligatoria de la pena en la tentativa dispuesta por el Código penal imperial fue dejada de lado recién por el decreto del 29-5-1943.

(66) Con más detalle a este respecto, *infra*, 3 y 4.

(67) En lo que importa aquí no la precisa clasificación de este disvalor (parte del disvalor de acción, cf., p. ej., HIRSCH, ZStW, 94 [1982], pp. 240 y ss.; disvalor de resultado autónomo, cf., p. ej., STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, pp. 182 y ss.; GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, pp. 161 y ss.; JAKOBS [como en nota 30], 6/73, con otras referencias); véase complementariamente, FRISCH (como en nota 51), pp. 513 y ss., 516 y ss., y FREUND (como en nota 52), § 9, II; de modo básicamente divergente sin embargo, no compatible con la ley ARMIN KAUFMANN, y sus discípulos, cf. *Festschrift für Welzel*, pp. 710 y s.; ZIELINSKI (como en nota 52), *passim*.

(68) Como ejemplo, cf. los delitos imprudentes de resultado, los delitos calificados por el resultado, como también los casos de falta de punibilidad de la tentativa en algunos delitos menos graves.

(69) Véase *supra*, II, 3.

(70) Acerca de la necesidad de la orientación a un sistema limitado al ordenamiento de la *lex lata*, para la solución de cuestiones materiales de la *lex lata* (precisamente, también respecto del § 23, párr. 2), p. ej., DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 448.

terminadas acciones —desde el punto de vista del delito caracterizado por la producción del resultado— prevé «rebajas» comparables, en la medida de la pena, en caso de no producción de determinados resultados (así, en la no producción del resultado de puesta en peligro, en el § 316, en comparación con el § 315, c, en los delitos base, con relación a los delitos calificados por el resultado) (71). Por ello, la tentativa de aquellos delitos en los cuales el tipo consumado presupone aún, junto a la acción típica, un resultado disvalioso propio, debe ser penada en general, si se ha de tomar en serio las predeciones legales pertinentes, con el marco penal atenuado del § 49, párr. 1 —independientemente de todas las demás diferenciaciones referidas a la tentativa relevantes aquí, en realidad, recién para la medición de la pena dentro del marco—: aquí reside el núcleo correcto de la exigencia de la punición atenuada de la tentativa; la tesis de la punición genéricamente atenuada va más allá de la meta, en la medida en que ella ignora el amplio campo de aquellos delitos en los cuales la falta de consumación del delito no está vinculada al decaimiento de una situación de hecho disvaliosa, codeterminante decisivamente de la pena (72).

Contra la recién desarrollada punición en principio atenuada de la tentativa de determinados delitos no se puede objetar, por ejemplo, que ella sería incompatible con la regulación legal, que prevé una atenuación sólo facultativa para la tentativa. Sólo sería incompatible con la ley (—y como se demostró— también materialmente indefendible) una punición genéricamente atenuada para todos los casos de tentativa; castigar atenuadamente la tentativa de *determinados* delitos, está tan poco prohibido por la ley como una punición —atenuada a ser justificada materialmente— de determinados tipos de tentativa.

La circunstancia de que, con ello, también es castigado con benignidad el autor en cuyo hecho hay que agradecer sólo a la casualidad la no producción del resultado, y no a una menor intensidad de la voluntad delictiva como siempre se la entiende, tampoco es un contraargumento efectivo (73). La ley misma muestra que no se pue-

---

(71) En lo que hay que acentuar especialmente que el marco atenuado del delito básico, beneficia también a las situaciones de hecho en las cuales la conducta habría podido conducir sin más a la consecuencia calificante.

(72) Los delitos que, en esta medida, entran en consideración, por tanto, especialmente los delitos de actividad, prácticamente no aparecen característicamente en las explicaciones de los defensores de la atenuación obligatoria de la pena; las ideas circundan allí exclusivamente los delitos de resultado, cf., p. ej., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, núm. 682 y ss.; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9.

(73) A esta circunstancia hacen referencia, en el contexto de la cuestión de la atenuación junto a otros puntos de vista, p. ej., BGH, en DALLINGER, MDR, 1974, p. 721; BGH, StV, 1985, p. 411; 1986, pp. 378, 379; BGH, en THEUNE, NStZ, 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1990, pp. 222, 485; 1991, p. 273 (no producción del resultado sólo como consecuencia de circunstancias extraordinariamente afortunadas); VOGLER, *LK*, § 23, núm. 10; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; BRUNS, *Das*

de argumentar de ese modo. Pues no hay ninguna objeción en contra de renunciar al castigo de determinadas formas de conducta, o a su castigo más severo, aun cuando la producción de determinado resultado haya que agradecerla sólo a una casualidad que se expresa de modo afortunado; son la mejor prueba de ello, la limitación de la punición de la imprudencia, la renuncia al castigo de la tentativa incluso dada una absoluta casualidad de la no producción del resultado (74), la renuncia a la amenaza penal más grave del § 315, c, también en caso de absoluta casualidad de la no producción de una situación de peligro, etc. Se podría argumentar aún, a lo sumo, que estas valoraciones legales, con todo, no dejan de ser problemáticas (75), y que, por ello, no deba seguírseles, allí donde falten las exigencias expresas correspondientes. Sin embargo, tampoco esto sería especialmente convincente. Pues, por un lado, no se debe pasar por alto que aquello que es clasificado como valoración equivocada desde el punto de vista de aquella crítica, podría corresponderse de todos modos a ideas valorativas preponderantes (76). Eso lo muestra, no en último lugar, el hecho de que la tentativa, en los delitos en los cuales el resultado configura un dato material adicional —como, p. ej., en los delitos de homicidio—, sea penada regularmente con el marco atenuado (77). Pero, en segundo lugar, y principalmente, sencillamente desde puntos de vista de la consistencia, y, con ello, en última instancia, en vista a la equiparación de las situaciones de hecho materialmente iguales, está proscrito valorar la falta de disvalor de resultado material de modo fuertemente atenuante en un ámbito parcial (normado con exactitud) del ordenamiento jurídico-penal, y en

---

*Recht der Strafzumessung*, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 172; cf. al respecto, también STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizer. Juristentag*, 1963, pp. 252 y ss., Véase complementariamente, *infra*, 6.

(74) En los casos en que la tentativa no está amenazada con pena.

(75) Cf. sólo los reparos de ARMIN KAUFMANN (como en nota 41), pp. 243 y s., y de ZIELINSKI (como en nota 52), pp. 200 y ss., 214 y s., 216.

(76) Acertadamente, STRATENWERTH, *SchwZStR*, 79 (1963), pp. 253 y s. (aquí no interesa la cuestión de la clasificación sistemática); véase también los aportes a la discusión de BÖHM y SCHÜLER-SPRINGORUM, en BLOY, en: SCHÖCH (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, pp. 79, 80, como también DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 452, y FREUND (como en nota 52), § 9, II; reconocido también por ZIELINSKI (como en nota 52), p. 201. Una revisión a la luz de investigaciones de psicología social, en DEGENER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 386 y ss.

(77) En una revisión de la colección oficial de los años 1980-1990, de las sentencias publicadas en *NStZ* y *StV*, del ámbito de los delitos de homicidio tentados, resultó que la posibilidad de atenuación según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, fue utilizada, casi sin excepción (ya) por los tribunales de instancia (acerca de constataciones completamente correspondientes, respecto de los §§ 21, 49, párr. 1, cf. FOTH, *DRiZ*, 1990, p. 417). Las pocas decisiones en las cuales no sucedió esto, sin embargo, fueron anuladas (como en *BGHSt.*, t. 35, pp. 347, 355 [donde, no obstante, para alcanzar la consecuencia correcta se recurrió equivocadamente al punto de vista no específico de la perturbada estructura de la personalidad]).

otro, en cambio, no registrarlo de ese modo. Que uno esté libre, *de lege ferenda*, es otra cosa; en el presente contexto, se trata únicamente de la elaboración, sistemáticamente consistente, de la *lex lata* (78).

Con mayor razón es infructífero el argumento frecuentemente repetido de que estaría proscrito un castigo atenuado como principio en caso de no producción del resultado, cuando otras circunstancias concurrentes —como la actitud especialmente censurable, o las agravantes dadas durante la ejecución del hecho— pudieran compensar el déficit de disvalor objetivo de la tentativa, frente a la consumación, vinculado a la no producción del resultado (79). Quien argumente de ese modo, pasará por alto que también una tentativa de esa índole, frente al objeto determinante para la comparación, a saber: un hecho consumado cometido por los mismos motivos o ejecutado de la misma forma, siempre estará caracterizada por un claro déficit de disvalor. Si se parte —y esto es ciertamente ineludible— de que en un caso tal, el hecho consumado puede ser penado adecuadamente con el marco penal de la consumación, entonces, el notorio déficit de disvalor objetivo en comparación con el hecho consumado tiene que traducirse, también aquí, en un castigo atenuado de la tentativa, y, por cierto, en una medida que se corresponde a la significación determinante del disvalor de resultado en estos delitos, por tanto, en el sentido de la atenuación del marco según el § 49, párr. 1: todo procedimiento distinto lleva a una equiparación de lo desigual (a saber, de la tentativa con la consumación) o a un tratamiento desigualitario de situaciones de hecho esencialmente iguales (consideración del disvalor de resultado en un caso, pero no en el otro), y, con ello, a una infracción al principio de igualdad. Las mencionadas agravantes son, por ende, irrelevantes para fijar el marco. Ellas conducen más bien, solamente a que los casos de tentativa correspondientes deban ser ubicados de modo comparativamente alto, dentro del marco atenuado, para la tentativa, conforme al § 49, párr. 1.

2. De las reflexiones formuladas hasta aquí, se sigue a la vez el valor de posición en todo caso legítimo, de aquellas características de la tentativa que —como las llamadas «circunstancias referidas a la tentativa»— deben decidir, según una difundida opinión, acerca de la aplicabilidad del marco penal atenuado según el § 49, párr. 1 (80): en los delitos en los cuales la consumación (su pena) presupone la existencia de un especial resultado disvalioso, que está junto a la acción típica, las circunstancias referidas a la tentativa no juegan ningún papel, de antemano, para la «elección del marco»,

---

(78) La necesidad de una distinción entre estos dos aspectos es acentuada con razón también por DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 448.

(79) En este sentido, empero, la argumentación del BGHSt., t. 16, p. 351; Bruns (como en nota 73), p. 174. En contra, p. ej., STRATENWERTH (como en nota 72), núm. 684; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 6; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9.

(80) Cf. *supra*, las referencias de nota 35.

porque, aquí, ya el déficit en el ámbito de la base de justificación de la imposición de una pena, que reside en la no producción del resultado, obliga a la atenuación del marco; las características de la tentativa [como la tentativa acabada o inacabada (81); los esfuerzos análogos al desistimiento (82); la inidoneidad de la tentativa (83), etc.], repercuten *aquí* sólo como factores de la medición de la pena dentro del marco penal atenuado según el § 49, párr. 1 (84). Así visto, a las llamadas «circunstancias referidas a la tentativa» puede corresponderles una significación en el contexto de la elección del marco en sí, sólo en aquellos delitos en los cuales la falta de consumación no representa aún, a la vez, un déficit relevante de la tentativa frente al hecho consumado (comparable): por tanto, en los delitos de pura actividad, en los delitos de peligro abstracto, en los delitos de resultado recortado, etc. Sin embargo, también en esa medida hay que ser cauto: Las conocidas rúbricas de la dogmática de la tentativa, de ningún modo tienen que ser significativas en el presente contexto. Así, p. ej., los conceptos tales como tentativa «acabada» o «inacabada» han sido desarrollados, ante todo, como conceptos funcionales para un contexto de problemas completamente determinado —a saber: para el del desistimiento liberador de pena—; es decir, como conceptos a los que les corresponde la función de cocaracterizar las diferentes prestaciones que tiene que producir el autor para obtener la impunidad (85). Pero con ello no se dice nada en absoluto acerca de que a los conceptos en tal medida significativos respecto de un problema, también les corresponda una significación modificatoria en el marco de otros círculos problemáticos. Antes bien, su significación tiene que mostrarse todavía, también en estos ámbitos de problemas. En concreto: en el presente contexto, sólo pueden interesar aquellas características de la tentativa que, a la vez, describen un déficit perceptible, en comparación con el hecho consumado, en la base de la justificación de la imposición de pena. Dado

---

(81) En favor de su relevancia, p. ej., DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7 a; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 16; WOLTER (como en nota 41), pp. 309 y ss., 312 y ss.; distanciado de esto, en cambio, BGH, StV, 1991, p. 105.

(82) En favor de su relevancia, p. ej., TIMPE (como en nota 11), pp. 127 y ss.; JAKOBS (como en nota 30), 25/79.

(83) Relevante según el criterio de WOLTER (como en nota 41), pp. 175, 304 y s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7a.

(84) Una significación que es también más adecuada a estas circunstancias, que el desencadenar una atenuación del marco, porque ellas caracterizan situaciones de hecho graduables, casi sin excepción, y pueden elaborar mejor las situaciones de hecho de esta clase, matizables a discreción, en la medición graduable, dentro del marco, que en la decisión acerca del si se atenúa el marco, o no. Al respecto, véase aún *infra*, como también FRISCH / BERGAMNN, JZ, 1990, p. 953.

(85) Esta función de los conceptos se muestra con especial claridad en la formación de conceptos de VOGLER, *LK*, § 24, núm. 32.

que al acto de asignar la escala penal atenuada del § 49, párr. 1, se vincula además una diferencia relativamente relevante en las consecuencias jurídicas, las características de la tentativa modificatorias de esta asignación tienen que denotar, a la vez —en el sentido de una condición para su adecuación (86)—, tanto frente a la consumación, como frente a las otras conductas de tentativa que carecen de estas características, un déficit de disvalor suficientemente importante (o bien, desniveles de disvalor); los tránsitos apenas visibles en las medidas de disvalor no deberían conducir a una asignación de consecuencias jurídicas de diversa gravedad.

3. Si se tiene presente estos principios determinantes para una concretización del § 23, párr. 2, que sea también metodológicamente convincente, entonces, en todo caso se puede asignar muy fácilmente un grupo de casos al ámbito de la atenuación necesaria: los casos de la llamada tentativa inidónea (87). Ellas están separadas de las otras constelaciones de tentativas de manera suficientemente tajante, no sólo por la falta de un peligro objetivo para el bien jurídico, según una razonable valoración *ex ante* (88), sino que allí donde el hecho —desde la perspectiva *ex ante*— sea objetivamente no peligroso y se agote en la actuación de un ánimo hostil al de derecho, queda rezagada en el disvalor objetivo tan ampliamente con relación a la consumación, o sea, a la situación de hecho disvaliosa que fundamenta a ésta (89), que un castigo atenuado aparece ya realmente como obligatorio. Las tomas de posición perceptibles hasta tiempos recientes —precisamente, también del mismo homenajado (90)—

---

(86) Véase, al respecto, ya FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 953.

(87) En favor de una atenuación de la pena en el caso de tentativa inidónea (ciertamente, en general refiriéndose claramente a los casos de delitos de resultado, donde el punto de vista, según lo dicho *supra*, 1, y 2, no juega sin embargo, precisamente, ningún papel en la atenuación del marco), p. ej., WOLTER (como en nota 41), pp. 175, 304 y s.

(88) Acerca de las características de la tentativa inidónea, cf., p. ej., SCHÖNWANDT, Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, disertación, Göttingen, 1975; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 22, núms. 60 y ss. De otro modo, en el ámbito de las constelaciones objetivamente peligrosas desde un punto de vista *ex ante*: en esa medida, son concebibles cuantas gradaciones se quiera; véase al respecto, aún *infra*, 6.

(89) Aquí falta no sólo el disvalor de resultado, sino también el disvalor objetivo de la acción, o bien, todo disvalor de la situación de hecho, cf., p. ej., acerca de la formación de conceptos, en GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, pp. 155 y ss.; HIRSCH, ZStW, 94 (1982), pp. 240 y ss., y FREUND (como en nota 52), § 9, II. Eso puede ser irrelevante, a lo sumo, para aquel a cuyo juicio el ilícito se agota en el disvalor de intención (la llamada concepción del ilícito subjetivo-monista; véase al respecto, con más detalle, los autores indicados, como también KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 90 y ss.).

(90) Cf., p. ej., SPENDEL, NJW, 1965, pp. 1881 y ss.; *idem*, *Festschrift für Ulrich Stock*, pp. 89 y ss.

contra la punibilidad de la tentativa inidónea, tienen, en esa medida, un carácter sintomático. El legislador puede haberse negado a recurrir a la impunidad de la tentativa inidónea: debería estar fuera de discusión que la justificación del castigo de la tentativa inidónea resulta más difícil —debido a la falta de una peligrosidad concreta objetiva de la acción para un determinado objeto de bien jurídico— que las formas de conductas objetivamente peligrosas, como también que, a la falta de peligrosidad objetiva *en concreto*, le está vinculado, a la vez, un claro déficit en la base de justificación de la imposición de pena —y, por cierto, tanto frente al hecho consumado como a la tentativa idónea—. Este importante déficit en la base de justificación obliga a aplicar la atenuación —aun cuando no corresponda la mayor atenuación del § 23, párr. 3, StGB (tentativa inidónea por «grosera irrazonabilidad»), y precisamente en ese caso (91)—. Por ello, el BGH ha objetado con razón, recientemente, una sentencia del tribunal de instancia en la que se había denegado la atenuación, en un caso de tentativa inidónea de puesta en circulación de dinero falso (actuación de un funcionario policial como receptor) (92).

4. Consideraciones del todo análogas conducen a asignar un segundo grupo a la atenuación del § 49, párr. 1: los casos de tentativa en los cuales ni siquiera se ha llegado aún a la ejecución de la verdadera acción típica, sino que el autor se encuentra todavía en aquella fase previa que la ley caracteriza como ponerse directamente a realizar el tipo (\*). Si bien por medio de la inclusión de aquella fase en la zona de la tentativa punible, la ley ha querido rechazar las llamadas teorías formales de la tentativa, que querían hacer comenzar la tentativa punible recién con la ejecución de la verdadera acción típica (93), esta decisión de la ley —político-criminalmente correc-

(91) En parte análogamente, TIMPE (como en nota 11), pp. 121 y ss., quien quiere castigar atenuadamente a las constelaciones de casos de tentativa inidónea que se acercan al § 23, párr. 3, en lo cual sin embargo como lo muestran sus ejemplos no tiene en mira, precisamente, el campo de los delitos de actividad, sino el de los delitos de resultado, para los cuales el punto de vista, según lo dicho antes, resulta relevante únicamente dentro del marco atenuado.

(92) Cf. el caso de BGH, NStE, § 23, núm. 2 (en esta sentencia el BGH ha censurado con razón, a la vez, que la atenuación haya sido denegada por razones no referidas a la tentativa).

(\*) «Ponerse directamente (o inmediatamente) a» corresponde aquí a la fórmula del comienzo de la tentativa del § 23, párr. 1, StGB: «unmittelbares Ansetzen». Este giro, diferente a las diversas traducciones formuladas hasta ahora («aplicarse inmediatamente» [ZAFFARONI - RIEGGER], «dar principio inmediatamente» [MIR PUIG - MUÑOZ CONDE], «comenzar directamente» [SCHIFFRIN, SANCINETTI], describe mejor el adelantamiento del «comienzo de la tentativa» que se quiso lograr con la fórmula alemana. «Ansetzen» es un paso inmediatamente previo al de comenzar («anfangen», «beginnen»), propio de las fórmulas que siguen la tradición del Code Pénal. Esta distinta traducción ha sido sugerida por PATRICIA S. ZIFFER (N. del T.).

(93) Véase, p. ej., v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 398.

ta (94)— no debe llamar a engaño: la base que justifica y favorece la imposición de pena es, en este temprano estadio, evidentemente, la más débil, y está gravada con relevantes déficit, en comparación con la base de la justificación que subyace a la decisión sobre lo adecuado de la pena para el hecho consumado; aquí reside un criterio correcto, sin duda comotivante de las antiguas teorías formales de la tentativa (95). Ello es evidente de modo inmediato, bajo el aspecto de la puesta en peligro del bien jurídico, de central significación para un Derecho penal protector de bienes jurídicos (96): de las formas de conducta que todavía ni siquiera son la ejecución de la acción típica misma, ella es, de modo característico, la relativamente más pequeña. Dado que, en los casos de esta clase, el autor actúa muchas veces, además, de modo exteriormente inofensivo, su conducta es un hecho punible sólo por la existencia de determinados componentes subjetivos (97); faltan aquí también, evidentemente, ciertos factores de valoración, concebidos conjuntamente en la decisión acerca de lo adecuado de la pena de la consumación, o sea, que son indicativos de la medida de la conmoción de la confianza jurídica y de la inseguridad de la generalidad. Incluso en lo subjetivo son perceptibles diferencias: el paso desde la acción que se halla inmediatamente antes de la acción típica, regularmente inofensiva, a la verdadera acción típica, regularmente ofensiva, le exige al autor una nueva decisión y una superación (98); así visto, el autor que se halla en el estadio del ponerse directamente no se ha decidido aún contra el bien jurídico, en una forma manifiesta como la que es característica para el autor de consumación, pero tampoco incluso para el autor que ha avanzado hasta las posteriores fases de la tentativa. Brevemente: la base de justificación de la imposición de pena revela importantes déficit, en el autor que se halla todavía en el estadio del ponerse directamente, frente a la base de justificación de la pena de la consumación, tanto

---

(94) Con más detalle acerca de las razones que hablan en contra de la llamada delimitación formal de la tentativa, especialmente, STRATENWERTH (como en nota 72), núms. 667 y s.; VOGLER, *LK*, § 22, núm. 24.

(95) Indicativamente, ello se expresa también en los alegatos expuestos principalmente, sin embargo, por consideraciones de seguridad jurídica de los defensores de la delimitación formal de la tentativa, cf., p. ej., v. *Hippel* (como en nota 93), pp. 400 y s.

(96) A su significación para el castigo adecuado de la tentativa ha hecho referencia de nuevo también GÜNTER SPENDEL, cf., p. ej., *NJW*, 1965, p. 1887.

(97) Aquí vale de modo irrestricto, aquello que se dice, en general, con relación a la necesidad de recurrir a lo subjetivo, para la explicación del sentido en caso de tentativa, cf., p. ej., SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 22, núm. 3; VOGLER, *LK*, § 22, núm. 32.

(98) Las conocidas palabras claves de la «prueba de fuego de la situación crítica» (BOCKELMANN, *JZ*, 1954, p. 473; para la discusión sobre este criterio, cf., p. ej., RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 22, núm. 12) valen aun cuando pudieran significar algo distinto, en el fondo, precisamente, aquí, el paso hacia la acción del hecho como tal.



desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Estos déficit hacen imposible trasladar sencillamente la decisión valorativa tomada por la ley sobre la pena adecuada para el hecho consumado, también al autor que se halla aún en el estadio del ponerse directamente, y señalarla también, de modo convincente, como marco penal adecuado para esta fase. Un Derecho penal que, respecto de la imposición de pena, no dispensa a los órganos estatales de aplicación del derecho de cualquier carga de fundamentación para indicar y justificar la pena (o bien, una pena de determinada gravedad), en todo caso tiene que asignarle concluyentemente, por ello, a la «tentativa anterior a la verdadera acción típica», la atenuación del § 49, párr. 1.

5. Sólo puede ser discutible, en el fondo, si —en el ámbito de los delitos de actividad— todo debe quedar en la atenuación de los casos (solamente) de tentativa inidónea y de «tentativa anterior a la verdadera acción típica», o si, antes bien, también en ciertos casos en los que el autor se halla ya en el estadio de la verdadera acción típica, es adecuado tomar por base un marco penal atenuado según el § 49, párr. 1. A este respecto, se debe pensar especialmente en una atenuación de la pena para la tentativa inacabada, de modo que la denegación de la atenuación quede para los casos de tentativa acabada (99). No obstante, muy rápidamente se ve que esta distinción, en el contexto de los delitos de actividad, que solamente interesan ahora, no asegura ninguna solución convincente: no es sólo que de atenerse a esta distinción, prácticamente no quedaría ningún caso para la denegación de la atenuación; pues en los simples delitos de actividad son posibles casos de tentativa acabada (según la representación del autor) sin que se dé la consumación, manifiestamente sólo en el sentido de un caso de divergencia entre representación y realidad; pero este único caso concebible de tentativa (inidónea) ya está abarcado, y, por cierto, precisamente no en el sentido de una denegación de la atenuación, sino, al contrario, como caso de atenuación indicada (100). Más importante que esto es lo siguiente —que, sin embargo, está vinculado—: tampoco parece adecuado privilegiar la tentativa inacabada en general, ni siquiera en un amplio frente, otorgando la atenuación según el § 49, párr. 1. Pues dado que el ámbito de la tentativa inacabada coincide, en los delitos sin resultado, casi completamente con el ámbito de la tentativa, quedarían sujetos, con ello, a la atenuación del § 49, párr. 1, incluso aquellos casos de tentativa con relación a los cuales fue establecido antes que falta un déficit de disvalor, respecto del caso de consumación, relevante sólo en cierta medida, que sugiera la importante atenuación del marco del § 49, párr. 1; p. ej., el caso del ladrón, que es detenido

---

(99) En favor de ese castigo abogan —bien que, en lo esencial, en vista a los verdaderos delitos de resultado, no a los delitos de actividad, que aquí interesan—, p. ej., DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7a.

(100) Véase *supra*, 3.

poco antes de guardar el objeto (pero justamente cuando tiene que seguir actuando —incluso según su concepción—, para llegar a la total realización del tipo), o el caso del falsificador, que es sorprendido poco antes de terminar el instrumento falsificado, etc.

Si, según todo lo dicho, tampoco la distinción entre tentativa acabada e inacabada resulta un punto de contacto que pueda ser empleado para denegar u otorgar la atenuación según el § 49, párr. 1, entonces, en el aspecto del estadio del hecho queda a lo sumo, todavía, una máxima de solución que renuncia a ofrecer criterios exactos, según la cual, la decisión acerca de la aplicabilidad del § 49, párr. 1, se hace depender solamente, de modo orientado a las consecuencias, de lo siguiente: de que, en el caso concreto, en consideración al estadio relativamente prematuro del hecho —aunque ya en el ámbito típico— y al déficit de justificación de la pena vinculado a ello, la atenuación del § 49, párr. 1, aparezca como imperiosa o, si no, al menos como adecuada (101). No obstante, una tal solución debe ser rechazada por varias razones: contra ella no sólo hablan las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley —pues la solución esbozada significaría la renuncia a ofrecer criterios justificables para la decisión acerca de la aplicación del § 49, párr. 1 (102). Tal solución tampoco podría convencer materialmente. Pues en ella se haría referencia a presupuestos que no pueden ser cumplidos en los casos aquí discutidos —en todo caso, no en el aspecto del ilícito y de la culpabilidad, decisivo para la determinación del marco (103)—. Entre el comienzo de las verdaderas acciones típicas y su conclusión no sólo no hay ya, fenomenológica y regularmente, ninguna cesura clara, sino que más bien se trata —si la acción del hecho, con todo, no consiste en un único acto breve— de un acontecer fluyente. Tampoco en el aspecto normativo de la medida del ilícito y de la culpabilidad las cosas son diferentes, en tanto el autor, en definitiva, sólo haya entrado en la ejecución de la verdadera

---

(101) Principios «flexibles» de esta clase son defendidos, como es sabido, especialmente por la jurisprudencia (cf., p. ej., la acentuación de la «proximidad a la consumación», en BGHSt., t. 35, pp. 347, 355; t. 36, pp. 1, 18; BGH, NStZ, § 23, núm. 2; BGH, en THEUNE, NStZ, 1988, p. 172; 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1990, pp. 176, 485; 1991, p. 272, sin que esa «proximidad» sea expresada de modo más concreto; la idea de orientar la decisión a lo adecuado del marco se encuentra especialmente en el ámbito de los «casos especialmente graves» y de los «casos menos graves», véase las referencias en FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 945), bien que menos para el ámbito que aquí interesa, de los delitos de actividad, sino sobre todo para el campo significativo en la práctica, de los delitos de resultado.

(102) Con lo cual, ellos, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley, están sujetos a los mismos reparos que la teoría de la consideración total, *supra*, I, 2, y, complementariamente, FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 945 y s.

(103) Acerca de la relevancia de estos puntos de vista para la determinación del marco, cf. FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 950 y s., con otras referencias.

acción típica: que el fasificador haya sido sorprendido en el primero o en el último renglón del trabajo en el documento a elaborar por él, o que el ladrón sea detenido justamente cuando acarrea la pesada caja fuerte, o recién después de haberla empujado un buen tiempo por los pasillos de una fábrica hasta una salida emplazada en lugar favorable —en el aspecto del ilícito y de la culpabilidad, ello no significa una diferencia tan importante como para que, por ella, tenga que ser otorgada la atenuación del marco absolutamente relevante del § 49, párr. 1, o ni siquiera podría serlo—. Para la medida del ilícito y de la culpabilidad tiene central importancia, desde el punto de vista que aquí interesa de la valoración de la tentativa y sus diversos estadios, con relación a la consumación, que el autor —más allá de la fase del ponerse directamente— ya haya procedido a la ejecución de la específica acción prohibida, típicamente descripta, en sí misma, es decir, que haya realizado ya consciente y responsablemente (al menos en parte) el ilícito de acción típico, en su aspecto cualitativo específico.

6. Así como la atenuación del marco penal del § 49, párr. 1, no se vincula a ciertos estadios de ejecución de la acción típica, así tampoco entra en cuenta —finalmente— una decisión sobre la atenuación, según ciertos otros puntos de vista siempre presentes en la jurisprudencia y en la doctrina —generalmente ya en el contexto de los delitos de resultado—, como, p. ej., la medida de la energía criminal o de la intensidad de la voluntad delictiva (104), la mayor o menor casualidad de que el hecho haya quedado en tentativa (105), y la peligrosidad, estrechamente relacionada con ello, de la tentativa (106).

Contra el recurso a estas circunstancias como criterios de decisión determinantes habla no sólo su vaguedad y el conocimiento de que

---

(104) En el marco de la discusión de la tentativa, mencionado por BGH, en DALLINGER, MDR, 1970, p. 380; 1974, p. 721; BGH, StV, 1985, p. 411; 1986, pp. 378, 379; BGHSt., t. 35, p. 355; t. 36, p. 18; BGH, NStE, § 23, núm. 2; BGH, en THEUNE, NStZ, 1988, p. 272; 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1990, pp. 175, 485; BRUNS (como en nota 73), pp. 172, 175; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 22, núm. 7; VOGLER, LK, § 23, núm. 10.

(105) A ello se refiere, p. ej., BGH, StV, 1986, pp. 378, 379; véase también BGH, en DETTER, NSt, 1991, p. 272: denegación de la atenuación en caso de no producción del resultado por circunstancias extraordinariamente afortunadas; BRUNS (como en nota 73), p. 172; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3.

(106) En ellas se basan, recientemente, en general como estereotipo, en un mismo nivel que la proximidad a la consumación y la medida de la energía criminal (véase, por ello, las referencias de nota 101 y 105), sin que, sin embargo, esté claro qué criterios de peligrosidad estén aludidos, que momento y cuáles perspectivas interesen, ni qué valor de posición propio tenga el concepto junto a la energía criminal y a la proximidad a la consumación del hecho. Solamente podría tener sentido el apoyarse en una peligrosidad *ex ante*, en un determinado momento de la acción, pero entonces también corresponden las objeciones del texto.

los criterios pasibles de cuantas matizaciones se quiera, tienen que quedar relegados, desde el punto de vista de la pena adecuada, a la medición de la pena dentro del marco, igualmente pasible de cuantas matizaciones se quiera, sino que ellas son inadecuadas para la programación de diferencias de peso en las consecuencias jurídicas (107). El recurrir a estos puntos de vista sería convincente sólo si la pena de la consumación tuviera como fundamento algunas reflexiones —al menos, formalizadas— en esa dirección: si, por tanto, la pena de la consumación encontrara su fundamento (al menos, junto a otros), en que, en el caso de la consumación haya existido siempre una determinada medida mínima de energía criminal, de intensidad de la voluntad delictiva o una peligrosidad (*ex ante*) del hecho. Sólo bajo este presupuesto y la ulterior suposición de que en parte no haya existido, en el caso de tentativa, aquella medida de energía criminal, etc., garantizada básicamente en el caso de consumación, se podría pensar razonablemente en hacer depender la decisión acerca de la imposición de la pena de la consumación o el otorgamiento de la atenuación del marco según el § 49, párr. 1, de la medida de la energía criminal, etc., y, en esa medida, considerar en la tentativa la casualidad o la no casualidad de la interrupción del hecho en tentativa. Los mencionados presupuestos, no obstante, evidentemente, no se cumplen: no raramente es más o menos casual que el hecho llegue a la consumación (108), y de ningún modo expresión de una mayor peligrosidad *ex ante* de los hechos consumados, que no esté dada en ciertos hechos tentados; el ámbito de la consumación comprende más bien situaciones de hecho que *ex ante* (o con referencia a determinados momentos) no parecen más peligrosas que los casos de tentativa que aquí interesan. Y tampoco se puede decir que la producción de la consumación sea, como principio, expresión de una medida especial de energía criminal, que resulte problemática en caso de tentativa. Porque esto es así, y porque la ley, también en aquellos casos en los cuales se ha llegado a la consumación, en definitiva, sólo por especiales circunstancias, prevé igualmente la pena de la consumación (109), la justificación de la pena de la consumación, razonablemente, no puede reconducirse a la existencia de una medida determinada de energía criminal, ni vincularse siquiera a ella de mo-

---

(107) Véase ya FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 951. No está alcanzada por esta objeción, solamente la tentativa inidónea (inidónea desde un punto de vista *ex ante*); véase al respecto, *supra*, 3.

(108) Ello es siempre mencionado, sobre todo, en la discusión acerca de si el resultado producido podría fundamentar un disvalor adicional (cf., p. ej., ZIELINSKI [como en nota 52], p. 130; véase también FRISCH [como en nota 51], p. 513, y FREUND [como en nota 52], § 9, II, según nota 57); eso no es menos válido en el presente contexto de los delitos de actividad.

(109) Y, por cierto, ¡sin una «rebaja del marco para la consumación por casualidad»!

do decisivo. Pero con ello está proscripto también referirse a este criterio, repentinamente, de modo decisivo, en casos de tentativa, y hacer depender aquí de ese criterio la no imposición de la pena de la consumación, por tanto, la aplicación de la atenuación.

Con este repaso también acerca de los criterios que, finalmente, deben ser excluidos de la decisión debe ser concluida aquí la problemática de la atenuación para la tentativa. Naturalmente, aún se podría profundizar un poco, incluso uno u otro principio interesante de la doctrina pudo no haber sido considerado tan profundamente como habría merecido (110). No obstante, debería haber quedado cla-

---

(110) Ello vale, sobre todo, para la idea defendida esporádicamente de aplicar la atenuación del marco del § 49, párr. 1, en casos de tentativa, también en los llamados esfuerzos análogos al desistimiento (que no alcanzan para un desistimiento liberador de pena) (en este sentido, TIMPE [como en nota 11], pp. 127 y ss., y JAKOBS [como en nota 30], 25/79). Es correcto que en los casos de consumación, si bien no necesariamente, sí regularmente, faltarán tales esfuerzos, en esa medida, por tanto, es perceptible (con reservas) una diferencia entre la situación de hecho de la consumación y la de la tentativa. En el ámbito de los delitos en los cuales la consumación corporiza un disvalor de resultado material, ya de antemano no hay ningún ámbito para esa idea, porque aquí ya la falta de disvalor de resultado exige la atenuación (*supra*, 1 y 2). Pero la idea de una atenuación del marco, así motivada, según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, tampoco convence en el ámbito subsistente (p. ej., en los delitos de actividad). Tal como el propio TIMPE dice (lug. cit., pp. 131, 151), dentro de las situaciones de hecho que sugieren en esa medida un tratamiento atenuado, son concebibles cuantos escalonamientos se quiera (p. ej., una mayor o menor voluntariedad), y tales escalonamientos graduables en todo caso se pueden tomar en cuenta mejor, dentro del continuo del marco penal, que otorgando una atenuación del marco (que trata de modo básicamente diversas situaciones de hecho que se hallan pegadas una junto a otra). En los delitos, frecuentes precisamente más allá de los delitos de resultado material, con la medida mínima legal, la adecuada consideración de la idea no genera ninguna clase de problemas. Esto podría ser distinto, solamente en los delitos, que aquí interesan menos, con medida mínima agravada (p. ej., la puesta en circulación de dinero falso: interrupción de la acción, porque el autor tiene la sensación de ser, quizá, observado), en tanto aquí también la pena mínima aparezca todavía inadecuadamente alta. No obstante, aquí se debe objetar tres cosas: En primer lugar, que, en esa medida, en vista de los matices concebibles en el grado que se quiera, hasta alcanzar el caso límite del desistimiento auténticamente liberador de pena, el mero abrir la posibilidad de traspasar los límites del marco penal, en analogía al § 49, párr. 2, combina mucho mejor que la auténtica atenuación del marco del § 49, párr. 1 (véase al respecto, BERGMANN [como en nota 11], pp. 65 y ss., 213 y ss., 224 y ss.). En segundo lugar, no se debe pasar por alto que, sistemáticamente, se trata no tanto de un problema del § 23, párr. 2, sino de la complementación, deseable también en otros casos (cf., p. ej., BURKHARDT, *Der «Rücktritt» als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 197 y ss.; BERGMANN, ZStW, 100 [1988], pp. 357 y s.), de la exención de pena del § 24, por medio de una atenuación radicada debajo del nivel de la exención de pena; al respecto, no debería abogarse en favor de la solución de emergencia, a la vez poco adecuada, a través del § 23, párr. 2, que se mueve más bien lejos de la solución correcta. Pero, en tercer lugar, mientras todavía no pueda transitarse este camino, debe preferirse el recurso a los casos menos graves, en esta medida disponi-

ra la idea básica de una decisión acerca del marco penal sujeta a principios jurídicos rectores. En el esfuerzo por hacer más transparente también la medición de la pena, mostrando tales principios jurídicos, me reconozco de acuerdo con GÜNTER SPENDEL, el estimado homenajead, a quien se le dedica esta contribución, ¡con los mejores deseos por su 70 cumpleaños!

---

bles por regla general, a la solución a través del § 23, párr. 2 ya por el hecho de que con éstos, en vista del mínimo más bajo, pueden ser tomadas en cuenta mejor las discretionales matizaciones, que a través de los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1.

# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

### **Convenio de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía, el 23 de mayo de 1993 (BOE de 1 de julio de 1994)**

EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DE BULGARIA

Animados del propósito de fomentar las relaciones de amistad y cooperación entre ambos Estados, de conformidad con el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Aspirando a reforzar la cooperación judicial entre ambos Estados, Queriendo regular de común acuerdo las cuestiones relativas a la extradición y a la asistencia judicial en materia penal, Han decidido concluir el presente Convenio.

#### TITULO I

#### **Extradición**

#### **Artículo 1.**

Las Partes Contratantes se comprometen a entregarse mutuamente, en las condiciones previstas en el presente convenio, a las personas a quienes las autoridades judiciales de una de las Partes persigan por algún delito o busquen para la ejecución de una pena, y se encuentren en el territorio de la otra Parte.

**Artículo 2.**

Darán lugar a extradición:

a) El hecho o hechos que, según las legislaciones de ambas Partes Contratantes, constituyan delitos castigados con una pena privativa de libertad de un año como mínimo, o con una pena más severa.

b) Las condenas a una pena de privación de libertad de seis meses como mínimo, que hayan impuesto los Tribunales de la Parte requirente por los delitos a que se refiere la letra a) del presente artículo.

**Artículo 3.**

1. Las Partes Contratantes no concederán la extradición de sus nacionales. La cualidad de nacional se apreciará en el momento en que se tome la decisión relativa a la extradición.

2. La Parte requerida podrá denegar la extradición de los apátridas domiciliados en su territorio, así como de las personas a las que se haya concedido el derecho de asilo en su territorio.

**Artículo 4.**

No se concederá la extradición:

a) Si la Parte requerida considera el delito por el que se solicita la extradición como un delito político o conexo. No se considerará delito político el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de los miembros de su familia, ni los actos de terrorismo contra la vida de las personas;

b) Si la Parte requerida considera que el delito por el que se solicita la extradición consiste solamente en el incumplimiento de obligaciones militares.

**Artículo 5.**

No se concederá la extradición:

a) Si el delito se hubiese cometido en el territorio de la Parte requerida;

b) Si el delito por el que se solicita la extradición se hubiese cometido fuera del territorio de la Parte requirente, y la legislación de la Parte requerida no autorizase la persecución de delitos de esta índole cometidos fuera de su territorio;

c) Si, según la legislación de la Parte requirente, las actuaciones penales estuvieran subordinadas a la existencia de una denuncia por parte de un particular y esta denuncia no se hubiese presentado;

d) Si, según la legislación de una u otra Parte, hubiese prescrito el delito o la pena;



- e) Si se hubiese concedido amnistía o indulto en el Estado requirente;
- f) Si, en el Estado requerido, se hubiese adoptado una resolución con autoridad de cosa juzgada por el mismo delito en relación con la persona reclamada.

#### **Artículo 6.**

Podrá denegarse la extradición:

- a) Si la persona reclamada está procesada en el Estado requerido por el delito que ha motivado la solicitud de extradición, o si las autoridades competentes de dicho Estado han decidido no iniciar proceso o sobreseer el que se haya seguido en relación con dicho delito;
- b) Si la persona reclamada ha sido juzgada por las autoridades de un tercer Estado por el delito que ha motivado la solicitud de extradición, y ha sido absuelta, o si, después de haber sido condenada, ha cumplido su condena o ésta ha prescrito según la legislación de dicho Estado, o si ha sido objeto de amnistía o de indulto;
- c) Si la persona cuya extradición se solicita ha sido condenada en rebeldía, y la Parte requirente no da seguridades que se consideren suficientes para garantizar que dicha persona será oída debidamente y tendrá derecho a ejercer todas las vías de recurso que permita la legislación de la Parte requirente.

#### **Artículo 7.**

Si el hecho por el que se solicita la extradición estuviese castigado con pena capital por la ley de la Parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallase prevista en la legislación de la Parte requerida, o generalmente no se ejecutase, la extradición podrá concederse sólo con la condición de que la Parte requirente dé seguridades, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que, si se impusiese la pena capital, ésta no sería ejecutada.

#### **Artículo 8.**

En materia de extradición, y salvo que el presente Convenio disponga lo contrario, las Partes Contratantes se comunicarán entre sí a través de sus organismos centrales, a saber: en el caso del Reino de España, el Ministerio de Justicia, y en el caso de la República de Bulgaria, el Ministerio de Justicia y el Ministerio Fiscal. Sin embargo, con ello no queda excluido el conducto diplomático.

#### **Artículo 9.**

1. La solicitud de extradición de una persona perseguida irá acompañada del original o copia auténtica de un mandamiento de detención o de cualquier otro documento que tenga la misma fuerza,

extendido en la forma prescrita por la ley de la Parte requirente. Dicho documento deberá indicar o ir acompañado de otro documento expedido por las autoridades judiciales, que indique las circunstancias en las que se cometió el delito, la fecha y lugar del mismo, la calificación legal y referencias a las disposiciones legales aplicables, así como, en caso de que el delito hubiera ocasionado daños materiales, todas las aclaraciones posibles sobre la índole de éstos y su importancia.

2. La solicitud de extradición de una persona condenada irá acompañada del original o de una copia auténtica de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

3. En ambos casos, la solicitud irá acompañada del texto de las disposiciones legales aplicables al delito, y, en la medida de lo posible, de la filiación de la persona reclamada y de una fotografía de la misma, así como de cualquier otra indicación que permita determinar su identidad y su nacionalidad.

#### **Artículo 10.**

1. En caso de urgencia, las autoridades judiciales de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada con miras a su extradición.

2. La solicitud de detención preventiva mencionará el delito cometido, la duración de la pena en que haya incurrido o le haya sido impuesta por el mismo, la fecha o el lugar en que fue cometido así como, en la medida de lo posible, la filiación de la persona reclamada.

3. Dicha solicitud se remitirá a las autoridades judiciales de la Parte requerida, bien directamente por vía postal o telegráfica, bien por cualquier otro medio apropiado.

4. Si se estimase que la solicitud está justificada, las autoridades judiciales de la Parte requerida le darán curso según lo dispuesto por su legislación.

5. Se informará sin dilación a la Parte requirente del resultado que haya tenido la solicitud de detención preventiva. La detención preventiva podrá concluir si, dentro de los veintiún días siguientes a la misma, la Parte requerida no hubiera recibido la solicitud de extradición junto con los documentos mencionados en el artículo 9.

6. La puesta en libertad no será obstáculo para una nueva detención si la solicitud se presentase después de haber expirado los plazos establecidos en el apartado anterior.

#### **Artículo 11.**

Si la información comunicada por la Parte requirente resultara insuficiente para que la Parte requerida pueda adoptar una decisión en aplicación del presente Convenio, esta última solicitará la infor-

mación complementaria que necesite por la vía mencionada en el artículo 8 antes de denegar la solicitud, pudiendo señalar un plazo para la obtención de dicha información.

### **Artículo 12.**

Una vez recibida la solicitud de extradición o de detención preventiva, y si se cumplen las condiciones previstas en el título I del presente Convenio, la Parte requerida adoptará todas las medidas oportunas para buscar a la persona reclamada y, en su caso, disponer que quede detenida.

### **Artículo 13.**

1. La Parte requerida dará a conocer en un plazo razonable a la Parte requirente su decisión sobre la solicitud de extradición.

2. Si la Parte requerida denegase total o parcialmente la solicitud de extradición, comunicará los motivos de su decisión.

3. En caso de conceder la extradición, la Parte requerida informará a la Parte requirente del lugar y la fecha de la entrega de la persona reclamada, así como de la duración de la detención.

4. Las Partes Contratantes podrán fijar de común acuerdo un nuevo plazo y eventualmente otro lugar para la entrega de la persona reclamada si una de las Partes así lo solicita dentro del plazo y cuando las circunstancias lo justifiquen.

5. Si la Parte requirente no se hiciese cargo de la persona en el lugar y en la fecha determinados en los apartados 3 y 4 del presente artículo, ésta será puesta en libertad una vez transcurrido un plazo de quince días; este plazo podrá prorrogarse hasta treinta días previa solicitud motivada de la Parte requirente. La Parte requerida podrá negarse a entregar por segunda vez por los mismos hechos a la persona reclamada.

6. En caso necesario, podrán efectuarse las comunicaciones para la aplicación de los apartados 4 y 5 del presente artículo por las vías previstas en el apartado 3 del artículo 10 del presente Convenio.

7. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará asimismo en caso de traslado por vía aérea.

### **Artículo 14.**

1. Si la extradición fuese solicitada concurrentemente por varios Estados, bien por el mismo hecho, bien por hechos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente la nacionalidad de la persona reclamada, el lugar y gravedad del delito, y las respectivas fechas de las solicitudes.

2. En el caso previsto en el apartado anterior, y al conceder la extradición, la Parte requerida podrá autorizar a la Parte requirente

a que entregue a la persona cuya extradición haya sido concedida al tercer Estado que la haya reclamado concurrentemente.

### **Artículo 15.**

1. Si la persona reclamada estuviese perseguida o hubiera sido condenada en el Estado requerido por un delito distinto del que hubiera motivado la solicitud de extradición, dicho Estado resolverá, no obstante, respecto al delito y comunicará a la Parte requirente su decisión sobre la extradición en las condiciones previstas en el artículo 13. La entrega de la persona reclamada podrá aplazarse hasta que haya cumplido lo dispuesto por la justicia en la Parte requerida.

2. La entrega se efectuará en la fecha que se determine de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.

### **Artículo 16.**

1. La Parte contratante a la que se haya entregado la persona reclamada informará a la otra Parte de los resultados de las actuaciones penales emprendidas contra dicha persona.

2. En caso de condena se remitirá una copia de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

### **Artículo 17.**

El extradicto no podrá ser perseguido, juzgado o detenido para el cumplimiento de una pena, ni sometido a restricción alguna de su libertad individual, ni entregado a un tercer Estado, por un delito anterior a la entrega distinto del que haya motivado la extradición, con la excepción de los casos siguientes:

- a) Cuando la Parte requerida consienta en ello;
- b) Cuando el extradicto no haya abandonado el territorio de la Parte requirente dentro de los treinta días siguientes a su excarcelación definitiva; este plazo no incluirá el período durante el cual la persona entregada no haya podido abandonar el territorio de dicha Parte por razones independientes de su voluntad.
- c) Cuando la persona haya vuelto voluntariamente al territorio de la Parte a la que se efectuó la entrega, después de haber abandonado dicho territorio.

### **Artículo 18.**

1. Cuando se solicite el consentimiento de la Parte requerida para emprender actuaciones judiciales o para el cumplimiento de una pena impuesta por un delito anterior a la entrega distinto del que haya motivado la solicitud de extradición, la Parte requirente estará obligada a aplicar lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del presente Convenio.

2. Cuando se solicite el consentimiento de la Parte requerida para la entrega del extradicto a un tercer Estado, la Parte requirente podrá, bien pedir al tercer Estado que le remita cualquier documento en que conste el consentimiento de la Parte requerida, o bien enviar a la Parte requerida la solicitud de extradición presentada por el tercer Estado, acompañada de todos los documentos relativos a la misma.

### **Artículo 19.**

Si la calificación del hecho imputado se hubiera modificado en el curso del proceso, el extradicto sólo será perseguido o sentenciado en la medida en que permitan la extradición los elementos constitutivos del delito cuya calificación haya sido modificada.

### **Artículo 20.**

1. Cuando se conceda la extradición, los objetos que hayan servido para perpetrar el delito o procedan de éste, o hayan sido adquiridos como contrapartida de objetos procedentes del mismo, se remitirán a la Parte requirente. La entrega se efectuará incluso cuando la extradición no pueda llevarse a cabo debido al fallecimiento de la persona reclamada, a su evasión o a cualquier otra circunstancia.

2. Sin embargo, se reservarán los derechos de terceros sobre dichos objetos. Al finalizar el proceso, éstos se devolverán a la persona a la que pertenecen. En caso de que no pueda determinarse la identidad de dicha persona, se devolverán a la Parte requerida.

3. La Parte requerida podrá conservar temporalmente los objetos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo si los estima necesarios para las actuaciones penales. Dicha Parte podrá solicitar la restitución de los objetos remitidos, comprometiéndose a devolverlos en cuanto lo permitan las actuaciones seguidas en su territorio.

4. La Parte requerida no estará obligada a devolver los objetos a que se refiere el apartado anterior cuando las autoridades hayan ordenado su confiscación o su destrucción.

### **Artículo 21.**

1. Cada una de las Partes contratantes concederá, si así lo solicita la otra Parte, el tránsito a través de su territorio de una persona entregada a esta última por un tercer Estado. Deberán acompañar dicha solicitud los documentos en los que se haga constar que se trata de un delito que da lugar a extradición de conformidad con el presente Convenio.

2. La Parte requerida autorizará el tránsito por el medio de transporte y en las condiciones que estime más convenientes.

3. Las Partes contratantes no estarán obligadas a autorizar el tránsito de aquellas personas cuya extradición no proceda según el presente Convenio.

**Artículo 22.**

1. Los gastos ocasionados por la extradición corresponderán a la Parte en cuyo territorio se hubieran producido.
2. Los gastos de transporte y los ocasionados por el tránsito corresponderán a la Parte requirente.

**TÍTULO II****Asistencia judicial****Artículo 23.**

Las Partes Contratantes se comprometen a prestarse mutuamente la asistencia judicial más amplia posible en materia penal en las condiciones previstas por el presente Convenio, y especialmente por lo que respecta a la búsqueda y la identificación de personas, la entrega de citaciones y otras actas judiciales, la toma de declaración de personas sometidas a actuaciones penales, la toma de declaración de acusados y de inculpados, el acopio de pruebas, la toma de declaración de testigos y peritos, las inspecciones oculares y las indagaciones en el lugar de los hechos, los registros o embargos de bienes, la entrega de objetos y de documentos, el traslado de personas detenidas con miras a la obtención de pruebas, la información relativa a determinadas condenas y el intercambio de documentos legislativos, la ejecución de comisiones rogatorias, la comunicación de actas judiciales y el intercambio de certificaciones en extracto de antecedentes penales.

**Artículo 24.**

Las disposiciones del título II del presente Convenio no se aplicarán:

- a) A los delitos por los que no deba concederse la extradición en virtud del artículo 4 del presente Convenio;
- b) Cuando la Parte requerida considere que la ejecución de la solicitud de asistencia judicial podría afectar a su soberanía, o a su seguridad, o está en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de su país.

**Artículo 25.**

A reserva de lo dispuesto en el artículo 30:

- a) Las solicitudes de asistencia judicial de España las cursará el Ministro de Justicia al Ministro Búlgaro de Justicia o al Fiscal General.

b) Las solicitudes de asistencia judicial de Bulgaria las cursará el Ministro de Justicia o el Fiscal General al Ministro de Justicia de España.

### **Artículo 26.**

1. Las Partes Contratantes se encargarán de la ejecución, en la forma establecida por la legislación de la Parte requerida, de las comisiones rogatorias en materia penal que cursen las autoridades de una de las Partes a las autoridades de la otra Parte, y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción y transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos.

2. Las comisiones rogatorias mencionarán la inculpación y el objeto de la solicitud y contendrán una relación resumida de los hechos.

3. La comisión rogatoria que tenga como fin la toma de declaración de una persona deberá incluir las preguntas que hayan de formularse a dicha persona.

4. Las comisiones rogatorias que tengan como fin un registro o un embargo de bienes, sólo se ejecutarán cuando se refieran a alguno de los hechos que puedan justificar la extradición conforme a los términos del presente Convenio.

5. La entrega de objetos podrá quedar subordinada a la condición de que se devuelvan una vez que no tengan ya interés para las actuaciones.

6. Cuando así lo solicite expresamente, la Parte requirente será informada de la fecha y lugar de la ejecución de la comisión rogatoria, con el fin de que las autoridades judiciales y los representantes de las partes interesadas puedan asistir, si la Parte requerida consiente en ello.

### **Artículo 27.**

1. La Parte requerida procederá, de conformidad con las normas vigentes en su territorio, a la entrega de los documentos procesales y de las decisiones judiciales que se le envíen con este fin por la Parte requirente.

2. La prueba de la entrega consistirá en un recibo firmado y fechado por el destinatario o en una declaración de la Parte requerida en la que se haga constar el hecho, la forma y la fecha de la entrega. Cualquiera de estos documentos será remitido inmediatamente a la Parte requirente. Si no hubiera podido efectuarse la entrega, la Parte requerida hará saber inmediatamente el motivo a la Parte requirente.

3. El testigo o el perito que no haya obedecido una citación de comparecencia cuya entrega se haya solicitado, no podrá ser objeto de ninguna sanción o medida coercitiva aunque dicha citación contenga una intimación de sanción, a menos que en fecha posterior

entre voluntariamente en el territorio de la Parte requirente y sea citado de nuevo en debida forma en dicho territorio.

### **Artículo 28.**

1. Si en un asunto penal la Parte requirente estimase especialmente necesaria la comparecencia personal de un testigo o un perito ante sus autoridades judiciales, lo hará constar así en la solicitud de entrega de la citación, y la Parte requerida instará a dicho testigo o perito a que comparezca. La Parte requerida dará a conocer la respuesta del testigo o del perito a la Parte requirente.

2. El testigo o perito tendrá derecho al reembolso de sus gastos de viaje y de estancia, así como a una indemnización equitativa, cuyo pago asumirá la Parte requirente. Si el testigo o el perito lo solicita, la Parte requirente le entregará un anticipo para los gastos de viaje y de estancia.

### **Artículo 29.**

Ningún testigo o perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que, residiendo en el territorio de una de las Partes Contratantes, comparezca ante las autoridades de la otra Parte en virtud de una citación que se le haya dirigido, podrá ser perseguido o sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual por hechos o condenas anteriores a su llegada, salvo en el caso de que, en los treinta días que sigan a la terminación de su actividad como testigo o perito, no haya abandonado el territorio de la Parte requirente, aun habiendo tenido esa posibilidad.

### **Artículo 30.**

Cada una de las Partes Contratantes comunicará a la otra Parte, por lo menos una vez al año, las decisiones adoptadas respecto a nacionales de esta última Parte e inscritas en los antecedentes penales. Si así se solicita expresamente, se enviará una copia de la decisión adoptada. La remisión de estos documentos se efectuará por la vía mencionada en el artículo 8 del presente Convenio.

### **Artículo 31.**

1. Los datos correspondientes a los antecedentes penales, si se solicitan en una causa penal, se comunicarán como si hubieran sido solicitados por una autoridad judicial de la Parte requerida.

2. Si estas solicitudes proceden de una jurisdicción civil o de una autoridad administrativa, serán motivadas. Se dará curso a estas solicitudes en la medida en que lo permitan las disposiciones legislativas o reglamentarias internas de la Parte requerida.



**Artículo 32.**

Las solicitudes de asistencia judicial relativas a la notificación de actas judiciales, citaciones de testigos o peritos, obtención de certificaciones en extracto de antecedentes penales o comunicación de simples informes, contendrán las indicaciones siguientes:

- a) La autoridad de las que emanan;
- b) El objeto de la solicitud;
- c) El hecho que motive la solicitud;
- d) La identidad y, si es posible, la nacionalidad de la persona de que se trate;
- e) El nombre y la dirección del destinatario, cuando proceda.

**Artículo 33.**

1. Cada una de las Partes Contratantes podrá solicitar a la otra Parte que actúe en relación con las infracciones cometidas en su territorio por nacionales de dicha otra Parte.

2. A tal efecto, los expedientes, informaciones y objetos relativos a la infracción se remitirán a la Parte requerida. Estas informaciones versarán en particular sobre la legislación en vigor en el lugar de la infracción y, más especialmente, en el caso de infracciones de la circulación por carretera, sobre las normas de circulación en vigor en dicho lugar.

3. La Parte requerida se compromete:

A someter el asunto a las autoridades competentes de su país; a comunicar el curso dado a dicha solicitud y el resultado de las actuaciones penales emprendidas;

A remitir una copia de la condena impuesta o de cualquier otra resolución adoptada.

**Artículo 34.**

La Parte requerida no solicitará el reembolso de los gastos ocasionados por la asistencia judicial en aplicación del título II del presente Convenio, salvo en lo referente a los gastos y honorarios de peritos y a los gastos de testigos.

**Artículo 35.**

1. Si la autoridad de la Parte requerida no tiene competencia, remitirá la solicitud de asistencia judicial a la autoridad competente.

2. Si la autoridad de la Parte requerida no pudiese ejecutar la solicitud de asistencia judicial, informará de ello inmediatamente a la autoridad de la Parte requirente, indicando las razones por las que no se ha efectuado la ejecución.

## TÍTULO III

### **Disposiciones comunes**

#### **Artículo 36.**

Para la aplicación del presente Convenio:

1. Los documentos que hayan de presentarse en materia de extradición, así como las comisiones rogatorias, irán acompañados de una traducción al idioma de la Parte requerida.

2. Las actas judiciales irán acompañadas de una traducción al idioma de la Parte requerida, salvo que estén destinadas a los nacionales de la Parte requirente.

3. En sus relaciones, el Ministerio de Justicia y el Fiscal General de Bulgaria, y el Ministerio de Justicia de España, mantendrán correspondencia utilizando cada uno su propio idioma y, si hubiera lugar, su comunicación irá acompañada de una traducción al francés.

#### **Artículo 37.**

Ambas Partes Contratantes se comunicarán entre sí, a petición de cualquiera de ellas, toda la información relativa a la legislación o a las resoluciones que sienten jurisprudencia, y se enviarán mutuamente copias de actas legislativas o de dichas resoluciones.

## TÍTULO IV

### **Disposiciones finales**

#### **Artículo 38.**

Cada una de las Partes Contratantes notificará a la otra Parte, en el plazo más breve posible, el cumplimiento de los trámites exigidos por su Constitución para que entre en vigor el presente Convenio. El Convenio surtirá efecto el primer día del segundo mes que siga a la fecha de la última de estas notificaciones.

#### **Artículo 39.**

1. El presente Convenio tendrá duración ilimitada.

2. Cada una de las Partes Contratantes podrá denunciarlo en cualquier momento, y esta denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que la otra Parte Contratante haya recibido la notificación al respecto.

**Artículo 40.**

Las Partes Contratantes resolverán cualquier divergencia relativa a la interpretación y a la aplicación del presente Convenio mediante consultas que se realizarán por la vía mencionada en el artículo 8.

El Convenio de Extradición y de Asistencia Judicial entre el Reino de España y el Reino de Bulgaria de 17 de julio de 1930, dejará de aplicarse a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio.

El presente Convenio entrará en vigor el 1 de julio de 1994, primer día del segundo mes siguiente a la fecha de la última notificación cruzada entre las partes comunicando el cumplimiento de los trámites constitucionales exigidos, según se establece en su artículo 38.

**Ley 21/1994, de 6 de julio, por la que se modifica el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la destrucción de la droga decomisada (BOE de 7 de julio de 1994)**

El artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la destrucción, dejando muestras suficientes, de «los instrumentos, armas y efectos» que, a tenor del 334 de la misma Ley, puedan «tener relación con el delito» en cuya investigación sean aquéllos encontrados. Esta autorización, de la que corresponde al Juez instructor hacer uso, se corresponde con la necesidad de apreciar «el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia», circunstancia que debe ser, como la Ley ordena, considerada con ocasión de llevarse a cabo el correspondiente decomiso.

Sin embargo, resultando plenamente operativa esta fórmula, en el supuesto de la aprehensión de droga, la realidad aconseja que esa destrucción sea, salvo excepción, obligatoria, una vez cumplimentada, naturalmente, la oportuna diligencia mediante la que quede debida constancia de la naturaleza, calidad, cantidad y peso de dichas sustancias.

**Artículo único.**

El párrafo segundo del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá la siguiente redacción:

«Sin embargo, podrá decretarse la destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende. Cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psi-

cotrópicas, el Juez instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente.»

## DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

### **Circular 5/1994, de 17 de junio, del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, relativa al documento de acompañamiento del material de defensa (BOE de 26 de julio de 1994)**

La Orden de 17 de mayo de 1994 («Boletín Oficial del Estado» del 19 y 20) desarrolla el artículo 3 del Real Decreto 1631/1992, de 29 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» de 1 de enero de 1993), relativo a las exigencias a que estará sujeto el material de defensa en los intercambios intracomunitarios.

La expresada Orden ha aprobado un documento de acompañamiento para los intercambios intracomunitarios de este material, cuyo modelo, y de los formularios complementarios, figuran como anexos a la misma.

Para cumplimentar este documento, denominado «Declaración de movimiento o tránsito intracomunitario de armas, municiones, material de guerra y otras mercancías militares», semejante al Documento Único Administrativo (DUA), este Departamento cursa las siguientes instrucciones:

Primera. La «Declaración de movimiento o tránsito intracomunitario de armas, municiones, material de guerra y otras mercancías militares» se compone de los siguientes ejemplares:

Ejemplar número 1: Para el Estado miembro de expedición.

Ejemplar número 2: Para el expedidor.

Ejemplar número 3: Para el Estado miembro de destino.

Ejemplar número 4: Para el destinatario.

Ejemplar número 5: Para la autoridad expedidora y se utilizará como tornaguía.

De ser necesario, se utilizarán los formularios complementarios y las listas de carga precisos, que constarán del mismo número de ejemplares y con igual destino.

Segunda. La presente Declaración, los formularios complementarios y las listas de carga se cumplimentarán de acuerdo con las instrucciones siguientes:

1. Expedidor.—Indíquense los apellidos y nombre o razón social y la dirección completa del interesado. En el número se pondrá el número de identificación fiscal.

En el caso de cargamentos agrupados, se podrá poner la palabra «varios», adjuntándose a la declaración la lista de los exportadores.

2. Formularios.—Indíquese el número de orden del legajo dentro del total de legajos utilizados (formularios y formularios complementarios unidos). Por ejemplo, si se presenta un formulario y dos formularios complementarios, en el original se escribirá «1/3», en el primer formulario complementario, «2/3», y en el segundo formulario complementario, «3/3».

Cuando la declaración se refiera a un único artículo, es decir, cuando sólo se tenga que rellenar una casilla de «descripción de las mercancías», se escribirá la cifra 1 en la casilla 4 y no en la 2.

3. Listas de cargas.—Indíquese en cifras el número de listas de carga eventualmente anexas, cuando las haya.

4. Partidas.—Indíquese el número total de partidas declaradas por el interesado en todos los formularios y formularios complementarios (o listas de carga o listas de carácter comercial) utilizados. El número de partidas corresponderá al número de casillas «descripción de las mercancías» que deban ser cumplimentadas.

5. Total bultos.—Indíquese el número total de bultos que forman el envío.

6. Número de referencia.—Indíquese el número de referencia comercial del envío.

7. Destinatario.—Indíquense los apellidos y nombre o la razón social y la dirección completa de la persona o empresa a la que se deban entregar las mercancías. En caso de envíos agrupados, se podrá poner la palabra «varios» en esta casilla, adjuntándose la lista de destinatarios.

No se rellenará el número.

8. Ejemplar 5 debe ser devuelto.—Indíquese la denominación completa y la dirección de la Aduana de expedición a la que deba devolverse el ejemplar número 5.

9. Declarante o representante del expedidor.—Indíquense los apellidos y nombre o la razón social y la dirección completa de la persona o empresa en cuestión. En caso de que el declarante y el expedidor fuesen idénticos, escríbase «expedidor». En el número se pondrá el número de identificación fiscal.

10. Estado miembro de partida.—Indíquese España.

11. Estado miembro de destino.—Indíquese el nombre del país en cuestión, es decir, del país que deberá reenviar el documento sellado.

12. Identidad y nacionalidad del medio de transporte a la partida.—Indíquese la identidad, es decir, la matrícula o el nombre, del medio de transporte (camión, barco, vagón, avión) en el que se carguen directamente las mercancías una vez finalizadas las formalidades de despacho. Indíquese también la nacionalidad de dicho medio de transporte (o la del vehículo que propulse al conjunto cuando se trate de varias unidades). Por ejemplo, si se utiliza un vehículo tractor y un remolque que tengan matrícula diferente, indíquese el número de matrícula del tractor y el del remolque, así como la nacionalidad del tractor.

En caso de envíos postales, no se indicarán ni la matrícula ni la nacionalidad.

13. Último destinatario si es diferente de la casilla 7.—Indíquense los apellidos y nombre o la razón social y la dirección completa de la persona o empresa a la que se entreguen las mercancías, en caso de que sean diferentes de las de la casilla 7.

14. Bultos y descripción de las mercancías. Marcas y numeración. Número contenedores. Número y clase.—Indíquense las marcas, numeraciones, cantidad y clase de los bultos o, para las mercancías sin embalar, el número de estas mercancías que figuren en la declaración o la indicación «a granel» cuando proceda. En ambos casos, indíquese la denominación comercial usual de las mercancías. Esta descripción deberá incluir los detalles necesarios para identificar las mercancías y deberá hacerse en términos suficientemente precisos para permitir su clasificación.

En caso de utilización de contenedores se deberán indicar también en esta casilla sus marcas de identificación.

15. Código NC.—Indíquese el código NC correspondiente al artículo en cuestión.

16. Masa bruta.—Indíquese la masa bruta, expresada en kilogramos, de las mercancías descritas en la casilla número 14. La masa bruta es la masa acumulada de las mercancías y de todos sus envases con exclusión de los contenedores y del material de transporte.

Cuando una declaración se refiera a varios tipos de mercancías, bastará que se indique la masa bruta total en la primera casilla 16, dejándose en blanco las demás casillas 16.

17. Masa neta.—Indíquese la masa neta, expresada en kilogramos, en la casilla 14 correspondiente. La masa neta es la masa de las mercancías sin envases.

18. Documento precedente.—No se cumplimentará.

19. Licencia (o la designación propia del Estado miembro) si es necesaria.—Indíquense los detalles completos de la licencia o de otros documentos que hayan autorizado la operación, incluyendo, en su caso, el número de referencia.

20. Autoridad de destino (y Estado miembro) a la que el documento debe ser presentado.—Indíquese la Aduana en la que deban

presentarse las mercancías para poner fin a la operación de tránsito intracomunitario de material militar.

De conformidad con el código comunitario previsto, indíquese a continuación el Estado miembro de que se trate.

21. Lugar, fecha, firma y nombre del declarante.—En el ejemplar destinado a la Aduana de exportación deberá figurar el original de la firma manuscrita de la persona interesada, así como su nombre y apellidos. Cuando el interesado sea una persona jurídica, el firmante deberá indicar, además de su firma y su nombre y apellidos, su cargo.

Tercera. Actuación como Aduana de expedición.—1. Una vez presentada la declaración y, en su caso, los formularios complementarios y las listas de carga, la Aduana, numerada y registrada la declaración, completará las casillas A y B mediante la imposición de su sello.

En la casilla B se indicarán los controles efectuados y, en su caso, se indicará el número de precinto impuesto.

Si existiese alguna información que la Aduana considerase importante, se hará constar en la casilla C existente al dorso del ejemplar número 5 de la declaración.

La Aduana retendrá en su poder el ejemplar número 1, devolviendo los restantes al interesado.

2. La salida del recinto se autorizará previa solicitud en tal sentido presentada por el expedidor de la mercancía o su representante.

3. Si transcurridos tres meses, a contar desde la fecha de expedición del documento de acompañamiento, no se hubiera recibido el ejemplar número 5 que hace las veces de tornaguía, se pondrán los hechos en conocimiento de la Subdirección General de Inspección, remitiendo, al mismo tiempo, copia del ejemplar número 1.

Cuarta. Actuación como Aduana de destino.—1. Presentada en la Aduana una expedición junto con la documentación correspondiente, la Aduana efectuará los controles pertinentes de los que dejará constancia en la casilla D existente al dorso del ejemplar número 5.

Si la Aduana de expedición hubiese indicado, en la casilla 8, que se le debe devolver el ejemplar número 2, cumplimentada su casilla E, se procederá a su devolución.

2. De las comprobaciones realizadas por la Aduana correspondientes al momento de la introducción en nuestro país del material se dejará constancia al dorso del ejemplar número 3, que retendrá en su poder y, en su caso, el número 5, entregando el número 4 al destinatario.

Al mismo tiempo se unirá copia de la autorización correspondiente concedida por la Dirección General de Comercio Exterior o por este Departamento, según proceda.

3. La salida del recinto se autorizará previa solicitud en tal sentido presentada por el destinatario o su representante.

Quinta. Procedimiento simplificado de expedición del documento de acompañamiento.—El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, de acuerdo con lo dispuesto en el punto quinto de la Orden de 17 de mayo de 1994, podrá autorizar a cualquier persona a utilizar el documento de acompañamiento sin presentarlo para su visado ante una Aduana de partida.

La autorización, que podrá ser revocada, sólo se concederá a las personas que:

- a) Efectúen expediciones frecuentemente.
- b) Cuenten con el informe favorable de la Dirección General de Comercio Exterior.
- c) No hayan cometido infracciones a la legislación sobre material de defensa.

En la autorización concedida se indicarán las condiciones particulares de utilización del procedimiento simplificado.

Sexta. La presente Circular entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín oficial del Estado».



# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

### **SOBRE LA DENOMINADA «UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN»**

**(A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente  
Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)**

RAMÓN GARCÍA ALBERO

Profesor titular interino de Derecho penal  
Universitat de Lleida (1)

#### I

1. «... el procesado al irrumpir en el bar donde se encontraba la víctima, apuntándole con una escopeta que portaba, gritando a los presentes “agacharos, que lo mato”, apuntó a la cabeza del agredido, a una distancia de cuatro metros, y disparó agachándose éste en ese momento por lo que tan solo le alcanzaron tres perdigones, escapando por el pasillo que conduce a los servicios y refugiándose en un cuarto huyendo del procesado que le perseguía con la escopeta y al empujar éste la puerta, aquél consiguió desarmarle, entablándose una lucha

---

(1) Abreviaturas utilizadas; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; CPC: Cuadernos de Política Criminal; GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; RIDPP: Rivista italiana di diritto e procedura penale.

cuerpo a cuerpo en el curso de la cual el procesado cogió una botella con la que causa a su contrincante las lesiones que se dicen en el *factum...*»).

2. La sentencia de la Audiencia condenó al procesado C. como autor de un delito de homicidio frustrado del art. 407 y otro de lesiones del art. 422, concurriendo como muy cualificada la atenuante 8.<sup>a</sup> del art. 9, a las penas de dos años de prisión menor por el primero y 30.000 pesetas por el segundo. El Tribunal Supremo estima el recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un único delito de homicidio frustrado, de acuerdo con el criterio de la «unidad natural de la conducta como base de la unidad del delito», según el la cual «la conducta del procesado está constituida por un *único acto de voluntad en busca del resultado querido, guiado del ánimo necandi*» (2).

## II

1. La presente sentencia constituye una muestra de aplicación por parte de nuestro Alto Tribunal, de la denominada «unidad natural de acción» como criterio apto para trazar la distinción entre hipótesis de concurso real de delitos —homogéneo— (3), y meros supuestos de unidad delictiva. En pocos ámbitos como en éste contrasta la escasa atención que ha merecido dicho problema en nuestra doctrina con la importancia que se le adivina, habida cuenta de que la realidad ofrece pocos ejemplos en los que el sustrato a valorar jurídicamente no resulte complejo. Reducir dicha complejidad resulta tarea vana desde un entendimiento de la aplicación de las normas jurídicas como mera subsunción lógica bajo premisas mayores formuladas abstractamente. Porque, en efecto, la finalidad primordial que desempeñan los respectivos tipos consiste en determinar *cuándo* el autor ha realizado el injusto típico, «pero no *cuántas* acciones representan una realización típica» (4). Por ello que la posibilidad de inclusión conceptual de una acción aisladamente considerada en el verbo típico correspondiente no es, necesariamente, paralela al número de injustos

---

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1989. A 5205, p. 5993.

(3) En tanto se admita el calificativo heterogéneo a los complejos concursales constituidos por un delito en tentativa y otro de perfecta realización, y se sostenga que los principios de especialidad y subsidiariedad operan también *con independencia* de que los tipos especiales y subsidiarios estén en grado de tentativa (En este sentido, GEERDS, *Zur Lehre vom der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961, p. 199) la «unidad natural de acción» serviría como criterio *auxiliar* para deslindar también hipótesis de unidad delictiva del concurso real heterogéneo de delitos.

(4) En estos términos, MAIWALD, «Die natürliche Handlungseinheit», *Heidelberg Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 1964, p. 113.

típicos realizados. En *qué casos no es*; a ello trata de responder la figura de la unidad natural de acción. Por lo pronto, dicha constatación deriva de que el legislador, al conminar una conducta lesiva de bienes jurídicos con una determinada pena, no ha podido *desconocer la fisonomía habitual que presentan dichas agresiones*. El criterio del «*id quod plerumque accidit*» pugna contra la idea de que, cada vez que en un mismo contexto espacio-temporal se reitera el golpe, el insulto o el disparo, surge un autónomo merecimiento de pena para la lesión, la injuria o la tentativa de homicidio respectivamente, por mucho que las distintas acciones, aisladamente consideradas, colmen plenamente los requisitos típicos de las distintas figuras delictivas. Esta evidencia explica seguramente el tratamiento esencialmente intuitivo y, por ello, no problemático de la cuestión en la mayor parte de supuestos, lo que podría a su vez explicar el escaso acceso a la casación de dichas constelaciones; resueltas de entrada en términos de unidad delictiva por los Tribunales «a quo».

Cuestión diversa es si tal unidad delictiva pese a la «aparente multiplicación del mismo tipo legal» (5) permite ser explicada como consecuencia de una unidad «natural de la conducta», en sentido estricto, esto es, unidad en base a una pretendida «teoría general de la realidad», o por contra los criterios para decidir tal unidad no son descriptivos sino esencial y primordialmente normativos.

El presente comentario pretende reflexionar, a propósito de la mencionada sentencia, sobre la función, requisitos y fundamentación de la denominada «unidad natural de acción, así como sobre el problema relativo a la concurrencia de tipos especiales y/o subsidiarios sobre el mismo hecho así configurado, cuando sólo uno de ellos está en forma de imperfecta realización. Nuestro objeto de análisis se limitará, empero, a la «unidad natural de acción» en una de las funciones que dicho concepto cumple: trazar la divisoria entre la unidad y la pluralidad de delitos —concurso real homogéneo.

2. Dos son en efecto los cometidos que realiza la unidad natural de acción. Por un lado, sirve para delimitar los supuestos de concurso real homogéneo de la única realización típica, y por ello de la unidad delictiva. Por otro, sirve también a la distinción, en determinados supuestos, entre el concurso real y el concurso ideal de delitos (6). Si en el primer caso se trata de responder a la cuestión de *cuántas*

---

(5) Tal es la terminología usada por la doctrina italiana, *vid.*, sobre ello, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel Diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 178 y ss., 198; del mismo, *Diritto penale*, Cedam-Padova 1979, p. 408.

(6) Sobre el doble papel de esta figura, *vid.*, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 163 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, 1979, p. 255; en España, delimitando también claramente el distinto papel que juega el concepto para la jurisprudencia alemana, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos (aspectos de política legislativa)*, Valladolid, 1983, p. 130.

infracciones normativas existen, en el segundo —supuesta su pluralidad— de responder a *cómo* se han producido dichas infracciones —en unidad o pluralidad de hechos— (7). Esta doble función no ha sido siempre suficientemente resaltada por la doctrina, especialmente la alemana, debido seguramente al influjo de planteamientos naturalistas en el tratamiento del problema concursal en mayúsculas, que durante mucho tiempo ha condicionado el debate sobre la unidad o pluralidad delictiva, sustituyéndolo por el de la unidad o pluralidad de acciones (8). En efecto, la expresión «natürliche Handlungseinheit» es de cuño jurisprudencial, y, por razones de uso convencional, es utilizada por la doctrina de aquel país —en términos mucho más restrictivos— para describir determinados supuestos en los que el tipo permite una síntesis de diversas acciones naturales en una unidad valorativa. No se trata por tanto de un concepto de acción prejurídico y natural, tal y como la expresión parece sugerir, sino de una unidad valorada como tal jurídicamente. Es por ello que se alude a ella bien directamente como «unidad de acción típica en sentido amplio» (9),

---

(7) Similar, KINDÄUSER, «Normvertoss und natürliche Handlungseinheit-BGH» en, NJW 1984, p. 104.

(8) De lo que constituye fiel reflejo la teoría de la unidad sobre la naturaleza jurídica del concurso ideal, para la que la existencia de una sola acción comporta necesariamente la admisión de un solo hecho punible, un solo delito. Sobre la disputa, que hoy se reconoce esencialmente terminológica, entre la «Einheits- Mehrheits-theorie», *vid.*, ampliamente, GEERDS, *Zur Lehre der Konkurrenz*, cit., pp. 222 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, cit., pp. 27.

(9) Así, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., pp. 264 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal II* (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 998 y 999. En España sigue esta terminología, SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., pp. 130 y ss.; aunque en el contexto de la unidad delictiva. En tanto que unidades de acción típicas en sentido amplio, se distinguirían de las hipótesis de unidad de acción típica en sentido estricto, constituidas por a) los delitos permanentes que presuponen también todo un «complejo de acción» (Handlungskomplex) manejada por el tipo como un hecho global, así STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24 Aufl, com. previo al pár. 52, Rdn 90. Sobre la distinción entre delitos «necesaria» y «eventualmente» permanentes, *vid.*, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1972, p. 316. Deben distinguirse estos supuestos, del delito de «estado», también denominado «delito instantáneo de efectos permanentes». En contra de esta última categoría, a mi juicio con razón, HRUSCHKA, «Die Dogmatik der Dauerstraf-taten», en *GA*, 1968, pp. 220 y ss. Sobre los problemas concursales que plantea esta figura, *vid.*, LIPPOLD, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, *passim*, y especialmente, pp. 29 y ss. b) delitos de varios actos. Sobre la distinción —en la doctrina alemana— entre delitos de varios actos necesarios o facultativos, de los que se considera un subcaso de los primeros el delito complejo, *vid.*, en general, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., pp. 264 y ss.; SCHMITT, *Die Konkurrenzen im geltenden und künftigen Recht*, ZStW 75 (1963), pp. 43 y ss., 46 y ss.; WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *JuS*, 1964, pp. 81 y ss.; *vid.*, JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 1983, p. 742, incluyéndolos, junto con los delitos permanentes, en la

o como unidad de acción jurídica (10). Fuera de estos casos en los que el *tipo permite la consideración de diversas acciones como unidad*, la figura de la «*natürliche Handlungseinheit*» resulta ampliamente rechazada (11). La jurisprudencia alemana opera sin embargo con un concepto de «unidad de acción natural» excesivamente amplio. Existirá tal acción cuando varios comportamientos aparecen de tal modo unidos por una estrecha relación espacio-temporal, «que el suceso conjunto se presenta para un espectador objetivo como una única acción, desde una contemplación natural» (12). La perspectiva que ha de adoptar en su valoración «tal espectador imparcial», tampoco es precisada por la jurisprudencia, que en ocasiones exige meramente una apariencia objetiva unitaria de los diversos actos («*objektive Erscheinungsbild*»), sin exigir la presencia de un dolo conjunto y en otras manifiesta la suficiencia de una unidad subjetiva conjunta (así un plan unitario «*Planungszusammenhang*»), o la mera unidad en la determinación de la voluntad («*Einheitlichkeit des*

---

categoría de tipos de acciones asociadas («*Die handlungsvereinigenden Tatbestände*). c) delitos complejos. La doctrina italiana suele distinguir entre delito complejo en sentido estricto, o síntesis en una unidad delictiva de varios delitos simples y delito complejo en sentido lato, o delito compuesto, para el que basta con un solo delito con la adición de elementos ulteriores de otros delitos, no constituyentes per se de figuras autónomas, *vid.*, en este sentido, PIACENZA, «Nozione e contenuto del reato complesso», en *Riv. pen.*, 1936, pp. 935 y ss.; RAINIERI, *Il reato complesso*, Milano 1940, pp. 134 y ss. Sobre la distinción entre delito necesariamente complejo y eventualmente complejo, o delito progresivo, *vid.*, MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., pp. 262 y ss. Uno de los problemas que plantea tal figura delictiva, está representado por la necesidad de romper el complejo delictivo cuando concurren circunstancias específicas o tipos cualificados de uno de los delitos simples, no reflejadas a su vez en el delito complejo, de lo contrario se produciría una doble valoración del mismo tipo básico (*bis in idem*), sobre esta cuestión, *vid.*, LOSANA, *Reato complesso e «ne bis in idem» sostanziale*, cit., 1963, pp. 1189 y ss.; NEPI MODONA, «Inscindibilità del reato complesso e *ne bis in idem* sostanziale», *RIDPP*, 1966, pp. 200 y ss. *Id.*, en relación con este problema en el delito de robo con homicidio, VIVES, en *AAVV, Derecho penal. PE*, Valencia 1988, pp. 799, 800.

(10) STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 606; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cit., pp. 734 y ss.

(11) Esta construcción, ha sido por ello rechazada, al menos en su formulación jurisprudencial. La literatura sobre el tema resulta casi inabarcable. Puede sin embargo remitirse a posiciones doctrinales especialmente críticas en esta materia. Así, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., p. 246 y ss.; 249, 282 y ss.; HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, 1925, pp. 7 y ss., 28 y ss (que la califica de espejismo («*Truggebild*»); MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 14 y ss.; *ibidem*, «Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung», en *NJW*, 1978, pp. 300 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz*, cit., pp. 255 y ss.; WERLE, *Die Konkurrenz*, cit., pp. 97 y ss., 104; KINDHÄUSER, *Normverstoss*, cit., pp. 100 y ss. Esencialmente de acuerdo con la jurisprudencia, *vid.*, sin embargo, WARDA, *Grundfragen*, cit., p. 240 y ss.

(12) RG 58 116, 74 375, 76 140.

Willensentschlusses»). Tratándose de establecer la unidad a los efectos del concurso ideal de delitos, la jurisprudencia no establece la típica restricción consistente en limitar su admisión cuando se trate de bienes jurídicos personalísimos. Así, se ha llegado a sostener, que varios disparos a varias personas, cuando el autor «ha disparado en estrecha sucesión temporal en una zona para eventualmente herir o lesionar» constituyen una unidad de acción. El punto máximo de expansión de esta figura se manifiesta en los casos de fuga, en donde la mera voluntad de huida («Fluchtwille»), ha permitido a la jurisprudencia, hasta hace poco, considerar en unidad de acción la conducción sin permiso, las lesiones imprudentes, la resistencia a la autoridad y la propia huida» (13).

Es patente, pues, la necesidad de distinguir el sentido en el que se utiliza dicha expresión, en la medida en que no necesariamente coinciden sus presupuestos (13 bis). Ya se advirtió sin embargo, que aquí sólo se abordará el problema de la unidad delictiva (14).

---

(13) *Vid.*, sobre estos ejemplos, así como las distintas sentencias que los recogen, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 607.

(13 bis) Desde luego el análisis que se propone, muestra, al margen de la viabilidad o no del concepto, las ventajas que ostenta nuestra expresión «hecho» como presupuesto del concurso ideal. En efecto, al margen ahora de la «unidad natural de acción» como supuesto de unidad delictiva, en el ámbito del concurso ideal se produce, sin lugar a dudas, una *ruptura del concepto unitario de acción* propio de la teoría del concurso. En efecto, suele ser normal en la doctrina germana aludir, como supuesto de unidad de acción, en primer lugar a la unidad de acción en sentido natural («andlung im natürlichen Sinn»), entendida como un mero movimiento corporal producido por una sola determinación de voluntad, y todo ello pese a las dificultades de individualización que suscita dicho concepto ontológico (*Vid.* STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit. p. 605: «Eine Handlung liegt zunachts vor, wenn ein Willensentschluss eine Körperbewegung hervorgerufen hat»). Así, el solo disparo productor de varias muertes, la sola expresión injuriosa a varios sujetos, conformarían una sola acción («Willensbetätigung = Handlung»). Pero como quiera, además, que en muchos casos los tipos permiten la síntesis de varias acciones en ese «sentido natural», o directa y expresamente se componen de múltiples acciones, se amplía el concepto de unidad a los supuestos de «unidad de acción típica en sentido estricto» y «unidad natural de acción o unidad típica en sentido amplio». Adviértase por ello no sólo del pluralismo metodológico que subyace a esta posición —perspectiva naturalista y normativista—, sino también del desmembramiento del concepto de acción en la teoría del concurso. Resaltando las ventajas de la expresión hecho, entendido como «carácter unitario o plural del objeto valorado», COBO-VIVES, *Derecho penal PG*, 3.ª ed., p. 545. En la misma línea, destacando las diferencias entre el «hecho» y la «acción», MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 3.ª ed., pp. 720 y ss.; JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, en ADPCP, 1992, p. 618.

(14) La doctrina si bien admite el papel de la unidad natural de acción en la determinación de la unidad delictiva, se muestra contraria a su utilización para fijar el presupuesto del concurso ideal. Así, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 60 y ss.; GEERDS, *Zur Lehre*, cit., pp. 249; HONIG, *Studien*, cit., p. 13. Se

## III

1. El primer cometido de la denominada «unidad natural de acción» consiste en determinar la unidad delictiva en las hipótesis de realización iterativa del tipo o «aparente multiplicación de un mismo tipo legal». En esta constelación de casos, el autor trasciende a la simple realización del tipo, por cuanto que rebasa con su comportamiento los requisitos *mínimos necesarios* para la imputación de la conducta típica, prosiguiendo en su comportamiento y por tanto reiterando conceptualmente dicha realización (15). El torrente de palabras injuriosas, los sucesivos apoderamientos en estrecha conexión espacio-temporal, los sucesivos golpes productores de lesiones, conformarían, en todo caso, supuestos de unidad típica de acción y por tanto hipótesis de unidad delictiva (16).

Para que el tipo posibilite la síntesis unitaria del complejo de actos parciales, es necesario que el suceso conjunto se presente como una unidad tanto objetiva, cuanto subjetivamente considerada. En los albores de la consideración de dicho fenómeno por parte de la doc-

---

aduce para ello con la suficiencia de la fórmula relativa a la coincidencia, al menos parcial, de los actos ejecutivos que están *en la base de las distintas realizaciones típicas*. A mi juicio dicha fórmula no explica, empero, la admisión de concurso ideal de delitos cuando el sustrato sólo puede ser considerado unitario, en base a los criterios normativos que proporciona la «unidad natural de acción». El célebre ejemplo propuesto por GIMBERNAT, de la muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio es suficientemente significativo. Sin ulteriores correcciones, los actos ejecutivos subyacentes al posterior homicidio *no se cruzan* con los que colman el asesinato intentado. («El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba en homicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990, pp. 172 y ss.).

(15) Sobre ello, MAIWALD, *Die natürliche handlungseinheit*, cit., pp. 70 y ss.

(16) Dichos ejemplos se presentan de forma constante en toda la literatura penal, ya desde los albores del tratamiento moderno del concurso de delitos, así, BINDING, «Handbuch des Strafrechts», *Bd. I*, Leipzig, 1885, p. 544; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, p. 377; HÖPFNER, «Einheit und Mehrheit der Verbrechen (eine strafrechtliche Untersuchung)», *Bd. I*, Berlin, 1905, p. 224, entre otros. En España, *vid.* los antecedentes y jurisprudencia citada por SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., pp. 129 a 131. *Vid.*, además, sobre los ejemplos propuestos, la STS 30-4-1981, que entiende que la unidad de sujeto pasivo de varias lesiones se debe considerar como un solo hecho (remitiéndose a la antigua STS 16-11-1889). Recientemente la famosísima STS —Caso Colza— de 23 de abril de 1992 (A. 6783), señala: «la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales. Es evidente que con una única acción natural (con la misma decisión y el mismo movimiento corporal), no es posible violar a dos personas y —por regla general— tampoco lesionar dolosamente a dos sujetos pasivos. Estas consideraciones son también trasladables al homicidio de varios sujetos, como es claro, cuando el ataque a cada uno de ellos requiere la renovación de la decisión de matar».

trina, y tratando de responder a por qué ningún juez apreciaría en estos casos una pluralidad de delitos, pudo decirse que tal unidad se fundaba en una «representación unitaria» del hecho, a partir de una «contemplación de sentido» del mismo (17), representación unitaria que cabía inferir de la repetición del mismo tipo en una *estrecha y directa conexión temporal*. Pero puesto que la sola conexión temporal no puede fundamentar materialmente tal unidad, hubo de buscarse dicho fundamento en los principios que rigen las reglas del concurso de delitos en el Derecho vigente. Resultando que el § 74 del StGB de 1871 configuraba el concurso real homogéneo como la plural violación de la misma ley a través de varias acciones *independientes*, de lo que se trataba por tanto era de determinar cuándo un acto parcial podía ser considerado como no independiente, por no ostentar un desvalor autónomo dentro del complejo fáctico. De ahí surge históricamente el requisito adicional de la *semejanza u homogeneidad de los distintos actos parciales* (18).

En la actualidad, la doctrina sostiene con razón que lo decisivo para proceder al abrazamiento fáctico de las diversas acciones es que éstas supongan, meramente, un *incremento o intensificación cuantitativa del mismo contenido de injusto* (19). Desde el punto de vista objetivo, la cadena de actos parciales no debe suponer, por tanto, más que una intensificación en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma (20). Como señala Maiwald, «para el

---

(17) Así HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, cit., p. 48.

(18) Así, HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, p. 233; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, III, p. 565. Con carácter general, *vid.*, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 73.

(19) Se encuentran ya precedentes de esta formulación en BINDING, *Handbuch I*, p. 544.; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin y Leipzig 1921, p. 488.; Sobre dicho fundamento, ampliamente, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 72; WERLE, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzung und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin, 1981, p. 106. En España, SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 130; MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, cit. p. 724.

(20) La posibilidad de configurar la infracción normativa como magnitud graduable, no es sino que una consecuencia, como ha señalado KINDHÄUSER (*Normertoss*, p. 102), de entender dicha infracción como constructo de la interpretación («Interpretationkonstrukt»), fijada a través de distintos componentes en una conexión de sentido. Como norma de comportamiento, la norma proscribía la realización del tipo. El tipo es por tanto el contenido contradictorio de la norma de comportamiento. Si dichas normas de comportamiento se entendieran sin embargo como órdenes en sentido usual, y la infracción normativa como «negación de la orden» («Befehlsverweigerung») no sería posible graduación alguna de lo injusto. No por el contrario si las normas se entienden como «fundamentos de obligación» para acciones: las normas surgen de —y expresan— una ponderación entre el valor libertad de acción general por un lado y otros valores jurídicos —vida, seguridad, etc.— por otros. Por ello que las condiciones bajo las que prevalece el respectivo valor jurídico sobre el valor de la libertad de acción general están formuladas en el supuesto de hecho



Ordenamiento jurídico, en su función de tutela de bienes jurídicos, la prosecución conceptual de la realización de un supuesto de hecho no representa más que un mero incremento cuantitativo de la lesión al bien jurídico, y por tanto un mero plus de injusto que no tiene significación autónoma» (21).

Es precisamente dicha lesión la que decide sobre la *homogeneidad valorativa* de los diversos actos parciales, y no su mera semejanza para un espectador objetivo. Supuesta la estrecha conexión espacio-temporal, y el resto de requisitos que más adelante analizaremos, no obsta a la consideración unitaria del hecho un cambio en la forma de ejecución del delito, verificada en el decurso de la sucesión de dichos actos (22). Éste es el caso de quien lesiona con arma blanca, y tras perderla como consecuencia de la resistencia de la víctima, prosigue a golpes de puño.

El problema radica, sin embargo, en determinar cuándo las lesiones o puestas en peligro del bien jurídico expresadas en el tipo pueden ser contempladas como meros sumandos de un único daño conjunto. Es obvio que determinados bienes jurídicos no son susceptibles de graduación cuantitativa en su lesión (23). Tal incremento

---

de la norma. La realización del tipo legal contradice la ponderación jurídica realizada por el legislador: lo injusto acontece cuando el objeto —Sachverhalte— que responde al criterio de la respectiva valoración jurídica es modificado. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico constituye el acontecimiento, el suceso que transmuta ese estado de cosas en otro considerado como ideseable normativamente (Sobre la clasificación en atención a los valores, KINDHÄUSER, Jura 1984, pp. 471 y ss.). Cuanto más grande sea la distancia entre ambos estados bajo el punto de vista de la escala valorativa, de la medida de valor como criterio fundamentador, tanto mayor será el daño. De ello deriva que un bien jurídico, en principio, pueda ser *más o menos* lesionado. Pero la mera lesión al bien jurídico como tal no constituye todavía ningún injusto si no es posible imputarla a la conducta del autor. Por ello que no basta con la mera consistencia objetiva de la acción, sino que es preciso, además una unidad subjetiva en los términos que se explicitarán en el texto.

(21) *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 74.

(22) En este sentido, JESCHECK, *Tratado II*, cit., p. 993; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cit., pp. 736, 737.

(23) Tal cosa sucede, por ejemplo, con la vida, donde sólo su puesta en peligro, que no su lesión, permite una cuantificación en términos de mayor o menor intensidad. El ámbito donde mayores dificultades presenta tal construcción es el relativo a los delitos contra la libertad sexual, en donde la jurisprudencia rechaza la existencia de unidad delictiva señalando que cada vez que se comete una agresión sexual, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, «hay un delito diferente que se renueva en cada acto ante la incapacidad del sujeto de consentir al respecto, lo mismo que en el paralelo delito de violación». En este sentido, STS de 18 de noviembre de 1994 (La Ley, año XV, número 3654 p. 10). *vid.*, asimismo STS 25 febrero 1991, 26 de marzo 1991, 21 junio 1991, 5 octubre 1992, 4 de octubre 1994. Dicha doctrina se enmarca, sin embargo, en el contexto de la apreciación o no de continuidad delictiva, pero qué duda cabe que resulta también trasladable en parte —fundamentalmente a la violación y agresiones sexuales cualificadas por la intro-

en la lesión, en cualquier caso, sólo resultará posible —siempre que no resulte incompatible con la naturaleza del bien jurídico—, cuando tratándose de bienes de naturaleza altamente personal, se dirijan los actos contra un único titular (24). Las lesiones a varias personas no pueden ser contempladas, por ejemplo, como una lesión intensificada. Precisamente por ello, las ofensa contra bienes jurídicos altamente personales —vida, honor, integridad física, libertad sexual— de diversos titulares son *siempre* autónomas valorativamente, constituyendo un *aliud* y no un *plus* (25). Para Jakobs, esta primacía de la perspectiva de la víctima en la agresión de bienes jurídicos altamente personales se basa en un principio normativo que no necesariamente resulta interiorizado en la psique del autor (26), pese a lo cual, la

---

ducción de objetos— a la «unidad natural de acción». Adviértase que buena parte de la doctrina rechaza la existencia de dicha figura, admitiendo el delito continuado sólo como hipótesis extrema de unidad natural de acción (sobre ello, ampliamente, SANZ MORÁN, *El Concurso*, cit., p. 135).

(24) Doctrina prácticamente unánime, Cfr. MAIWALD, *Die natürliche*, pp. 80 y ss.; WERLE, *Die Konkurrenz*, p. 106; STREE, en SCHÖNKE/SCRÖDER, *Strafgesetzbuch*, p. 607.; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 130-131.

(25) Cuando se trata de una *pluralidad de delitos*, la ausencia de un mero incremento cuantitativo de lo injusto no impide, a juicio de algún sector doctrinal, el seguir sosteniendo la «unidad natural de acción». Tal sería el caso de quien, en un ininterrumpido acceso de cólera, destroza el mobiliario de un restaurante causando como consecuencia de algún acto parcial de daños, *también* unas lesiones a un comensal. Desde la perspectiva de los daños, el suceso habrá de valorarse como una sola acción, *en concurso ideal* con unas lesiones imprudentes o en dolo eventual según los casos. Naturalmente, dicha solución está a expensas de que se considere o no el resultado material como elemento integrante del «hecho» objeto del concurso ideal, y se rechace también, consecuentemente, la suficiencia de la mera identidad parcial del sustrato de ambos tipos delictivos para pregonar el concurso ideal, tema sobre el que, obviamente, no podemos entrar. Más discutido resulta si, supuesta también la *pluralidad de delitos*, obsta o no a la unidad de acción típica en sentido amplio el que se vulneren bienes jurídicos eminentemente personales de diversos titulares. Sobre el tema, *vid.*, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 80 y ss., contraria a dicha posibilidad. Cfr., sin embargo, JESCHECK, *Tratado II*, cit., p. 999). *Vid.*, también JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., p. 746, distinguiendo según los resultados a los que lleve dicha figura.

(26) *Strafrecht. AT*, cit., pp. 739-740. Para el autor, quien produce lesiones a varias personas como consecuencia de una sola acción que supone a su vez daños a cosas de diversos titulares, interioriza las lesiones producidas como un resultado conjunto en no menor medida que los daños. Sin embargo, se impone una distinción en base a la significación social diversa que ostentan las autorizaciones sobre cosas, y las autorizaciones constitutivas sobre los bienes jurídicos altamente personales. Opino, sin embargo, que también un espectador objetivo imparcial, con conocimientos paralelos a la esfera del profano, es capaz, intuitivamente de responder a la cuestión de cuándo estamos en presencia de un resultado graduable —y por tanto susceptible de ser sumado a un total— o ingraduable. De ordinario, determinados elementos del tipo son ya, por su uso lingüístico ordinario, susceptibles de tolerar

distinta significación social que tiene las autorizaciones sobre las cosas, respecto de las autorizaciones constitutivas sobre bienes jurídicos altamente personales, impide equiparar su tratamiento. El criterio radica por ello, según el autor, en la posibilidad o no de transferir a otro titular tanto la titularidad, cuanto el ejercicio o el beneficio derivado del bien jurídico (27).

Tratándose de bienes jurídicos no personales, la doctrina suele aceptar mayoritariamente que la pluralidad de titulares no obstaculiza la adopción de una unidad típica (28). Y ello incluso cuando el autor hubiera sabido que —por ejemplo— se apropiaba de objetos de diversos propietarios. Para Maiwald, resulta irrelevante, en punto a la valoración del fundamento psíquico del autor, el número de titulares del bien jurídico: «si el ladrón roba diversas cosas a través de sucesivas y continuadas tomas, ello no supone una modificación de su representación psíquica, lo único relevante es que se trata de dinero ajeno; de quién es, es irrelevante» (29).

2. Hasta ahora los aspectos analizados conciernen básicamente a la consideración unitaria de la conducta desde un punto de vista objetivo. Desde esta perspectiva, ya se ha señalado cómo el criterio rector está constituido no por una pretendida «teoría general de la realidad» que determina *ceteris paribus* una unidad natural a la que deba plegarse la valoración jurídica. Es en rigor el sentido de los tipos el que orienta la consideración unitaria de los distintos actos parciales, en la medida en que suponen solamente una intensificación cuantitativa en la lesión al bien jurídico. Ahora bien, ello no significa que quepa sustituir, pura y llanamente, el criterio de la unidad o pluralidad del —ahora sí— sustrato a valorar, por la mera tipicidad, como sugiere entre nosotros algún autor (30): algunos de dichos cri-

---

una cuantificación, y significadamente, los conceptos graduables («steigerungsfähigen Begriffe»). Sabemos que se puede lesionar más o menos pero que, por ejemplo, no se puede matar más o menos, sino a más o menos personas. Lo mismo cabría decir de la violación: usualmente nadie sostendrá la posibilidad de violar más o menos, sino de violar *varias veces*. El propio JAKOBS acaba reconociendo que, desde el punto de vista penal, considerar las varias muertes producidas como un único resultado conjunto sería tanto como suponer a varias personas como una única persona conjunta.

(27) JAKOBS, *Strafrecht.AT*, p. 739.

(28) Ya BINDING, *Handbuch I*, p. 533; BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 369. Recientemente, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 80 y 81; WERLE, *Die Konkurrenz*, p. 106; .

(29) MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 80. Una posición contraria en HABERMAAS (*Die Ideale Konkurrenz der Delikte*, Stuttgart 1882, p. 18), para quien la unidad subjetiva podría quebrar cuando el sujeto conoce la distinta pertenencia de los bienes que toma.

(30) CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis», I, *ADPCP*, 1979, pp. 63 y ss.

terios no son sino que una consecuencia de la participación sólo limitada de la «subsunción» en la obtención de la premisa menor, esto es, en la conformación del enunciado fáctico que habrá de ser subsumido en los supuestos de hecho de la normas correspondientes, y en concreto, de la incidencia que determinados juicios no directamente deducidos de la norma tienen en la conformación del hecho, como los basados en la percepción y en la interpretación de la conducta humana —así, fundamentalmente, la contextualidad espacio-temporal— (31).

3. Resta por examinar el requisito de la unidad subjetiva de la ejecución, que permita considerar el hecho como un todo unitario. A él se refiere la Sentencia examinada, cuando afirma la existencia «del elemento subjetivo, al existir un solo *acto de voluntad* encaminado a la realización de toda la dinámica comisiva». El requisito de la consistencia subjetiva de la acción se presenta, con mucho, como el más problemático. Ya Maiwald advirtió del inconveniente que supone fundamentar dicha unidad, subjetivamente, en la exigencia de una unidad de resolución («*Einheit des Entschlusses*»), por cuanto que a todo acto parcial —típico conceptualmente *in se*, no se olvide— puede referirse consecuentemente una resolución de la voluntad. En este punto, la doctrina, pese a considerar que la determinación del número de acciones podía deducirse del número de resoluciones de la voluntad, acababa operando, de facto, en sentido inverso: constante la estrecha conexión temporal en la sucesión de actos parciales, se deducía sin más la unidad de resolución (32). A la constatación de que el autor transforma su resolución en *hecho*, y que por tanto toda parte del mismo es reflejo de su voluntad, se une la de que, en el decurso de la realización iterativa del tipo, pueden partes del mismo resultar contrarias incluso a la originaria voluntad del autor (33). Otra opinión, que estimo esencialmente correcta, entiende por ello

---

(31) Sobre ello, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. (trad. Rodríguez Molinero), 1980, pp. 278 y 279.

(32) En este sentido, HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Manheim-Berlin-Leipzig 1925, pp. 78 y ss., HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, p. 233. Sobre la cuestión, con amplias referencias, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 74 y 75.

(33) En este sentido, KINDHÄUSER, *Normvertoss*, p. 103. Qué duda cabe que, aun así, suponer que el hombre actualiza permanentemente su voluntad a través de pautas de comportamiento que asimila y que transforma en conductas supone un entendimiento excesivamente esquemático del intrincado proceso psicológico y fisiológico que gobierna el hacer humano. Podría, además, llegar al absurdo de entender como unidad toda inervación muscular, pero incluso ésta puede resultar de una compleja reflexión y resolución. Una somera exposición de diversas críticas al criterio de la «*Willensbetätigung = Handlung*» en LIPPOLD, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüstein der Lehre von den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, Heidelberg, 1985, p. 8 y ss.

suficiente, a los efectos de considerar unitaria la conducta, la existencia de un única e idéntica «situación de motivación» (34). A este resultado se llega considerando que la *significación individual del acontecimiento objetivo ha de influir también en la valoración típica*. La expectativa que deriva de la norma de conducta («Verhaltensnorm») es *situacional*. Del mismo modo que no interesa una determinada conducción de vida, en el polo opuesto, las expectativas normativas no conciernen principalmente a acciones individualmente consideradas, sino a la conducta del potencial autor como un todo. Podríamos entender los tipos de la siguiente forma «quien a través de una acción lesiona a otro, quien a través de una acción se apodera de cosas ajenas...» pero tales acciones están respectivamente determinadas como acción de hurto, acción de lesión, acción de daños (35). Como señala Kindhäuser, el ladrón no frustra las expectativas de respeto a la propiedad ajena cada vez que realiza «una» acción de apoderamiento, sino a través de su conducta en su conjunto (36). En la medida en que la representación del autor es constitutiva para el juicio de antijuricidad, la plural repetición de la acción típica puede ser contemplada como expresión de una sola infracción cuando también el autor *obra con conciencia de la continuidad de su conducta* (37). En definitiva, y por decirlo con palabras del mismo autor, cuando el sujeto no admitiría el siguiente reproche: no haber satisfecho las expectativas normativas de *forma reiterada* un una concreta situación (38). No se nos oculta que dicha formulación sigue presentando problemas, y que con sustituir al autor por el espectador objetivo normativizado no hemos avanzado mucho; en cualquier caso se trata de poner de manifiesto que la unidad de situación de motivación ha de percibirse y reflejarse en la objetivación de dicha motivación, esto es, en una *unidad de ejecución*. Con ello se apunta a que no es suficiente el idéntico *fundamento* de la motivación, aunque ésta resulte renovada durante la ejecución. Según ello, quien tras lesionar a la víctima deja que ésta huya por considerar ya suficientes los golpes propinados, y al poco, montando nuevamente en cólera, vuelve a dirigirse a ella golpeando de nuevo, realizaría dos hechos, dos delitos de lesiones en concurso real. Según Jakobs, el principio del Derecho penal del hecho comporta que una voluntad sostenida resulte irrelevante si ésta no resulta objetivada en el sentido de un

---

(34) En estos términos, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 75 y 76; SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., p. 131; MIR PUIG, *Derecho penal PG*, cit. p. 724.

(35) PUPPE, *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, en GA, 1982, p. 157.

(36) *Normvertoss*, p. 102.

(37) *Norvertoss*, p. 103.

(38) *Op.*, cit., últ., cit. .

actuar típico (39). Pero un ejemplo similar al propuesto condujo a un autor tan sagaz como Bindig, partidario de exigir con carácter general la unidad de resolución, a proclamar la «victoria del ejemplo sobre el argumento», y a apreciar, contra sus premisas de partida, una única unidad de acción (40). Postergamos para más adelante la toma de posición sobre el elemento subjetivo de la unidad natural de acción, una vez completado el análisis del resto de constelaciones reductibles a esta figura.

4. También la unidad natural de acción determina la unidad delictiva en los supuestos de realización sucesiva o progresiva del tipo y en concreto, en la relación entre diversas tentativas y la consumación del mismo delito.

En este ámbito, el papel que está llamado a desempeñar el concepto de «unidad natural de acción» consiste en determinar cuándo los actos enderezados a la consecución de un resultado delictivo pueden ser contemplados como una porción del sustrato material del delito propuesto y no, por contra, como *tentativa de otro delito distinto* (41). Inútil resulta insistir en la improductividad del concepto referido a una ejecución ininterrumpida de la acción desde el más alejado acto preparatorio, pasando por la tentativa fluida hasta llegar a la consumación. Ausentes tentativas fallidas, la particularidad de poder descomponer la ejecución —analizada «en cámara lenta»— en diversos actos parciales no constituye una particularidad de los supuestos de realización sucesiva del tipo, sino de toda realización típica. La tentativa resulta desplazada por el delito consumado sin que —lo que resulta opinable— quepa incluso acudir a la figura del concurso de leyes, y en concreto al principio de subsidiariedad (42).

---

(39) JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., p. 734.

(40) *Handbuch I*, p. 544.

(41) En este sentido, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 85 y ss.

(42) En este sentido, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht.AT*, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 334 y ss., señalando que en tales realizaciones, continuadas y fluidas hacia el resultado no se suscita problema alguno, pues existe unidad de acción y no cabe concurso de leyes, *al no verificarse el típico desplazamiento de un tipo en sí concebible*. Tampoco existiría necesidad de aplicar la regla del § 22 (tentativa) al no existir una necesidad de extensión de pena («Bedürfnis der Strafausdehnung»). En la posición de los autores citados, se vislumbra sin embargo, el típico desplazamiento de los problemas de unidad-pluralidad delictiva al de unidad o pluralidad de acción, tanto más cuanto que, como se señaló, sostienen la Teoría de la unidad delictiva («Einheitstheorie») en relación con la naturaleza jurídica del concurso ideal (supuesto de unidad de delito). Tampoco en estos supuestos cabría hablar de concurso de leyes en relación con los actos preparatorios en sentido estricto al existir «unidad de acción». PUPPE, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 328 y 329, niega en estos casos una relación de subsidiariedad, entendiéndola que se produce relación de especialidad, y que no es precisa por tanto ninguna forma adicional de concurso de leyes, siendo que la consumación encierra de modo necesario, conceptualmente, los previos estadios de desarrollo —actos preparatorios y tentativa—. De modo análogo STRATERNWERT,

Distinto es si el resultado se alcanza mediando *diversos intentos fallidos*. Las particularidades que presentan estas hipótesis respecto de las supra analizadas, no deben ser sobrevaloradas. Desde el punto de vista estructural, los diversos actos parciales constitutivos conceptualmente de tentativa presentan la misma fisonomía que las hipótesis de «aparente multiplicación del tipo legal». Desde la perspectiva de la consumación del delito, se presentan como hipótesis de progresión delictiva en sentido amplio, en los que se verifica el tránsito de un tipo de injusto a otro de mayor gravedad. A su vez, si no necesariamente, si como fenómeno no residual, las sucesivas tentativas en unidad de contexto pueden colmar, respectivamente los requisitos típicos de un delito de lesiones. Se comprenderá entonces la dificultad de incardinar conceptualmente estos supuestos en los dominios de la «unidad típica de acción en sentido amplio» o en el del genuino concurso de leyes. Por esta razón también, no compartimos la opinión de un sector de la doctrina al considerar que en estos casos el elemento normativo de la equivalencia de los actos parciales desde la perspectiva del bien jurídico no juega ningún papel (43), o que tales constelaciones no comportan una intensificación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (44). No se trata sólo de un problema de consistencia subjetiva de la acción (45), o de que la culpabilidad se erija en el único criterio orientador para establecer el peso que posee la acción de tentativa en el marco de la realización típica (46). También aquí el criterio de la mera intensificación cuantitativa de lo injusto resulta decisivo, y no sólo como es obvio, para considerar el complejo fáctico como unitario desde el punto de vista del delito consumado; sino también para explicar que la sucesión de tentativas suponen un mero plus —que no un aliud— de peligro para el bien jurídico.

En este ámbito, el criterio de la «unidad natural de acción» permite considerar los sucesivos intentos —verificados en estrecha conexión espacio-temporal— dirigidos a conseguir el resultado, como un solo hecho. Para ello es irrelevante que el autor tenga una concreta representación del número de actos necesarios para producir el resultado, o bien los haga dependientes del efecto deseado (47). Del

---

*Strafrecht*. AT, cit., Rz. 1190. Desde luego, esta afirmación es exacta en relación con la acción que sin solución de continuidad alcanza el resultado, pero no respecto de anteriores tentativas fracasadas.

(43) Así, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 85 y ss.

(44) Así, KINDHÄUSER, *Normvertoss*, p. 103.

(45) Op. últ. cit.

(46) MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 91 y ss.

(47) Así, tantos golpes cuantos sean necesarios para producir la muerte, tantos disparos, etc., sobre estos ejemplos, JAKOBS, *Strafrecht*. AT, cit., p. 735; *vid.*, a su vez, MAIWALD, *Natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 90 y ss.

mismo modo, supuesta dicha conexión, un momentáneo abandono de la ejecución del hecho a la que pudiera obligar la necesidad de utilizar más medios para producir el resultado, cuando aquélla es retomada en seguida para llegar al fin propuesto, no obsta a la consideración unitaria de la conducta (48). Con razón se ha señalado que si se vinculara toda variación en el modo de ejecución previsto por el autor con el número de resoluciones, y por tanto de hechos, se castigaría al autor de un plan preconcebido no sólo por el éxito, sino también por su fracaso, mientras que quien operara con dolo general resultaría castigado por un solo delito (49).

5. Respecto de los límites de dicha figura en relación con el problema de la consistencia subjetiva de la acción, los resultados prácticos a que llega la doctrina no difieren. A Von Bar cabe atribuir el mérito de esbozar una fundamentación que contiene el germen de los actuales desarrollos. Para este autor, la excepción al efecto prevalente del delito consumado frente a anteriores tentativas vendría dada, bien por la mediación de un considerable lapso temporal, bien por la presencia, entre las diversas acciones, de una «disuasión ética profunda» tal de requerir en el autor una nueva decisión contra el Derecho (50). La inserción entre tentativa y consumación de dicha disuasión podría estar representada por el descubrimiento del hecho o el inicio de una investigación judicial sobre el mismo, que se erigiría en señal de alerta (51). Esencialmente de acuerdo con el criterio esbozado, Maiwald señala que tal disuasión no concurre sólo en forma de investigación, sino *ya* cuando el autor es consciente —a partir de circunstancias externas— de que la prosecución directa de su plan ha sido impedida y necesita por ello rebasar nuevamente la barrera de la prohibición (52). Efectivamente, considerando el fracaso en la tentativa no como el fallo de un medio concreto, y por tanto sustituible sin —o con una mínima— solución de continuidad, sino como la frustración del fin perseguido en *las circunstancias situacionales concretas del autor*, toda nueva agresión posterior mal podrá contemplarse como la prosecución de una «misma» agresión, y por tanto como una mera intensificación de lo injusto (53). El que los primeros actos parciales —ej. varios disparos que no consiguen dar en el blan-

---

(48) Cfr. STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 600.

(49) *Vid.*, en este sentido, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 85 y ss.

(50) VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz*, Berlin, 1909, p. 563: («regelmässig eine tiefgreifende ethische Abmahnung»).

(51) *Op. últ. cit.*

(52) *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 87.

(53) En este sentido, KINHÄUSER, *Normvertoss*, p. 104: «Ein Fehlschlag bedeutet also, daß der Täter ceteris paribus keine hinreichende Möglichkeit mehr sieht, sein Ziel zu erreichen.»



co— no constituyan tentativas autónomas respecto del hecho en su conjunto, no significa empero que no colmen ya, aisladamente, el tipo de injusto del delito intentado. A ello parece apuntar sin embargo algún autor cuando señala que no cabe hablar aquí de concurso siquiera aparente entre tentativa y consumación, pues resulta evidente, que sí se ha producido el resultado (54). El hecho de que la acción permita, «analizada en cámara lenta» ser parcelada en sucesivos estadios necesarios para la comisión del delito, no representaría más que un planteamiento naturalista, sin trascendencia alguna desde el punto de vista normativo. Esta descomposición, si se efectuara sobre un pretendido concepto natural de acción, no constituye una particularidad de los supuestos de «realización iterativa o sucesiva» del tipo, sino de toda realización típica (55). Precisamente, al ejemplo propuesto se refería Honig como paradigma de «Vortat», y por tanto de pluralidad de acciones sin concurso real (56). En lo que alcanzo, sí resulta empero concebible, en estos casos, afirmar una pluralidad de realizaciones típicas, que resultan sin embargo *desplazadas* por el desvalor del delito consumado.

6. La inadmisión de una «unidad natural de acción» en los términos señalados no prejuzga, a juicio de un sector de la doctrina, que la tentativa precedente pueda ser desplazada como «acto previo copenado» en virtud del principio de subsidiariedad. Como señalan Maurach-Gössel-Zipf, son concebibles, en sentido amplio, tres clases de hechos previos en relación con el hecho principal. En primer lugar, pueden darse «Vortaten» en unidad de acción con el delito principal. En segundo lugar, también es un acto previo todo delito realizado con anterioridad y en relación medio a fin con el delito principal, lo que dará lugar, generalmente, a un concurso real de delitos. Finalmente, sólo un pequeño grupo de casos cae bajo los presupuestos de la pluralidad de hechos («Tatmehrheit») no constitutiva de un concurso real («unechter Realkonkurrenz») (57). Y en este sentido genérico —con exclusión, claro está, de los casos de concurso real— parece utilizarlo la doctrina dominante partidaria de no conceder un espacio conceptual propio a esta categoría, al margen del principio

---

(54) Similar, WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», en *JuS*, 1964, p. 91.

(55) También un delito consumido «instantáneamente» podría ser dividido en tantas acciones como enervaciones musculares: sujetar el arma, apuntar, apretar el gatillo...

(56) HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat* (reimpresión de la ed. de Leipzig 1927, Aalen, 1978), pp. 57 y 58, contra la opinión de M. E. MAYER. En p. 57, nota 3, se percibe el aludido naturalismo en el discernimiento de la unidad o pluralidad de acción: «... cuando en mi opinión existen dos acciones: el primer disparo yerra, el segundo ha matado a la víctima».

(57) *Strafrecht. AT.* II., p. 334.

de subsidiariedad y/o consunción. Así, en sentido genérico Stree (58) refiere esta categoría tanto a los casos de unidad como pluralidad de acciones, incluyendo en este concepto los denominados «delitos de tránsito» («Durchgangsdelikte»), concepto que comprendería a los actos preparatorios punibles autónomamente; la tentativa frente a la consumación y la relación entre delitos de peligro y delitos de lesión. Asimismo considera como acto previo copenado las lesiones frente a la consumación. En definitiva, todo estadio previo de un hecho posterior, tanto en unidad, como en pluralidad de acciones, que comporte una mera intensificación cuantitativa de la lesión al mismo bien jurídico (59).

Quienes por contra sustentan un concepto restringido de «acto previo copenado», sitúan tal figura entre las hipótesis de concurso real de delitos (60) y los supuestos de «unidad natural de acción» supra analizados. Este es el ejemplo que proponen Maurach-Gössel-Zipf: A dispara con intención de asesinar a B, pero el arma se encasquilla. Se agencia en cuanto puede otra —con dolo continuado— con la que consigue el resultado pretendido unos días más tarde (61). Aquí no puede discutirse, según Maurach, la existencia de una nueva acción. Sin embargo, la dirección final conjunta de los distintos hechos, así como la progresión que manifiestan hacia el resultado, impedirían apreciar un concurso real. La pena del delito consumado resultaría suficiente para reprobar el suceso conjunto. No se trataría, empero, de la absorción del desvalor del acto previo en el delito consumado, sin más bien del operar de una «causa personal de exclusión de pena» (62). Ahora bien, si se admite en este caso el desplazamiento del acto previo, cuestión no exenta de polémica (63),

---

(58) Caracterizados porque comportan de modo necesario o eventual diversos estadios de desarrollo de la acción, pasando de una menor a una mayor lesión al bien jurídico tutelado.

(59) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 624.

(60) Sobre el ejemplo, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht. AT*, 5.ª ed., cit., p. 335.

(61) También MEZGUER, *Tratado II*, cit., p. 307, exige en estos casos que se conserve la unidad de acción en el sentido de la acción continuada.

(62) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht. AT*, 5.ª ed., cit., p. 335. Hay que advertir, sin embargo, que no consideran aplicable aquí la subsidiariedad sino la consunción. En rigor, sería la pena de la consumación, que no el delito la que bastaría para el caso. Por ello configuran los «Vortaten» como causas personales de exclusión de pena, justificadas por la copunición del hecho principal (*vid.* p. 336). Admiten también el desplazamiento en el ejemplo propuesto, dentro del concurso de leyes, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 606; BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht* en *JBl*, 1978, p. 400; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., p. 86.

(63) En contra, JAKOBS, señala que resulta insuficiente apelar a esa dirección de la voluntad continuada, si no se objetiviza en una cierta unidad de ejecución;

ello no puede más que responder a la misma razón por la que se consideran también desplazadas las diversas tentativas fallidas en «unidad de acción»: es en todo caso la relación de graduación desde el punto de vista de lo injusto —mera intensificación cuantitativa en la lesión, la que codetermina, junto con la unidad de motivación, la propia consideración unitaria, desde el punto de vista jurídico, de la acción. En la medida en que no se trata primordialmente de contar acciones, sino, como ya viene siendo evidente de contar delitos, ¿qué criterio material adicional aporta la figura del «Vortat» respecto de las hipótesis de «unidad natural»? No se diga que el principio de subsidiariedad de la tentativa frente a la consumación, pues precisamente ésta ya ha sido tenida en cuenta en orden a efectuar la consideración unitaria del hecho (64). En lo que alcanzo, procede pues en estos casos apreciar un concurso real de delitos.

7. Similar orden de problemas plantean los supuestos de progresión criminal, y no precisamente el lo que atañe a la conexión temporal, que se da por supuesta, sino al cambio de dolo operado en el decurso de la ejecución. Nuevamente, la cuestión reside en determinar si basta con la mera intensificación cuantitativa en la lesión del bien jurídico, como criterio subyacente en toda hipótesis de subsidiariedad, o, por el contrario, la presencia de resoluciones distintas determina también la existencia de varios hechos, no sólo desde el punto de vista natural, sino también jurídico. El caso prototípico es el de quien lesiona brutalmente a alguien, y acto seguido, por no parecerle bastante, decide darle muerte. Tradicionalmente, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia en nuestro país han tratado este supuesto de «muerte aplazada» (65), como hipótesis de acto previo desplazado por la pena del homicidio (66). El Tribunal Supremo ha

---

objetivización que resulta obligada para que pueda hablarse de dolo relevante penalmente, *Strafrecht.AT*, cit., p. 736. Según el autor, ello es una consecuencia del principio del Derecho penal del hecho. A favor de apreciar en estos supuestos las reglas del concurso, WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zur materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des «Zusammentreffens strafbarer Handlungen»*, Berlin, 1980, p. 251, tanto si existe una nueva regeneración del dolo, como si, subsistiendo, se produce una indudable separación temporal de las acciones.

(64) Efectivamente, el principio de subsidiariedad descansa en la idea de que la agresiones más próximas y perfectas al bien jurídico prevalecen sobre las más remotas. El pensamiento del incremento cuantitativo del desvalor de resultado y/o acción constituye por ello el criterio material del principio. Sobre la cuestión, GEERDS, *Zur Lehre*, pp. 183 y ss. Muy crítico con la figura del «Vor-und Nachtat», KRAUB, «Zum Begriff der straflosen Nachtat», en *GA*, 1965, pp. 167 y ss.

(65) La expresión es de WELZEL, «Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten», en *Hellmuth v. Weber-FS* (1963), p. 245.

(66) En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1977, p. 561, como hipótesis de consunción; SANZ MORÁN, *Concurso*, cit., p. 125, apelando al principio de subsidiariedad.

llegado incluso a fundamentar la absorción del delito menos grave, directamente en el «non bis in idem» (67). Pero la apelación a dicho principio no deja de ser retórica en la medida en que la valoración que sin lugar a dudas resultaría reiterada si concurriera sobre el mismo hecho —relación *maius-minus*— requiere demostrar previamente este último extremo: la efectiva existencia de un *mismo objeto* pluralmente valorado (68). Este problema de *congruencia entre valoración y objeto*, no permite ser reducido directamente desde el principio «non bis in idem». Y no vale nuevamente aducir que la pluralidad fáctica en este supuesto es sólo naturalística y no jurídica, pues esto es precisamente lo que necesita ser demostrado. A nuestro juicio, no es posible establecer un fundamento teórico general para determinar el desplazamiento de la menor afección al bien jurídico frente a la mayor, en estos casos (69). Sin embargo, puede razonablemente pro-

---

(67) STS 21-VI-1976 (A. 3120): «paso de un mínimus a un plus de actividad criminosa (...), tránsito de un delito menos grave, cuya identidad de elementos constitutivos determina la absorción del primero por el segundo». La absorción del delito más grave se justifica, según el Tribunal, en que tal supuesto «no necesita una expresa disposición legal, puesto que resulta de la naturaleza misma de las cosas y del principio siempre latente en el derecho punitivo del non bis in idem, al que repugna castigar dos veces los actos que por estar en la misma línea de ataque al bien jurídico protegido se refunden en la acción culminante y de más entidad penal», *vid.*, asimismo, ST. 20-VI-1979 (A. 2700); sobre ello, SANZ MORÁN, *El concurso*, *cit.*, 125.

(68) No lo cree así RAINIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milán, 1942, p. 317; del mismo, *La progressione criminosa*, *cit.*, p. 487; quien fundamenta la preterición de la agresión precedente en el «ne bis in idem». Según el autor, el principio trata de evitar que los hechos singulares de la progresión sean valorados penalmente varias veces, ya que el tipo legal sucesivo contiene al antecedente en cuanto que asume en su seno tales hechos. La argumentación del autor nos parece circular. Efectivamente, si el hecho posterior comporta la valoración de los anteriores, la apreciación de un concurso real comporta una palmaria violación del non bis in idem, pero es obvio que la apelación al principio sólo podrá hacerse demostrando este último extremo —que el hecho posterior valora al anterior—. De lo contrario, estamos ante una mera petición de principio.

(69) A favor de considerar desplazada la agresión menos intensiva, con independencia del cambio de dolo, y siempre en estrecho contexto espacio-temporal, *vid.*, entre otros, WARDA, *Grundfragen*, *cit.*, p. 92; BURGSTALLER, «Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht», *JB* (15/16), 1978, p. 400. En la doctrina italiana, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971 (reimpresión), p. 600. Para MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966 pp. 585 y ss., la preterición del acto previo en las hipótesis de progresión criminal podría justificarse por aplicación analógica del «non bis in idem». Según el autor, si el hecho se hubiera verificado con una única resolución inicial, existiría sin lugar a dudas concurso de leyes, de modo que la presencia de una pluralidad de resoluciones (*scil.* «siffatta marginale differenza psicologica»), no justificaría, por un elemental criterio de proporcionalidad, la admisión del concurso real. En contra, apre-

cederse a una comparación entre esta hipótesis y aquella en la que pocos dudarían de la admisión de un concurso de leyes. Efectivamente, si las primeras lesiones se inscriben en el seno de una actividad ejecutiva orientada «ab initio» a la causación de la muerte que finalmente se produce por la intensificación de la agresión, la muerte consumada desplaza sin lugar a dudas al tipo de lesiones. No obsta al abrazamiento valorativo unitario del hecho la parcelación del *iter* en distintas acciones parciales, que obviamente responden todas ellas a sucesivos impulsos de la voluntad. La imputación unitaria del hecho tanto objetiva como subjetivamente parece entonces hacerse depender de que las primeras lesiones constituyan un mero tránsito hacia el resultado letal, en la medida en que el dolo de matar se manifiesta desde el principio.

Presupuesta la misma estrecha conexión espacio-temporal, la única diferencia que presenta esta hipótesis de progresión criminal reside, no en la contemplación objetiva del hecho, sino en el dato de que las primeras lesiones no están abarcadas por ese *animus necandi* que aparece inmediata y consecutivamente. No creemos por ello *que pueda justificarse valorativamente* un diverso tratamiento penológico. Resultaría una paradoja que las primeras lesiones, que ostentan un mayor desvalor por estar abarcadas por el dolo homicida, resulten sin embargo mejor «tratadas» —unidad de delito— que cuando responden meramente al *animus laedendi* —concurso real con el inmediato y posterior homicidio—. No parece además que resulte perjudicada ninguna función normativa (70) de admitirse el desplazamiento de la precedente lesión, habida cuenta de la estrecha relación espacio temporal exigible.

#### IV

1. Para concluir con nuestro análisis sobre la denominada unidad natural de acción, examinaremos ahora el problema relativo a la eventual concurrencia de tipos consumados junto con otros de imperfecta ejecución sobre el sustrato fáctico unitario. La operatividad de los principios de especialidad y subsidiariedad es indiscutida cuando se aplica a tipos delictivos consumados —sucesión de actos parciales en los que se lesiona y finalmente se ocasiona la muerte—. Ahora bien, distinto es el caso en el que concurre un tipo especial

---

ciando concurso real de delitos, JAKOBS, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, 1967, p. 112.

(70) Cual resulta en el caso de la tentativa en pluralidad de hechos con la posterior consumación, en donde de admitirse el concurso de leyes, la norma habilitaría al autor a convertir en irrelevante penalmente su precedente tentativa siempre que *intentara de nuevo* la realización del delito consumado.

o principal en grado de tentativa o frustración, con su homólogo tipo genérico o subsidiario en grado de consumación.

En relación con la *especialidad*, tal problema puede plantearse, en primer lugar, cuando el tipo especial lo es por adición de ulteriores elementos ajenos a la órbita del tipo genérico. Ahora bien, contra lo que pudiera parecer, también es posible verificar esta situación cuando el tipo genérico y el específico divergen, bien en la concreción del resultado material, bien en la especificación de los medios comisivos. Tal situación puede producirse, en primer lugar, por error —«vel in personam vel in objecto»— sobre la concreción del objeto material de la acción que cualifica el delito, como por ejemplo la creencia errónea de dar muerte al ascendiente —tentativa inidónea por ausencia de objeto—, realizando el tipo de homicidio doloso consumado (71). En segundo lugar, y respecto a la cualificación de los medios utilizados, en los supuestos examinados de «unidad de acción natural», tal sería el caso del ejemplo propuesto por Gimbernat del ocasionamiento de muerte que empieza con asesinato y acaba en homicidio —el primer disparo a la espalda resulta fallido, y tras percatarse el agredido del peligro, el agente vuelve a disparar de frente, produciendo la muerte— (72).

---

(71) Aprecian en este supuesto un concurso de delitos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, p. 52, aunque sin especificar si el homicidio ha de ser doloso o culposo; partidarios del concurso ideal entre homicidio doloso consumado y tentativa de parricidio, *vid.*, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, «*Derecho penal. PG.*», *Teoría Jurídica del Delito*, 2.ª ed., Madrid, 1988, p. 144, MIR PUIG, *Derecho penal. PG*, cit., p. 275; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal PG*, cit., p. 262. Otro sector de la doctrina entiende que el homicidio consumado desplaza al parricidio intentado en concurso de leyes, así, CEREZO MIR, «Curso de Derecho penal español», *PG*, I, vol. 1.º cit., p. 354 (consumación del parricidio frustrado en el homicidio consumado). Sin referirse explícitamente a este supuesto, COBO-VIVES, *Derecho penal PG*, cit., p. 463, sostienen que con carácter general no cabe considerar como tentativas inidóneas del art. 52 los supuestos de error inverso, que constituirían hipótesis de delitos putativos impunes. En p. 468, nota 70, sostienen que la hipótesis del concurso de delitos sólo podrá considerarse en presencia de un doble injusto, lo que desde su concepción valorativo-objetiva, comporta que exista además del peligro para el bien jurídico que quería lesionarse, un daño para el efectivamente lesionado como consecuencia de la actuación errónea.

(72) *Vid.* «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba en homicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990. pp. 172 y ss. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, en AAVV, *Derecho penal. PE*, cit., p. 524, consideran que el hecho de producirse dos disparos determina dos hechos, y por tanto, el ejemplo manejado por el autor es un caso de concurso real. Por nuestra parte, hemos señalado en páginas precedentes que si no quiere identificarse el hecho con la mera acción natural, lo que, en dinámicas complejas (varios disparos seguidos hasta conseguir la muerte) conduciría siempre al concurso real homogéneo tanto en supuestos de realización iterativa como sucesiva del tipo, es preciso establecer una serie de reglas que normativicen la consideración unitaria del hecho. Entre ellas, la

Respecto de tipos en relación de subsidiariedad —relación de intensificación en la lesión al bien jurídico— la posible concurrencia de tipos principales intentados y subsidiarios consumados está también fuera de toda duda. Tal es el caso del homicidio o asesinato intentado o frustrado que comporta la efectiva realización de unas lesiones más o menos graves.

El referente común a todos estos supuestos consiste en que la sola aplicación del delito especial o principal en abstracto, deja siempre a descubierto, al menos desde la mera contemplación formal del tipo delictivo, bien una parte del desvalor de la acción —así la aplicación del homicidio consumado respecto al asesinato intentado y al parricidio en tentativa inidónea—, o bien parte del desvalor de resultado —en caso de aplicar el solo delito de homicidio intentado frente a las lesiones consumadas—. Porque, efectivamente, ningún parricidio intentado *requiere conceptualmente* de la causación de la efectiva muerte, y a la inversa. Del mismo modo que todo delito contra la vida en tentativa no conlleva, de suyo, la causación efectiva de unas lesiones.

No es de extrañar, por ello, que la mayor parte de la doctrina alemana aprecie, en todos estos casos, un concurso ideal de delitos, apelando a la «función de esclarecimiento» propia del concurso ideal (73). La sola calificación del hecho con arreglo al tipo básico

---

contextualidad espacio-temporal, y la unidad de motivación. A ello parecen referirse los autores mencionados cuando señalan que «es necesario que la acción efectivamente se haya interrumpido y que el sujeto se haya apercibido de ello».

(73) Tratándose de lesiones consumadas en unidad de hecho con un delito contra la vida intentado, la solución del concurso ideal puede considerarse actualmente mayoritaria en aquel país, así, SCHMITT, *Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung*, JZ 1962, pp. 391 y ss., aunque sólo en relación con las lesiones graves de los §§ 224 y 225 StGB, no con las lesiones básicas ni con las cualificadas por la peligrosidad del medio (§§ 223, 223 a StGB) —concurso de leyes—; apelando con carácter general a la función de esclarecimiento del concurso ideal en toda hipótesis de lesión consumada de la clase que fuere, SCHRÖEDER, *Anmerkung zu BGHSI 22,24*, JR, 1969, pp. 248 y ss.; ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Rdn. 23 al § 212, p. 1420; VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, en Bockelmann-FS, Munich, 1979, p. 726; ABELS, *Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991, pp. 45 y ss. A favor, sin embargo, de un concurso de leyes en estos casos, HORN, en *Systematischer Kommentar*, Rdn. 32 al § 212, justificando dicha solución en base a la atenuación sólo facultativa de la tentativa en el StGB; HIRSCH, en *Leipziger Kommentar*, Rdn. 18 a los §§ 223 y ss., con la excepción del § 225 —lesiones graves—; MAURACH/SCHRÖEDER, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Teilband I 7 Aufl., Heidelberg 1988, p. 102. Según otros autores, sólo cuando la cualificación está graduada en la misma dirección del tipo básico, cabe apreciar concurso de leyes, en el resto, concurso ideal, así, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 199; sigue también esta dirección, JAKOBS, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, 1967, pp. 132 y ss., sosteniendo el concurso ideal entre las lesiones de los §§ 224 y 225 y el homicidio intentado, no respecto de las

consumado, no aclara que en el caso concreto concurre, además, el específico contenido de injusto de la tentativa del delito cualificado, y a la inversa, la tentativa cualificada no expresa necesariamente la existencia de un delito base consumado (74). De esta forma, se señala que especialidad y subsidiariedad sólo operan cuando ambos delitos estén en el mismo estadio de desarrollo (75). Para Vogler, la apreciación del concurso ideal en estos casos no supone un conflicto con el fundamento de la prohibición de plural punición («Verbot der Doppelbestrafung»), en la medida en que, por ejemplo, el homicidio intentado, cuando se han producido lesiones, no agota el contenido de injusto del suceso en toda su extensión. Ciertamente el dolo de matar comprende en sí el de lesionar, pero la muerte intentada no incluye al tiempo el desvalor de resultado de las lesiones dolosas. Vogler admite que tal desvalor de resultado puede ser tenido en cuenta en la medida en que la rebaja de pena en la tentativa es sólo facultativa en el StGB (76). Pero precisamente ello demostraría —puesto que en todo caso no supondría infracción alguna de la prohibición de plural utilización de factores de pena según el párr. 46.2 StGB— la

---

lesiones básicas y las cualificadas por la peligrosidad del medio; *vid.*, también, del mismo autor, *Strafrecht AT*, pp. 729 y 730, pese a señalar que si el delito consumado especial comprende el básico, también su tentativa ha de comprenderlo.

(74) Así, LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 17 Aufl, comentario previo al párr. 52 Anm. v 1; VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., p. 724 y p. 727, advirtiendo que, con carácter general, la «unidad valorativa» que explica el efecto desplazante de un tipo sobre otro se ve entorpecida cuando uno de ellos está consumado y el otro sólo intentado. *Vid.*, asimismo, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, com. prev. párr. 52, n. 126, señalando que, de castigar exclusivamente por el delito consumado, el autor quedaría en mejor posición que aquél que solamente quiso realizar y realizó el tipo básico; descartando la aplicación del principio de subsidiariedad tácita, BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz*, cit., p. 400. Apelando sin embargo a la subsidiariedad tácita de cualquiera de los delitos menos graves —o el consumado o el intentado—, FROSALI, *Concorso*, cit., pp. 590 y ss. En España, COBO-VIVES, *Derecho penal PG*, cit., p. 503, señalan que en las hipótesis en que la tentativa o frustración no desistidas, con entidad suficiente para constituir también un delito independiente, habrá que estar a las reglas generales del concurso de leyes, admitiendo no obstante excepcionalmente el concurso de delitos.

(75) En este sentido, WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare*, cit., p. 230. En contra, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., p. 199, para quien la especialidad opera con independencia de que el tipo especial esté en grado de tentativa. Ello es contradictorio con la definición de la especialidad a partir del requisito de la «necesidad» conceptual de que toda conducta integrante del tipo especial resulte abarcada sin excepción por el general.

(76) Uno de los argumentos al que apelan los partidarios en Alemania de la sola aplicación del tipo cualificado intentado frente al básico consumado, radica precisamente, en que la rebaja de pena para la tentativa es *siempre facultativa* (p. 23 Abs. 2 StGB). Así, JAKOBS, *Strafrecht.AT*, p. 729. No sucede lo mismo, sin embargo, en nuestro Código penal.



necesidad del concurso de delitos, en la medida en que los fundamentos de la valoración del hecho han de explicitarse primero en la declaración de culpabilidad («Schuldspruch») y no en los fundamentos del fallo («Urteilsgründen») (77).

Sabido es, en relación con este supuesto, que la jurisprudencia del TS, puesto que parte de una relación de alternatividad entre «animus» —«animus necandi» versus «animus laedendi»—, aprecia en estos supuestos un concurso de leyes considerando al homicidio frustrado o intentado ley principal respecto de las lesiones ocasionadas (78), salvo que éstas resulten de mayor gravedad que la calificación a partir del homicidio, en cuyo caso, y por aplicación del artículo 68, se procede a calificar el hecho como constitutivo de lesiones. Desde luego, este proceder es contradictorio con las premisas de partida, a saber, que homicidio y lesiones se relacionan por el modelo de exclusividad recíproca a partir de una supuesta exclusividad de dolos. Del mismo modo que deja sin explicación la posibilidad de apreciar las lesiones consumadas cuando se produce un arrepentimiento eficaz del sujeto que impida la muerte (79).

Esta consideración alternativa de los tipos está también, probablemente, en la base de aquellas propuestas doctrinales que, admitiendo la diversa gravedad de la tentativa sin lesión alguna respecto de la que efectivamente supone lesiones, sostienen la aplicación de un concurso ideal de delitos entre tentativa de homicidio y lesiones imprudentes (80). A nuestro juicio no puede cuestionarse que el dolo de matar incluye conceptualmente el de menoscabar la integridad física como paso necesario de la muerte, de modo que, al menos en dolo eventual, se asume la posibilidad de que, caso de resultar fallido el intento, subsistan tales lesiones. En definitiva, de considerar que efectivamente el delito de homicidio intentado o frustrado no contempla la reprobación que pudiera derivarse de las lesiones ocasionadas, el concurso ideal ha de serlo de lesiones dolosas, y no imprudentes. En estos supuestos, la apelación a la eventual infracción del «non bis in idem», deviene nuevamente retórica, en la medida

---

(77) VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., p. 726. .

(78) *Vid.* STS 18 de mayo de 1981, 12 de junio de 1986; 30 de enero de 1989; 5 de junio de 1990; 5 de diciembre de 1991; 3 de febrero de 1992, entre otras.

(79) Sobre las consecuencias de un entendimiento del concurso de leyes como hipótesis de exclusión recíproca, *vid.*, en la doctrina alemana, SEIER, «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», en *Jura*, 1983, pp. 225; en España, ampliamente, PEÑARANDA, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1992, *passim*.

(80) *Vid.*, en este sentido, COBO-CARBONELL, en AAVV, *Derecho penal. PE*, cit., p. 495, siguiendo el planteamiento propuesto por FARRE TREPAT, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en *ADPCP*, 1986, pp. 257 y ss.

en que faltan dos criterios ciertos de revelación del solapamiento valorativo (81). Por un lado, falta, como hemos visto, el requisito de la necesidad, propio de la relación de especialidad. Por otro, el criterio de la intensificación del injusto del hecho aparece en entredicho, en la medida en que sólo la aplicación del tipo especial o subsidiario *consumado* comporta el mayor grado de afección, tanto desde el punto de vista del desvalor de resultado como del desvalor de la acción, pero no el mero delito intentado. Ciertamente, podría argumentarse que la causación de las efectivas lesiones, en el caso propuesto, ya es tenida en cuenta por la pena del delito intentado contra la vida en caso de producirse, y que puede verse reflejada en la rebaja en uno o dos grados de pena, cuando no tenerse en cuenta, cosa muy habitual en la jurisprudencia, como criterio no siempre explicitado para establecer la frontera imprecisa entre tentativa y frustración del delito (82). Pero, bien mirado, lo que constituiría un argumento a favor de la apreciación del concurso de leyes, puede perfectamente volverse en contra: que la sola apreciación del delito intentado no logra aprehender el total injusto del hecho. De ser así, la utilización de las lesiones como criterio para determinar y concretar el marco

---

(81) Según CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de los delitos», *ADPCP*, 1978, p. 83, la doctrina alemana, al someter a la disciplina del concurso ideal de delitos los casos de concurrencia entre tentativa cualificada y delito base consumado, está próxima a infringir el *non bis in idem*, ya que «por lo menos parte de la misma conducta delictiva se tiene en cuenta para llenar el contenido de injusto de dos tipos distintos, que se consideran realizados por el autor». La afirmación la refiere fundamentalmente al supuesto de tentativa de robo con fuerza en las cosas y hurto consumado. A juicio del autor, tales supuestos podrían acomodarse perfectamente en el ya derogado artículo 50 del C.P. No cabe duda, sin embargo, que en todo caso de concurso ideal se tiene en cuenta parte de la conducta para «llenar el contenido de injusto» de dos tipos distintos. Sólo cuando pueda demostrarse que el contenido de injusto de uno de los tipos está implícita o explícitamente contenido en otro, tiene sentido apelar al «*non bis in idem*», en la medida en que se reitera de nuevo la valoración expresada por uno de los preceptos. La sola mención a la graduación en la lesión al bien jurídico, admitido que la muerte puede considerarse un *maius* respecto a las lesiones, deviene insuficiente en caso de tentativa, donde por definición falta el resultado letal que puede absorber a la afección contra la integridad física. Ciertamente tal afección constituye el modo de realización del peligro para la vida que encierra la tentativa de homicidio, y por ello ambos delitos están emparentados desde el punto de vista de lo injusto y no sólo resultan abrazados fácticamente.

(82) En caso de lesiones que hubieran sido mortales caso de no mediar asistencia facultativa inmediata (*vid.*, en este sentido, STS 4 de junio de 1985 y 16 de junio de 1986). En otras ocasiones, sin embargo, el solo disparo fallido se ha considerado un caso de homicidio frustrado (*vid.*, en este sentido ST 6 mayo de 1968). Con amplias referencias jurisprudenciales, *vid.* DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)*, Valencia, 1994, pp. 94 y 95.

penal supondría tomar de nuevo en cuenta un elemento previsto ya por el legislador en la *conminación penal del hecho intentado*. En definitiva, creemos que la adopción, desde la perspectiva de los principios regulativos del concurso de leyes, de un *concurso ideal*, resulta inobjetable. Sin embargo, nuevamente aparecen aquí cuestiones de justicia material que necesariamente deben influir en la solución al caso concreto. No en vano, en la creciente admisión de hipótesis concursales en nuestra doctrina, ha tenido una influencia indudable la doctrina alemana, cada vez más proclive a aplicar el concurso ideal de delitos, el cual, al tiempo que permite una exhaustiva valoración del hecho «función de esclarecimiento» (83), se revela también como un instrumento apto para evitar la plural utilización de unos mismos fundamentos de pena («Verbot der Doppelverwertung») (84) en atención al principio previsto en el pár. 52 del StGB (85). El artículo 71 de nuestro Código penal no es, por contra, un instrumento lo suficientemente flexible como para adecuar, desde el punto de vista del merecimiento de pena, una respuesta sancionadora coherente con la necesidad de armonizar ambos principios cuando entran en conflicto. Y así resulta en muchas de las hipótesis examinadas, en donde la lesión corporal que representa a su vez un acto parcial de tentativa de homicidio, se traduciría penológicamente —con independencia de su gravedad— en la obligación de elevar al grado máximo el amplio marco penal previsto para la tentativa. La sentencia del TS examinada es un buen botón de muestra de cómo, en caso de haberse apreciado concurso ideal de delitos, la pena a imponer hubiera sido la indicada también para el concurso real por mor de la cláusula de salvaguardia prevista en el precitado art. 71 CP. Pugna a elementales exigencias del principio de proporcionalidad que lo que se presenta como un solo hecho en el que ambas valoraciones participan de elementos comunes de lo injusto, reciba un tratamiento idéntico a las hipótesis de concurso real. Cuando la lesión

---

(83) Un estado actual de la cuestión en ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz»*, Marburg, 1991, *passim*.

(84) Sobre el particular, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, pp. 19 y ss. y *passim*.; sobre la distinción entre el mencionado principio y el principio de prohibición de doble valoración «Verbot der Doppelbewertung», ABELS, *Die Klarstellungsfunktion*, p. 32. A mi juicio, la configuración del autor de este último principio no es sino que una mera reiteración del principio de absorción y de punición, que operan a nivel de la tipicidad y de las consecuencias jurídicas respectivamente.

(85) En rigor, se trata como es sabido del principio de combinación de marcos penales, en donde la única limitación consiste en que el límite máximo de la pena del delito menos grave se erige en límite mínimo de la pena del delito más grave. Al margen ahora de otras consecuencias de dicho principio, es obvio que sigue erigiéndose en una regla lo suficientemente flexible como para atender adecuadamente al mayor o menor «parentesco de injusto», en palabras de PUPPE, de los tipos concurrentes. Sobre ello, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, pp. 319 y ss.

no representa por tanto un desvalor cuanto menos equivalente al del homicidio intentado, la solución del concurso de leyes me parece, aunque discutible técnicamente, manifiestamente más justa.

## V

El análisis llevado a cabo ha permitido poner de manifiesto los criterios bajo los que cabe considerar la *unidad típica de la conducta*, pese a presentarse como un complejo fáctico de diversos actos parciales. Actos que, contemplados aisladamente, colman ya los requisitos de los respectivos tipos de injusto y sin embargo no merecen una consideración valorativa autónoma e independiente. Desde las coordenadas expuestas, la solución dada al caso examinado por el Tribunal Supremo es a nuestro juicio correcta. Y todo ello al margen, claro está, de que la solución a favor de la unidad delictiva no responda, como se afirma, a un pretendido «criterio de la unidad natural de la conducta como base de la unidad del delito», sino que, como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, a criterios normativos deducidos de una interpretación teleológicamente orientada de los tipos. Pero el hábito no hace al monje ni las disputas terminológicas deben trascender a lo que en realidad son. En este sentido, la expresión *unidad natural de la conducta*, o *unidad natural de acción*, podrá no ser el fiel reflejo de lo que en realidad es (86); pero en cualquier caso se legitima, como cualquier convención, por el uso habitual —y conocido en su real significación—, de los operadores jurídicos.

Concurren en el *factum*, efectivamente, todos los requisitos expuestos para que pueda apreciarse una *unidad típica*, que el propio Tribunal sintetiza de esta forma: «así, aparece reflejado el elemento subjetivo, al existir *un solo acto de voluntad* encaminado a la realización de toda la dinámica comisiva; el elemento objetivo, en cuanto que todos los actos narrados como realizados por el procesado están unidos, vinculados, temporal y espacialmente, sin que exista variedad de actos, pues la agresión y la voluntad interna del sujeto activo fue una *sin discontinuidad*, pues errado en parte el disparo, trató de conseguir su propósito homicida con el mismo arma y al verse desarmado y en la lucha que siguió al desarme con una botella, con lo que no puede estimarse en esa actividad delictiva, como se hace en la sentencia recurrida, uno de homicidio frustrado y otro de lesiones pues no existió un ánimo necandi, sino una *sola acción con ánimo de matar*.»

La segunda tentativa de homicidio puede, en efecto, contemplarse como la prosecución de la misma y única agresión. Por un lado, la

---

(86) De «Un (feo) nombre para la arriba tratada unidad de acción jurídica,» la califica JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., p. 746.

alteración en la forma de ejecución, fallido el primer disparo, no altera la significación valorativa homogénea de dicho acto parcial (87), equivalencia que no deriva de la semejanza externa de dichos actos, sino más bien de su consideración desde la perspectiva del incremento en la puesta en peligro del mismo bien jurídico (88). Que la alteración de los medios suponga a su vez una alteración del plan del autor, es, como vimos, irrelevante a los efectos de afirmar una única situación motivacional (89). Es éste el criterio decisivo y no que pueda afirmarse un solo «acto de voluntad» puesto que también el segundo acto parcial requiere de dicha voluntad.

La consistencia subjetiva de la acción se pone también de manifiesto en el hecho de que el primer intento fallido no excluye, según la representación del autor, la frustración del fin perseguido en *sus concretas circunstancias situacionales* (90). Prueba de ello es que, sin solución de continuidad, prosigue en su intento, con todos los medios posibles a su alcance —la botella—. Desde esta perspectiva, el sucesivo acto parcial no puede representar para el autor una nueva decisión contra el bien jurídico —aliud—, sino la prosecución —plus— de dicha decisión. En definitiva, que el ulterior acto enderezados a la consecución de un resultado delictivo debe ser valorado como una porción del sustrato material del delito propuesto y no, por contra, como *tentativa de otro delito distinto*. Como quiera que esta última «tentativa», en el caso concreto ha comportado a su vez unas lesiones, el punto de mira ha de desplazarse hacia los criterios que determinan la existencia o no de pluralidad delictiva, desde la perspectiva del concurso de leyes. Pero, en cualquier caso, la «unidad natural de acción» sigue desempeñando, también aquí, una función que sólo ha sido apuntada en este comentario: la de determinar la unidad de hecho caso de que se estime correcta la aplicación de un concurso de delitos; concurso que, habrá de ser, a mi juicio, ideal (91).

---

(87) *Vid., supra*, III, 1.

(88) *Vid., supra*, III, 5.

(89) *Vid., supra*, III, 5.

(90) *Vid., supra*, III, 5.

(91) *Vid., supra* V.



# Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN OCTUBRE-DICIEMBRE DE 1993 Y ENERO  
DE 1994, CON APLICACIÓN DE MATERIA PENAL

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA

Universidad Autónoma de Madrid

## I. CONSTITUCIÓN

### Artículo 20.1 y 4

*Derecho a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión.  
Límites: derecho al honor*

«No cabe olvidar que la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto requiere que se tenga en cuenta la posición prevalente —aunque no jerárquica— que respecto al consagrado en el art. 18.1 C.E. ocupan los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del art. 20.1 C.E. cuando su ejercicio tiene lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido, dado que éstos constituyen no sólo libertades individuales de cada ciudadano sino también la “garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático” (STC 240/1992, fundamento jurídico 3.º, con cita de las SSTC 104/1986, 171/1990, 172/1990, 40/1992 y 85/1992). Pues como se ha dicho por este Tribunal en anteriores resoluciones “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (SSTC 159/1986, fundamento jurídico 6.º, y 20/1990, fundamento jurídico 4.º). De lo que se sigue, como también se ha declarado por el Tribunal, que cuando su ejercicio es conforme con el ámbito que la Constitución protege, los derechos reconocidos en el art. 20.1 d) C.E. alcanzan entonces “su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información” (SSTC 107/1988, fundamento jurídico 2.º, y 240/1992, fundamento jurídico 3.º).»

«A los fines de la identificación de los derechos fundamentales en conflicto ha de admitirse —frente a lo sostenido por el hoy recurrente de amparo en su demanda— que el ejercicio del “derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante... el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, garantizado por el art. 20.1 a) C.E., correspondía al autor de la carta y no al Director del diario que autoriza su publicación. Extremo sobre el que se volverá más adelante al enjuiciar la acción de este último, aunque cabe señalar; aquí, como se ha dicho en la STC 105/1990, fundamento jurídico 4.º, que la libertad de expresión posee un campo de acción más amplio que la libertad de información, “sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relaciones con las ideas u opiniones que se expongan”.»

«A los fines de este examen, ha de recordarse que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 C.E., los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública (STC 85/1992, por todas). Pues como se ha dicho por este Tribunal, “en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública” (STC 105/1990); y en términos similares se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 23 de abril de 1992 (caso Castell), al afirmar que en un sistema democrático las acciones u omisiones de un político deben situarse bajo el control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. Sin embargo, aunque la libertad de expresión ampare ciertamente la crítica respecto al comportamiento y las manifestaciones de quien ostenta un cargo público como el de Alcalde —e incluso la crítica molesta, acerba o hiriente— quien la ejerce no puede olvidar que dicha libertad, como los demás derechos y libertades fundamentales, no es absoluta (SSTC 159/1986, 254/1988 y 219/1992, entre otras).

Por ello, hemos dicho que la crítica de la conducta de una persona con relevancia pública es separable del empleo de expresiones injuriosas que constituyen la mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. Pues en el segundo caso tales expresiones se colocan “fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión”, dado que “la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental” (STC 105/1990, fundamento jurídico 8.º). El ejercicio de la libertad de expresión, por tanto, no puede justificarse sin más el empleo de expresiones insultantes que exceden del derecho a la crítica y son, pues, claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública. Máxime cuando tales expresiones injuriosas, como aquí ocurre, no se han pronunciado en el curso de una entrevista o de una intervención oral en un debate, sino que han sido consignadas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un escrito que se destina a su publicación en un diario.»

«Con carácter previo, ha de recordarse que el recurrente alega en su demanda una vulneración de su derecho constitucional a la libertad de expresión [art. 20.1 a) C.E.]; planteamiento que no puede ser compartido, como antes se ha dicho. Con independencia de que “el deslinde de las libertades de expresión y de información



no sea nunca total o absoluto”, pues la expresión de la propia opinión puede apoyarse en mayor o menor medida en afirmaciones fácticas (STC 190/1992, fundamento jurídico 5.º), en el presente caso es evidente que no nos encontramos ante una noticia elaborada por los profesionales que trabajan en un medio de comunicación y en la que puedan ir unidos hechos y opiniones sobre los mismos. Se trata, simplemente, de una carta al Director, redactada por persona que es totalmente ajena al medio de comunicación, en la que no informa de unos hechos sino que expone su opinión sobre un asunto de relevancia pública. Y ello implica, indudablemente, que el autor de dicha carta ejerce su derecho a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones; mientras que el recurrente, al autorizar como Director en funciones del diario “Alerta” la publicación de la carta, sólo se ha limitado, sin agregar ningún juicio u opinión propia, a dar difusión a esa opinión ajena al medio, por estimar que era relevante en relación con el debate político por aquel entonces existente en Santander. Por tanto, ello sitúa al recurrente, *prima facie*, no en el ámbito del derecho a la libertad de expresión sino en el del derecho a comunicar libremente información veraz, que el art. 20.1 d) C.E. garantiza; y es este derecho el que debe ser confrontado en el presente caso con el derecho al honor de la persona a la que se refería dicha carta.

Así identificados los derechos constitucionales en conflicto, es oportuno recordar, en primer lugar, que la prevalencia del derecho a comunicar libremente información sobre el derecho al honor sólo opera cuando existe relevancia pública de lo comunicado —lo que es indudable que ocurre en el presente caso, como antes se ha dicho— y, además, se trata de información veraz. En particular, por lo que respecta al segundo de estos requisitos, se ha declarado que a los profesionales de la información incumbe el “deber de comprobación razonable de la veracidad de la información”, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia “también asume personalmente su veracidad o inveracidad” (SSTC 172/1990, 40/1992 y 219/1992, entre otras).

Sin embargo, la exigencia constitucional de veracidad de la información y el correlativo deber de diligencia de los profesionales del medio adquieren otros perfiles cuando se trata, como aquí ocurre, de una carta al Director, que el medio de comunicación se limita a difundir. Pues como ha sido puesto de relieve por este Tribunal “es evidente que los directores de los medios informativos no adquieren la misma responsabilidad por la publicación de los escritos elaborados por los profesionales que en ellos trabajan que por los contenidos de los enviados por los lectores a las secciones destinadas a recoger opiniones e informaciones en principio ajenas a la línea editorial de los medios” (STC 15/1993, fundamento jurídico 2.º). Lo que exige precisar, atendidas las circunstancias del presente caso, el alcance del deber de diligencia que incumbe al Director en funciones respecto a la carta recibida para su publicación en la Sección correspondiente del diario.

A este fin, partiendo de lo dispuesto en el art. 20.1 y 4 C.E. ha de tenerse en cuenta, de un lado, que al autorizar la publicación de una carta al Director, este último no sólo posibilita el ejercicio de la libertad de expresión del autor de ese escrito sino que ejerce, a la vez, su derecho a comunicar esa opinión que es ajena al medio. Si bien no cabe olvidar, de otro lado, que en el ejercicio de la libertad de información por parte del medio no sólo ha de salvaguardarse la delimitación constitucional de este derecho sino también el derecho que corresponde a los lectores, en el caso de la prensa, a recibir una información veraz. Lo que lleva a

estimar, en primer término, que en un supuesto como el presente el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación. Ello constituye, como es sabido, práctica habitual de los medios de comunicación, pues si esta diligencia no fuera exigible obvio es, de una parte, que no quedarían debidamente deslindados, respectivamente, el ejercicio de la libertad de expresión de una determinada persona ajena al medio, que éste posibilita al publicar la carta, y el derecho que asiste al diario de informar de esa opinión a sus lectores; y de otro lado, ello también supondría que quedase afectado el derecho de los lectores a recibir una información veraz, que el art. 20.1 d) C.E. garantiza. A lo que cabe agregar, por último, que la comprobación de la identidad de la persona que es autora del escrito permite que ésta asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito, con independencia de la responsabilidad que el Director puede asumir si, conociendo la identidad del autor, decide no revelarla (STC 15/1993). Pues en otro caso se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado.»

**(Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre. R.A. 1500/1991. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Julio Díez González Campos).**

#### **Artículo 24.1**

##### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia omisiva*

«Efectivamente, como ha repetido en numerosas ocasiones este Tribunal, el vicio de incongruencia ha de ser entendido como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones que, en el caso de la incongruencia omisiva, aquí traída a colación; tiene lugar cuando no se han decidido todos los puntos objeto del debate ni dado respuesta a una pretensión de la parte (STC 198/1990 entre otras). Naturalmente, para que la queja por incongruencia omisiva sea atendible en el plano constitucional deben comprobarse dos extremos: el efectivo planteamiento de la cuestión cuyo conocimiento y decisión se afirma eludido por el Tribunal y la ausencia de respuesta razonada por parte del órgano judicial a ese concreto motivo (STC 5/1990).

La regulación escasamente formalista del juicio de faltas obliga a las partes a articular sus pretensiones, proponer y, en su caso, practicar la prueba, y formular sus alegaciones en el acto del juicio oral. De cada juicio, ordena el art. 972 L.E.Crim., se extenderá un acta diaria, expresando clara y sucintamente lo actuado, la cual se firmará por todos los concurrentes al mismo. Dicha acta, pues, deberá recoger todas aquellas alegaciones y pruebas desarrolladas durante cada sesión, y será en ella donde las partes deberán hacer sus concretas pretensiones a fin de que sean resueltas en la Sentencia.»

**(Sentencia núm. 307/1993, de 25 de octubre. R.A. 523/1991. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1992. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Juicio de faltas. Condena «inaudita parte»*

«1. Como se resalta en la presente demanda de amparo, este Tribunal ha venido declarando, en constante y abundante jurisprudencia, que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 C.E., no se agota en un derecho de acceso al proceso y a los recursos sino que comprende también el derecho a que el órgano judicial decida conforme a lo contradictoriamente alegado por las partes, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita de la misma o por negligencia a ella imputable (SSTC 112/1987, 31/1989, 212/1992 y 74/1993, entre otras muchas).

En íntima conexión con lo anterior, este Tribunal ha señalado asimismo en reiteradas ocasiones que la exigencia de citación para comparecer en el acto del juicio oral constituye un instrumento ineludible para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el art. 24.1 C.E., toda vez que hace posible la comparecencia del destinatario en dicho acto y la defensa contradictoria de sus pretensiones (por todas, STC 39/1987). Por consiguiente, no basta con un cumplimiento meramente formal de dicha exigencia sino que, en la medida de lo posible, es preciso que el órgano judicial se cerciore de que se ha producido efectivamente la citación a juicio en debida forma (por todas, STC 242/1991), para lo cual deberá asegurarse por todos los medios a su alcance de la recepción de dicha comunicación por el afectado, sin que a tales efectos pueda contentarse con la existencia de una diligencia en la que se afirma que se ha practicado la notificación pero no se acredita si la correspondiente cédula ha sido entregada al interesado o a un tercero, ni se especifica la forma en que ha tenido lugar o el contenido de la misma, de tal manera que la fe pública judicial no abarca más allá de la certificación de que se ha producido formalmente la citación, al no dar constancia de la recepción efectiva de la misma por el citado (STC 105/1993).»

**(Sentencia núm. 318/1993, de 25 de octubre. R.A. 1028/1992. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).**

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Juicio de faltas. Condena «inaudita parte»*

«El derecho a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E. comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial, debe respetarse el principio de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte*, más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a la parte.

En efecto, en múltiples ocasiones, este Tribunal ha afirmado que el derecho a la tutela judicial efectiva supone no solamente el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses. El principio de contradicción en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación es-

tablecidos en la Ley. De modo que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia podría justificar una resolución *inaudita parte*. Por ello la citación, en la medida que hace posible la comparecencia del interesado y la defensa contradictoria, representa una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial (SSTC 109/1989, 78/1992, 74/1993, 105/1993 y 202/1993.»

**(Sentencia núm. 308/1993, de 25 de octubre. R.A. 796/1991. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).**

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada*

«Con ello, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Motril, además de infringir el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE y que explica la santidad de la cosa juzgada que impone la vinculatoriedad e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, pues, como ya declaramos en las SSTC 62/1984 y 158/1985, la efectividad de este derecho fundamental resulta incompatible con la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre una misma situación jurídica, por lo que frente a ellos ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía del amparo constitucional cuando no exista ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria que permita reparar la contradicción de las resoluciones judiciales.»

**(Sentencia núm. 367/1993, de 13 de diciembre. R.A. 761/1991. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*

«2. Este Tribunal ha señalado reiteradamente que el acceso a los recursos previstos por la Ley integra el contenido propio del derecho de tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (así, en SSTC 124/1984, 145/1986, 154/1987, 78/1988 y 201/1989, entre otras) y que, por tanto, corresponde al mismo, en el marco del recurso de amparo, juzgar si en el caso concreto de la inadmisión de un recurso judicial, se ha satisfecho por el Tribunal competente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (STC 57/1986). También, con carácter general, se ha sostenido que la decisión judicial de inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, correspondiendo la apreciación de tal relación causal al órgano judicial; pero, en aplicación razonada de la norma que, en todo caso, deberá interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 16/1988 y 96/1993).

De tal manera, que incurre en inconstitucionalidad merecedora de amparo la inadmisión que, fundamentada en una interpretación restrictiva o desfavorable, impida la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (así, SSTC 55/1986, 90/1986 y 31/1992, entre otras). En definitiva, la limitación injustificada

o arbitraria del acceso a los recursos legalmente previstos constituye una lesión del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE (SSTC 9/1992 y 169/1992, por todas).»

**(Sentencia núm. 349/1993, de 22 de noviembre. R.A. 1442/1992. «B.O.E.» de 29 de diciembre. Ponente: Fernando García-Mon y González-Requeral).**

## Artículo 24.2

### *Derecho al Juez ordinario predeterminación por la Ley*

«El contenido del indicado derecho, según la jurisprudencia de este Tribunal (STC 47/1983), exige que la Ley haya creado previamente el órgano judicial, que la norma le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la producción del hecho objeto de enjuiciamiento, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, estando, asimismo, determinada legalmente su titularidad o composición con la debida garantía de independencias e imparcialidad. La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de Jueces *ad hoc*, y la procedencia de tales criterios garantiza también que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las Leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órgano gubernativos (STC 101/1984).

De la anterior doctrina no puede desprenderse que la “predeterminación” del Juez impida que toda modificación orgánica y funcional pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad, cuando estas modificaciones se realicen por norma de rango adecuado, con criterios objetivos y de generalidad, existe una presunción de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad y, por tanto, no resulta contraria al derecho al Juez predeterminado por la Ley (ATC 381/1992).

En la STC 64/1993 analizamos la violación de este derecho y del derecho a un proceso con todas las garantías cuando era un Juez distinto el que celebraba la vista de una apelación y el que dictaba la Sentencia. En ella concluimos que era la restricción o no del conocimiento que el Juez tenía sobre las alegaciones hechas y de las pruebas practicadas lo que determinaría o no la relevancia constitucional de la queja. Dicho conocimiento se verá restringido en aquellos supuestos en que el principio de inmediación vaya unido a la naturaleza predominantemente oral de la actuación, pues, en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la intermediación judicial.»

**(Sentencia núm. 307/1993, de 25 de octubre. R.A. 523/1992. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

*Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

«Como hemos dicho en la STC 24/1981, el derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 C.E. no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en él, de modo que se otorgue por éstos tutela judicial dentro de razonables términos temporales (fundamento jurídico 2.º). De ahí la íntima conexión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., como con el conjunto de garantías con las que el art. 24.2 C.E. ha querido asegurar la corrección del ejercicio de la potestad jurisdiccional de los jueces y tribunales.

La incardinación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas dentro del conjunto de los derechos del art. 24.2 C.E. implica que se trata de un derecho ordenado al proceso, con la finalidad de garantizar que el procedimiento judicial se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales, a un “plazo razonable”, como expresa el art. 6.1 del Convenio de Roma. Esta exigencia tiene especial relieve en el ámbito penal, en el que la tardanza excesiva e irrazonable puede tener sobre el afectado unas especiales consecuencias perjudiciales, de modo que en materia penal la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros procesos, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes (SSTC 5/1985, fundamentos jurídicos 3.º y 6.º, 133/1988, fundamento jurídico 3.º).

Ese especial relieve de la dimensión temporal en el proceso penal se acentúa singularmente en los supuestos de medidas preventivas de privación de libertad, como ya ha tenido ocasión de destacar este Tribunal (SSTC 18/1993 y 8/1990). Pero, al margen de estos supuestos, la presteza en la decisión judicial para clarificar las eventuales responsabilidades penales es una exigencia constitucional también para la efectividad de la justicia y de las funciones que cumplen las sanciones penales. Hasta el punto es así que el Código Penal ha previsto plazos de prescripción que suponen la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, tanto en lo que se refiere a la prescripción del delito como a la prescripción de la pena (arts. 112 y ss. C.P.).

Esa eventualidad y el lógico deseo de evitar las consecuencias desfavorables que resultan de la imposición de una pena, producen otra singularidad en relación al concreto interés del imputado respecto al curso temporal del proceso. Si bien el imputado, en tanto que parte es titular del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, esas dilaciones pueden producirle algunas ventajas, ya sea por la eventualidad de la prescripción del delito de la pena, ya por el simple hecho de alargar en el tiempo la imposición de la eventual sanción penal, y las consecuencias desfavorables que de ello se deriven.

De ahí las dificultades que tiene el ejercicio de este derecho fundamental respecto al imputado en el Derecho penal. Si las dilaciones indebidas se denuncian y constatan durante la tramitación del procedimiento, son susceptibles de reparación a través de la adopción de las medidas oportunas para la conclusión del proceso. Cuando, como aquí ocurre, la infracción del derecho se ha declarado judicialmente en la resolución que ha puesto fin al proceso, o, en su caso, en la vía de amparo, no será susceptible de corrección y reparación la infracción mediante esa inmediata continuación y terminación del procedimiento, al haber finalizado ya irreversible-

mente el procedimiento, salvo en lo que se refiera, claro está, a la ejecución misma de la decisión judicial.

Terminado el procedimiento, la posibilidad de obtener la conclusión en tiempo razonable del proceso, que es el objeto del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, no puede ya alcanzarse. En ese caso la invocación del art. 24.2 C.E. no puede tener el propio sentido de evitar la excesiva duración del proceso, sino sólo un sentido de reparación o compensación dada la imposibilidad de obtener ya efectivamente el contenido mismo del derecho, o sea lograr sin retraso una resolución judicial y su ejecución en tiempo.»

**(Sentencia núm. 381/1993, de 20 de diciembre. R.A. 943/1992. «B.O.E.» de 27 de enero de 1994. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).**

#### *Derecho a un Juez imparcial. Medidas cautelares. Recurso de apelación*

«Conviene ante todo recordar, siquiera brevemente, la doctrina de este Tribunal acerca de la vulneración del derecho fundamental invocado en la concreta y específica vertiente en que aquí se afirma, esto es, cuando se reúnen funciones de instrucción y fallo en el mismo órgano judicial o, mejor dicho, en el titular de aquél o en un componente del mismo. Como exponente de la aludida doctrina, han de citarse las SSTC 145/1988, 11/1989, 106/1989, 98/1990, 151/1991, 180/1991, 113/1992, 136/1992 y 170/1993, entre otras. Dos ideas esenciales es preciso destacar en la anterior doctrina a los efectos que ahora nos ocupan: de un lado, que entre las garantías a las que se refiere el art. 24.2 de la Constitución ha de incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, siendo así que tal garantía aparece comprometida en aquellos supuestos en que las funciones instructora y juzgadora se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano judicial; pero, por otro, una esencial matización a la anterior idea: la referente a que “no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni, por tanto, compromete su imparcialidad objetiva, por lo que será necesario analizar caso por caso la actividad realizada para determinar si se ha producido o no vulneración del art. 24.2 de la C.E...” (STC 170/1993); teniendo en cuenta, finalmente, que “... no basta con constatar el hecho de que el Juez sentenciador hubiese realizado actos de naturaleza instructora..., sino que es preciso acreditar, siquiera sea indiciariamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el Juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios” que efectivamente comprometan su imparcialidad (STC 136/1992).»

«Constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 L.E.Crim.). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un

acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar.»

«Pero todavía resta por analizar una última cuestión en este caso para determinar si se ha vulnerado el derecho fundamental que se invoca, cual es sí, además de la función instructora, también se desempeñó por el Juez función juzgadora en la misma causa, pues no ha de olvidarse que en este supuesto el Instructor era el Ponente de la Sentencia dictada en apelación, no de la recaída en primera instancia. Dicho de otro modo, se trata de determinar si lo señalado respecto de la reunión de funciones de instrucción y fallo en la primera instancia judicial, es predicable también a aquellos supuestos en los que, como el que ahora nos ocupa, aquella acumulación de funciones se produce respecto del Juez que, siendo Instructor de la causa, posteriormente dicta Sentencia en resolución de recurso de apelación formulado contra la primera decisión judicial. Pues bien, no se advierte razón alguna que desvirtúe la aplicación de la anterior doctrina a tales casos. Y ello, tanto por la naturaleza y características del recurso de apelación en el tipo de procedimiento que nos ocupa (procedimiento penal abreviado), como por la *ratio* y finalidad a la que atiende la citada doctrina.

Así, en atención a la naturaleza del recurso, esto es, a su carácter ordinario, resulta que a través del mismo puede plantear el recurrente y analizar la Sala totalidad de las cuestiones enjuiciadas en la instancia, efectuándose, en suma, una revisión total del enjuiciamiento inicialmente realizado. De forma que ninguna limitación en orden a los motivos o las causas que sustenten la apelación, ni tampoco respecto del conocimiento de la Sala puede predicarse de tal recurso. En atención al segundo de los aspectos indicados, se ha de recordar que la razón esencial que inspira la exclusión de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras o decisorias no es otra que la de evitar en el ánimo del Juzgador prejuicios o impresiones derivados de una actividad inquisitiva o instructora que pudiera comprometer objetivamente su imparcialidad. Es evidente que tal finalidad se verá conculcada en un supuesto como el que ahora se plantea, puesto que, conforme se ha indicado ya, en el recurso de apelación contra Sentencia recaída en procedimiento penal abreviado aquella revisión total es perfectamente predicable; y, en consecuencia, el Juez que realizó funciones de instrucción, puede efectuar posteriormente una revisión del enjuiciamiento y pronunciarse de nuevo sobre la culpabilidad o inocencia del acusado y sobre la valoración de las pruebas practicadas en el proceso.»

**(Sentencia núm. 320/1993, de 8 de noviembre. R.A. 1628/1990. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).**

#### *Derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa*

«Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 24 C.E., en cuanto reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa consagra, entre otros, los principios de contradicción y de igualdad, garantizando el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989). Y en relación con el proceso penal abreviado hemos destacado que no puede clausurarse



una instrucción sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible de que tratan las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos de modo especial del de designar abogado defensor, y haberle permitido alegar una exculpación frente a la imputación, sin que ésta se pueda retrasar más allá de lo estrictamente necesario, y sin que, por ello, pueda someterse al imputado al régimen de declaraciones testificales (SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 129/1993, 152/1993 y 273/1993).»

**(Sentencia núm. 290/1993, de 4 de octubre. R.A. 2689/1992. «B.O.E.» de 9 de noviembre de 1993).**

*Derecho a un proceso con todas las garantías. Juez imparcial*

«2. Comenzando, pues, con la imparcialidad del Tribunal que dictó la inicial Sentencia condenatoria, el demandante razona que dicha imparcialidad se vio comprometida desde el momento en que la Sección Primera de la Audiencia Nacional que conoció del asunto estuvo integrada por un Magistrado que había intervenido en la instrucción del sumario mediante la ordenación y práctica de una diligencia de careo entre el recurrente y un presunto extorsionador.

Este Tribunal ha elaborado una abundante jurisprudencia sobre la imparcialidad objetiva del juzgador. Según ella, el derecho a un Juez imparcial como garantía constitucional del proceso excluye, por exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano de funciones instructoras y decisorias. Esta jurisprudencia se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado que, al estar en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio, pueden nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, y de otro, que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter instructor ni compromete su imparcialidad objetiva, por lo que será necesario analizar caso por caso la actividad realizada para determinar si se ha producido o no vulneración del artículo 24.2 CE teniendo en cuenta que no es suficiente que el Juez haya realizado actos de naturaleza instructora, sino acreditar, aunque sea indiciariamente, que la actividad instructora desplegada pudo provocar en su ánimo prejuicios (por todas, SSTC 137/1992 y 170/1993).

Pues bien, en este caso concreto se pone en duda la imparcialidad del Tribunal que juzgó al recurrente porque uno de los Magistrados intervino en la ordenación y práctica de una diligencia de careo entre el recurrente y otra persona. El motivo, que el demandante erróneamente encuadra dentro de la denegación de tutela judicial (art. 24.1 CE) y no entre las garantías del proceso (SSTC 164/1988 y 106/1989), carece de fundamento. El Magistrado al que se imputa ausencia de imparcialidad objetiva no realizó actividades de investigación directa de los hechos, es decir, como resulta de las circunstancias del presente caso, no ejerció aquella función en parte inquisitiva y en parte acusatoria a la que nos referimos en las STC 151/1991, sino que se limitó, en virtud de una sustitución reglamentaria del titular del Juzgado Central de Instrucción, a citar a las partes para una diligencia de careo y a presidir la misma poniendo de manifiesto las contradicciones entre los careados. A continuación no tuvo más contacto con la instrucción de la causa hasta el momento del juicio. Dicha actividad, en consecuencia, no requirió una valoración inicial de los hechos, ni se tradujo en la adopción de medidas cautelares o en el interrogatorio

activo de la parte por el Juez. No consistió, en suma, en actividad instructora susceptible de producir prejuicios o impresiones, en contra del recurrente, que hubieran podido comprometer su imparcialidad. En definitiva, debe destacarse la infracción constitucional pretendida.»

**(Sentencia núm. 372/1993, de 13 de diciembre. R.A. 929/1992. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: Luis López Guerra).**

*Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial*

**(Ver Sentencia núm. 384/1993, de 21 de diciembre, sobre Recusación.— Art. 54.12 L.E.Cr.).**

*Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«También ha afirmado reiteradamente este Tribunal que el derecho fundamental del artículo 24.2 CE no faculta para exigir la admisión judicial de cualesquiera pruebas que las partes puedan proponer, sino únicamente la recepción y práctica de las que sean pertinentes para la defensa y que la apreciación de dicha pertinencia corresponde a los Tribunales ordinarios (STC 40/1986, entre otras muchas). Por ello, sólo podría tener relevancia constitucional, por causar indefensión, la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en tiempo y forma oportunos, no resultase razonable, y privase al solicitante de un medio de defensa necesario para probar hechos decisivos para su pretensión (STC 211/1991, fundamento jurídico 2.º, y ATC 442/1985).

**(Sentencia núm. 351/1993, de 29 de noviembre. R.A. 2257/1989. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo).**

*Presunción de inocencia. Imprudencia*

«3. El segundo argumento de la demanda de amparo se apoya en la vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este Tribunal ha venido declarando desde la STC 31/1981, que tal presunción sólo puede quedar desvirtuada si existe actividad probatoria de cargo que permita al juzgador valorarla en conciencia, de acuerdo con el principio de la libre valoración recogido en el artículo 741 LECr.

Por otra parte, dicha presunción no se refiere a la calificación jurídica de los hechos, sino a su prueba. Puede, por tanto, el Juez calificar si los ya probados son constitutivos de negligencia o imprudencia, con sus consecuencias en una infracción culposa como es el caso de la presente (STC 41/1986). De aquí que no derive de la presunción constitucional de inocencia el carácter fortuito, no negligente de los hechos. Por tanto, si han sido probados, la decisión sobre si el comportamiento fue imprudente o si debe apreciarse concurrencia de culpas es materia atribuida a la valoración judicial (STC 92/1987).»

**(Sentencia núm. 283/1993, de 27 de septiembre. R.A. 109/1991. «B.O.E.» de 26 de octubre de 1993. Ponente: José Gabaldón López).**

*Presunción de inocencia. Prueba anticipada*

«En cuanto a la primera de las vulneraciones denunciadas, la relativa a la presunción de inocencia, es doctrina consagrada por este Tribunal que si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 80/1988, 201/1989, 217/1989, 161/1990 y 80/1991).»

**(Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre. R.A. 1500/1991. «B.O.E.» de 10 de noviembre de 1993. Ponente: Julio Diego González Campos).**

*Presunción de inocencia. Valoración de la prueba por el Tribunal de apelación.*

«Este Tribunal ha señalado reiteradamente que la valoración del material probatorio aportado al proceso es facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (SSTC 88/1986, 98/1989 y 98/1990, por todas), sin que quepa hablarse de falta de tutela judicial efectiva cuando el procedimiento probatorio que llevó al Juzgador a la convicción de culpabilidad del hoy recurrente tuvo lugar en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolló ante el Tribunal que dictó Sentencia. De otra parte, cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, o cuando por uno u otros motivos los testigos que han depuesto durante las diligencias de instrucción no pueden comparecer en el acto de la vista, si tales declaraciones figuran en autos verídicas con las debidas garantías es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en tanto que prueba documentada, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 de la L.E.Crim., esto es, solicitando la lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (SSTC 62/1985, 25/1988, 201/1989, 51/1990, 154/1990 y 41/1991).»

«Conviene recordar aquí y ahora que este Tribunal ya ha señalado en distintas ocasiones que el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987 y 194/1990, entre otras). Si con los mismos elementos probatorios que llevan a un órgano judicial a dictar un fallo determinado, otro Tribunal, el de apelación, llega a un resultado contrario, no por ello puede afirmarse que se haya producido violación alguna de los derechos que enuncia el art. 24 de la Constitución, siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean las que le proporcionen fundamento para su convicción. Nos encontramos con una discrepancia en la valoración de la prueba efectuada por dos órganos judiciales con plena competencia sobre la instancia, e igualmente libres para valorarla

con arreglo a la sana crítica; y no es dudoso que entre ambas valoraciones ha de prevalecer la del Tribunal de apelación (STC 124/1983). El recurso trae así a la consideración de este Tribunal Constitucional un problema de valoración de la prueba, en términos que son manifiestamente insostenibles a la luz de la jurisprudencia recaída sobre el tema (a partir de las SSTC 29/1981 y 31/1981) sin que el mismo pueda ni deba actuar como una tercera instancia (SSTC 174/1985, 160/1988 y 138/1992, por todas), ponderando las pruebas y alterando los hechos probados, al impedírsele el art. 44.1 b) de la LOTC, por pertenecer al ámbito de la jurisdicción ordinaria.»

**(Sentencia núm. 323/1993, de 8 de noviembre. R.A. 654/1991. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).**

*Presunción de inocencia. Prueba documental preconstituida. Diligencias policiales. Prueba testifical de referencia*

«Es doctrina reiterada de este Tribunal sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción, en primer lugar, ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 31/1981, 107/1983, 124/1983 y 17/1984) y, en segundo lugar, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no sólo, de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal, que en él tuvo el acusado (SSTC 141/1986, 150/1989, 134/1991 y 76/1993); finalmente, tal actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 50/1986 y 150/1987), y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad contradicción, intermediación y publicidad (SSTC 31/1981, 217/1989, 41/1991 y 118/1991).

Ahora bien, de esta última doctrina general hay que exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una Sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 L.E.Crim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado —cfr. arts. 448.1.º y 333.1.º—) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730).

De lo dicho no se desprende, sin embargo, la conclusión de que la policía judicial no esté autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba.

Es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 L.E.Crim. y contra la doctrina de este Tribunal, los atestados de la policía judicial tienen el genérico valor de “denuncia”, por lo que, en sí mismos, no se erigen en medio, sino, en objeto de prueba. Por esta razón los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es, la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo interrogatorio policial plasmado en el atestado (SSTC 47/1986, 80/1986, 161/1990 y 80/1991).

A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el art. 126 de la Constitución es la “averiguación del delito y descubrimiento del delincuente”, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría.

Ahora bien, junto a esta facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito (arts. 282 y 292 L.E.Crim., y 4 y 28 del R.D. 769/1987 sobre regulación de la Policía judicial), así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. En concreto, y en lo que a tales actos de constancia se refiere, este Tribunal ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992, ATC 636/1987).

Pero que la Policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la Policía judicial actúa en tales diligencias “a prevención” de la Autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 C.E.) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una Sentencia de condena.»

«Es doctrina de este Tribunal la de que “la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal puedan tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia” (STC 217/1989, fundamento jurídico 5.º).

En efecto, el art. 710 de la L.E.Crim. permite al Tribunal admitir la declaración testifical en el juicio oral del testigo indirecto por lo que corresponde al principio de libre valoración de la prueba el juicio que el Tribunal de lo penal ha de formarse acerca de la credibilidad del testimonio prestado por el testigo “de oídas” o de referencia, valoración en conciencia que concierne exclusivamente al Tribunal de instancia y sobre el cual nada le corresponde decir a este Tribunal.

Pero que la prueba testifical indirecta sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 L.E.Crim.) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

A este respecto también tiene declarado este Tribunal que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Así, en la STC 217/1989 dijimos que “cuando existan testigos presenciales el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de policía tengan la fundada

sospecha de que los testigos presenciales puedan ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el art. 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumarial anticipada” (fundamento jurídico 5.º).

La anterior doctrina la ha venido a corroborar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

De este modo, y a fin de potenciar los principios de contradicción, oralidad e intermediación como garantías inherentes al derecho al proceso justo o “debido”, tiene el T.E.D.H. declarado, como principio general procesal penal, que los medios de prueba deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio (STEDH Barberá, Messequé y Jabardo c. España, 6 diciembre 1988, A. núm. 146, p. 78).

Más concretamente y en lo que se refiere a la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, el Tribunal Europeo ha declarado dicha práctica como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de su derecho a formarse un juicio sobre la veracidad o de credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3 d) del C.E.D.H. que consagra el derecho que al acusado asiste a interrogar a los testigos de cargo, de cuyo término resulta “la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor” (STEDH, DELTA c. Francia, 19 diciembre 1990, A. núm. 191, p. 36; ISGRO c. Italia, 19 febrero 1991, A. núm. 194-A, p. 34; ASCH c. Austria, 26 abril 1991, A. núm. 203, p. 27; en particular sobre la prohibición de declaración de testigos “anónimos”, *vide*: WINDISCH c. Austria, 27 septiembre 1990, A. núm. 166, p. 26; KOSTOVSKI c. Holanda, 20 noviembre 1989, A. núm. 166, p. 41 y LÜDI c. Suiza, 15 junio 1992, A. núm. 238, p. 47).

Esta reciente doctrina del Tribunal Europeo no sólo resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la C.E., sino que desde siempre se ha encontrado recogida en el art. 297.2.º L.E.Crim. en todo lo referente a la valoración del testimonio indirecto de los funcionarios de la policía judicial, cuya validez precisamente viene a negar. En efecto dispone este precepto que “las demás declaraciones (de los funcionarios de la policía judicial) tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a *hechos de conocimiento propio*” (una disposición similar se encuentra también en el art. 37 de la LO 1/1992 referente al procedimiento administrativo sancionador).

Por consiguiente, y con independencia de la aportación por la policía judicial de otras pruebas al juicio oral, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no permite valorar como prueba testifical la declaración, de cualquier miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino única y exclusivamente la de aquel funcionario de la Policía judicial que intervino personalmente en las diligencias del atestado, presencié la perpetración del hecho punible o efectuó la recogida del cuerpo del delito o la detención de su autor.»

(Sentencia núm. 303/1993, de 25 de octubre. R.A. 1669/1989. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

*Presunción de inocencia. Responsabilidad civil*

2. Respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la queja del recurrente carece de fundamento constitucional. Este derecho fundamental actúa siempre que deba adoptarse una resolución, judicial o administrativa, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos (SSTC 13/1982 y 36/1985), y por ello no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil (art. 1.089 CC).

**(Sentencia núm. 367/1993, de 13 de diciembre. R.A. 761/1991. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

*Presunción de inocencia. Prueba de indicios*

«Según ha declarado este Tribunal en diferentes ocasiones, a ese derecho no se opone la utilización de la llamada prueba indiciaria como fundamento del fallo condenatorio, siempre y cuando se trate de verdaderos indicios probados, y no de simples suposiciones o conjeturas, y se explicita el razonamiento lógico por el que, a partir de ellos, el órgano judicial ha alcanzado su convicción acerca de la culpabilidad del acusado (SSTC 174/1985 y 175/1985, 229/1988, 107/1989 y 111/1990, entre otras muchas).»

**(Sentencia núm. 384/1993, de 21 de diciembre. R.A. 1418/1991. «B.O.E.» de 27 de enero de 1994. Ponente: Pedro Cruz Villalón).**

**Artículo 25.1***Principio de legalidad*

Comprende así el derecho a la legalidad penal una doble garantía: de carácter formal, que da lugar a la exigencia de una Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado y que, en el ámbito penal como el que ahora se trata, ha de ser entendida como reserva de Ley, e, incluso, cuando se trata de la imposición de penas privativas de libertad, de Ley Orgánica; se refiere la otra a la necesaria pre-determinación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción de las mismas. En definitiva, se trata con ello de la clásica exigencia de que exista una *Ley lex scripta*, que sea anterior al hecho punible *lex previa* y que la Ley describa un supuesto de hecho determinado *lex certa*.

Las anteriores exigencias no impiden la utilización legislativa ni la aplicación judicial de Leyes penales en las que no se encuentre prevista agotadoramente la conducta penada o su consecuencia jurídico-penal, por lo que requieren que se acuda, para su integración, a una norma distinta; siempre, hemos manifestado, que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido,

y que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, con la concreción suficiente para que la conducta calificada de delictiva se vea precisada suficientemente con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite (STC 127/1990).

**(Sentencia núm. 372/1993, de 13 de diciembre. R.A. 929/1992. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: Luis López Guerra).**

### **Artículos 53.2 y 161.b)**

#### *Recurso de amparo. Derecho comunitario*

El recurso de amparo se encuentra configurado por los artículos 53.2 y 161.b) CE y 41 LOTC como un remedio procesal para recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y del derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30.2 CE. Por consiguiente, sólo en estos preceptos los que pueden servir para confrontar la conformidad con la Constitución de las actuaciones de los poderes públicos y no el Derecho comunitario, pues como se ha declarado reiteradamente por este Tribunal, las normas de este ordenamiento no constituyen canon autónomo de constitucionalidad (SSTC 252/1988, 132/1989, 28/1991, 64/1991 y 111/1993, entre otras). Y en particular respecto del recurso de amparo se ha dicho que los motivos de este recurso han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales «con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho Comunitario» (STC 64/1991, fundamento jurídico 4.º). Este ordenamiento, en efecto, tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional, por lo que tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma interna al Derecho comunitario, esta labor corresponde a los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y ello excluye, asimismo, que este Tribunal Constitucional dirija una solicitud de interpretación con base en el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tribunal de Luxemburgo, pues este precepto, «únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo» (STC 28/1991), lo que no es el caso de los procesos ante este Tribunal Constitucional.

**(Sentencia núm. 372/1993, de 13 de diciembre. R.A. 929/1992. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: Luis López Guerra).**

## II. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### **Artículo 44.2**

#### *Recurso de amparo: plazo*

«De manera constante y reiterada tiene declarado este Tribunal que el cumplimiento del plazo previsto en el art. 44.2 de la LOTC no constituye una exigencia



formal sin justificación, sino que representa una garantía esencial de seguridad jurídica que actúa como plazo de caducidad, improrrogable y de imposible suspensión. no susceptible de ser ampliado artificialmente por el arbitrio de las partes, mediante el ejercicio abusivo e indebido de todos los remedios procesales imaginables en la vía judicial previa, los cuales sólo deben utilizarse cuando resulten razonablemente exigibles por ser los procedentes con arreglo a las normas procesales, debiendo estimarse excluidos aquellos otros no previstos por las Leyes o manifiestamente improcedentes en el concreto proceso de que se trate. En virtud de ello, la fecha que inicia el cómputo del referido plazo es aquella en que se notifica la resolución que pone fin a la vía judicial, sin que puedan tomarse en consideración los recursos notoriamente inexistentes o inviábiles que se interpongan con posterioridad a dicha fecha (SSTC 129/1988, 188/1990, 199/1993, AATC 816/1986, 928/1986, 1121/1988).

Pues bien, por manifiestamente improcedente ha de ser tenido, como sucede en el supuesto que nos ocupa, un recurso de nulidad de actuaciones interpuesto frente a una Sentencia definitiva con posterioridad a la publicación de la STC 185/1990 («B.O.E.» de 3 de diciembre), en la que se declaró la constitucionalidad del art. 240 de la LOPJ y en la que quedó definitivamente despejado que una petición de esa naturaleza, tras haber recaído Sentencia definitiva, era manifiestamente improcedente (STC 156/1992).»

**(Sentencia núm. 338/1993, de 15 de noviembre. R.A. 687/1992. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Luis López Guerra).**

#### **Artículo 44.1.a) y c)**

*Recurso de amparo: agotamiento de las vías judiciales previas e invocación del derecho constitucional vulnerado*

«Como tantas veces ha expuesto este Tribunal, 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 al procedimiento judicial ordinario. Por ello, no es posible acudir directamente a este Tribunal, mediante un recurso en esta vía contra acciones u omisiones de un órgano judicial, sin haber dado previamente oportunidad al órgano al que se imputa la supuesta lesión (o al superior, mediante el oportuno recurso judicial) de subsanar la vulneración del derecho (SSTC 56/1982, 106/1984, 138/1985, 75/1988, 144/1990 y 143/1993, entre otras muchas).

Esta finalidad orienta la interpretación que debe hacerse del art. 44.1 c) de la LOTC y el contenido mínimo de que debe dotarse a la invocación, para que el requisito procesal puede considerarse cumplido. La naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que resulta de lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución y que se recoge en el art. 44.1 de nuestra Ley Orgánica, se refleja en la exigencia de que, para acceder a la vía de amparo, se hayan agotado las vías judiciales previas [arts. 43.1 y 44.1 a) LOTC] y que se haya invocado previamente en el proceso, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello el derecho constitucional que se considera vulnerado [art. 44.1 c) LOTC].

Y aunque es cierto que este Tribunal ha declarado que tales requisitos han de ser interpretados de manera flexible y finalista, exige siempre que, para ser cumplido, al Juez o Tribunal se le haya dado la oportunidad de reparar la lesión cometida y de restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho constitucional vulnerado (SSTC 75/1988 y 155/1988). Es claro que en el presente caso al no alegar el recurrente en su recurso de apelación la cuestión relativa a la vulneración de algunos de los derechos contenidos en el art. 24 de la C.E., impidió que el órgano judicial competente —en este caso la Audiencia Provincial de Valencia— pudiera pronunciarse al respecto y adoptar los remedios pertinentes.»

**(Sentencia núm. 287/1993, de 4 de octubre. R.A. 28/1991. «B.O.E.» de 9 de noviembre de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).**

### III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

#### Artículo 54.12

##### *Recusación*

«Como ya dijimos en nuestra STC 138/1991 (fundamento jurídico 2.º), si bien es cierto que, en nuestro Derecho, la recusación no constituye un recurso en su acepción procesal estricta, no es menos cierto que es un remedio arbitrado por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad, teniendo precisamente por finalidad la causa prevenida a tales efectos en el art. 54.12 de la L.E.Crim. la de evitar la concentración en un mismo Juez de las funciones instructora y decisoria. La recusación, como también declarábamos en la precitada Sentencia, debe proponerse “tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en la que se funde”, tal y como dispone el art. 223.1 LOPJ. En relación con este último extremo también hemos señalado reiteradamente que los Tribunales tienen el deber de poner en conocimiento de las partes la composición de la Sección o Sala que va a Juzgar el litigio o causa, pues ello hace posible, entre otras cosas, que aquéllas puedan ejercer su derecho a recusar en tiempo y forma a los Jueces y Magistrados que pudieran incurrir en causa para ello, “derecho de recusación cuyo ejercicio diligente es, a su vez, presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como una vez conocida la vulneración, hubiere lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial” (STC 180/1991, fundamento jurídico 6.º).

Lo dicho se entiende sin perjuicio de que hayan de declararse no concurrentes las causas de inadmisión anteriormente enunciadas cuando la parte no ha podido instar en su debido momento el oportuno incidente de recusación por habérselo impedido la omisión de notificación por el órgano judicial de la composición de la Sala, ya que difícilmente cabe exigir formulación de queja o recurso alguno contra una resolución que se desconoce (STC 230/1992, fundamento jurídico 3.º); a no ser

que tal desconocimiento sea fruto no tanto de dicha omisión como de su propia falta de diligencia (STC 119/1993, fundamento jurídico 4.º).»

**(Sentencia núm. 384/1993, de 21 de diciembre. R.A. 1418/1991. «B.O.E.» de 27 de enero de 1994. Ponente: Pedro Cruz Villalón).**

### **Artículos 141, 216 y 217**

#### *Recursos contra resoluciones judiciales. Providencias. Autos*

Al margen del defecto meramente formal, resta por examinar el tema referente a si esa forma de providencia impedía la interposición del recurso de reforma que el Juzgado inadmitió como improcedente en el Auto de 13 de febrero de 1992. Fundamenta el Juzgado la inadmisión de la reforma en los términos literales del artículo 217 de la LECr., que dice textualmente: «El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los Autos del Juez instructor...», entendiendo que al referirse el precepto concretamente a los Autos, no comprende las providencias, como la que fue objeto de recurso en este supuesto. Con ello, se está efectuando una interpretación y aplicación de la legalidad contraria al artículo 24.1 CE y que, desde luego, resulta contraria al derecho de acceso a los recursos que tal precepto constitucional protege, porque con ello bastaría con adoptar dicha forma de providencia y no de Auto para que contra tal resolución judicial no procediese la interposición de recurso alguno (fuera de los casos tasados en que la Ley prevea expresamente la apelación, que no es el presente). Olvida por el contrario el órgano judicial que una exégesis conjunta de los artículos 141, 216 y 217 de la LECr., permite entender comprendidas las providencias dentro de las resoluciones del instructor susceptibles de recurso, en el sentido indicado por el mencionado artículo 216: «Contra las resoluciones del Juez instructor podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja.» A esa misma conclusión se llega finalmente examinando el artículo 141 de la LECr., antes citado, que dispone que se denominarán Autos las resoluciones judiciales que, entre otros supuestos, «... decidan la reposición de alguna providencia» y como quiera que el término «reposición» es equivalente a reforma, se deduce que es procedente la reposición o reforma de las providencias.

**(Sentencia núm. 349/1993, de 22 de noviembre. R.A. 1442/1992. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).**

### **Artículo 218**

#### *Recurso de queja*

La queja resultaba procedente, conforme al artículo 218 de la LECr., bien porque se considerase en el sentido anteriormente indicado, que se interponía contra un «Auto no apelable del Juez», esto es, contra la providencia (que era en realidad Auto) de 20 de enero de 1992, o bien porque se entendiese formulada contra el Auto de 13 de febrero de 1992, que denegó la admisión del recurso de apelación,

ya que ambos supuestos se encuentran expresamente previstos en el mencionado artículo 218 LECr. Siendo, por tanto, el recurso de queja admisible, la Sala debió pronunciarse en cuanto al mismo, sin volver a reiterar idéntico razonamiento que el ofrecido por el Juzgado, es decir, la improcedencia del recurso de reforma frente a una providencia en virtud del tenor literal del artículo 217 LECr. que, conforme se ha expuesto, resulta contrario las exigencias derivadas del artículo 24.1 CE.

**(Sentencia núm. 349/1993, de 22 de noviembre. R.A. 1442/1992. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).**

### Artículos 297 y 369

#### *Prueba de identificación en rueda*

«Ya en nuestra STC 80/1986 se estableció que la prueba de identificación realizada por la policía al margen de lo establecido en el art. 369 de la L.E.Crim., que estaba obligada a observar conforme a lo dispuesto en el art. 297 de la misma Ley, constituye incumplimiento de garantías legales que privan a esa prueba de valor frente a la presunción de inocencia. Y así lo hizo la juzgadora de Instancia.»

**(Sentencia núm. 323/1993, de 8 de noviembre. R.A. 654/1991. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).**

### Artículo 741

#### *Valoración de la prueba*

**(Ver Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre, sobre *Presunción de inocencia*.—Art. 24.2 C.E.).**

### Artículo 789.4

#### *Procedimiento abreviado. Derecho de defensa*

«2. Es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990) la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: *a)* en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimidad pasiva en el proceso penal (art. 299 LECr.), para lo cual ha de regir también en este proceso una corrección exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; *b)* en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha

de realizarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento), al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la "primera comparancia" prevista en el artículo 789.4 LECr., y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, puede fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1 y 2 LECr.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECr.) se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al artículo 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la "prueba prohibida" (art. 11.1 LOPJ).

La fase instructora exige como ineludible presupuesto la existencia de una *notitia criminis* que en ella ha de ser investigada (arts. 299 y 300 LECr.), sin que pueda el Juez de Instrucción, mediante el retraso de la puesta de conocimiento de la imputación, eludir que el sujeto pasivo asuma el *status* de parte procesal tan pronto como exista dicha imputación en la instrucción, efectuando una investigación sumarial a sus espaldas, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligación del Juez de garantizar los fines de la instrucción mediante la adopción, en los casos que los legitiman, del secreto sumarial o de la incomunicación del procesado (SSTC 128/1993, 129/1993 y 152/1993).

Todo ello no es más que consecuencia de que, entre las garantías que incluye el artículo 24 de la CE para todo proceso penal, destacan, por ser consustanciales al mismo, los principios de contradicción y de igualdad de armas procesales. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 76/1982, 188/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989), el artículo 24 de la CE, en cuanto reconoce los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundamento, un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989).»

**(Sentencia núm. 273/1993, de 20 de septiembre. R.A. 694/1991. «B.O.E.» de 26 de octubre de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).**

**Artículo 789.5.1.º***Diligencias previas: archivo*

«2. Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la decisión judicial de archivar unas diligencias previas, por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, no es en sí misma lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que éste no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, STC 203/1989, fundamento jurídico 3.º).

El modo en que deba interpretarse o aplicarse la legalidad ordinaria constituye una cuestión que no corresponde revisar, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional siempre que ello no incida en el contenido esencial de un derecho fundamental distinto del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho o, más en general, el derecho a la tutela judicial efectiva; pues, de otra manera, quedaría convertido en una instancia casacional destinada a velar por la corrección interna de la interpretación que los Jueces hagan de la legalidad ordinaria (por todas, SSTC 24/1990, fundamento jurídico 4.º, y 146/1990, fundamento jurídico 2.º). De acuerdo con ello, no vulnera, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva una resolución de archivo de unas diligencias previas en virtud del artículo 789.5.1.º LECr. cuando los órganos judiciales entienden que los hechos imputados, al venir justificados por una causa de exclusión de la antijuridicidad, no son constitutivos de infracción penal. «La incorrecta apreciación de la exigente de cumplimiento de un deber por parte de los órganos judiciales de instancia y de apelación únicamente podría ser revisada en esta vía de amparo constitucional si se violan las garantías constitucionales, entre las que se encuentra el agotamiento de los medios de investigación (SSTC 46/1982, fundamento jurídico 3.º, y 40/1988, fundamento jurídico 3.º) entendido no como un derecho a practicar todas las diligencias probatorias que la parte solicite, sino, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, solamente aquellas que el Juez estime pertinentes.»

**(Sentencia núm. 351/1993, de 29 de noviembre. R.A. 2257/1989. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo).**

**Artículo 789.5.4.º***Procedimiento abreviado. Incoación. Notificación*

«De lo expuesto se deriva que en el presente caso la conclusión de las diligencias previas y la consecuente incoación del procedimiento abreviado se realizó mediante una providencia y no mediante un Auto motivado, sin que conste además su notificación al recurrente en amparo.

Como hemos dicho en la STC 186/1990, “cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza

una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos”, por lo que dicha resolución habrá de notificarse a los que sean parte en el procedimiento “no sólo a las partes formales, sino también al propio imputado en tanto que parte material (es decir, esté o no ‘personado’ en las actuaciones)” (fundamento jurídico 8.º).

En el presente caso, al no constar la notificación de esa resolución se ha cometido una grave infracción procesal, pero ello no basta para la estimación del amparo. Como hemos dicho en la STC 126/1991, la estimación de un recurso de amparo por la existencia de irregularidades procedimentales “no resulta simplemente de la apreciación de la eventual vulneración del derecho por la existencia de un defecto procesal más o menos grave, sino que es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real (fundamento jurídico 5.º)”. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal sino que es necesario que de esa infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1987, fundamento jurídico 3.º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo.»

**(Sentencia núm. 290/1993, de 4 de octubre. R.A. 2689/1992. «B.O.E.» de 9 de noviembre de 1994).**

#### **Artículo 795.6**

##### *Recurso de apelación contra sentencia. Vista*

«Así se produjo una actuación incoherente, una irregularidad formal, al omitir una vista acordada pero no señalada. No basta, sin embargo, con ello para estimar la demanda de amparo ya que, como ha puesto de relieve el propio Ministerio Público, este tipo de infracciones debe contemplarse dentro de la doctrina de este Tribunal según la cual no toda vulneración o infracción de normas procesales produce indefensión en sentido constitucional, pues ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio. La indefensión, en su manifestación constitucional es una situación por la que una parte resulta impedida como consecuencia de la infracción procesal del ejercicio del derecho de defensa, al privarla de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (así, SSTC 145/1990, 106/1993, entre otras).

En definitiva, no resulta suficiente para que pueda apreciarse una indefensión con relevancia constitucional con que haya tenido lugar una vulneración meramente formal de las normas que rigen el proceso pues no coincide necesariamente aquélla con su concepto meramente jurídico-procesal (STC 98/1987). Para que tenga alcance constitucional es necesario que se produzca el efecto material de indefensión, y en este caso si la privación al ahora actor de la diligencia de vista en la segunda instancia procesal, le llegó a producir efectivo y real menoscabo en su derecho de

defensa con el consiguiente perjuicio real para sus intereses (SSTC 149/1987, 155/1988 y 145/1990).

3. Mas, en contra de lo que alega, no puede este caso estimarse que tuviera lugar aquel efecto de indefensión material.

En efecto, la lectura de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de diciembre de 1993, que se impugna en amparo, demuestra que el recurrente formuló en su escrito de interposición del recurso de apelación (como exige el art. 795.2.º L.E.Crim.) extensas alegaciones para impugnar los fundamentos de la Sentencia condenatoria dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid, el 11 de abril de 1990. La Sala de apelación examinó pormenorizadamente todos y cada uno de los motivos impugnatorios y procedió razonadamente a su desestimación. Por otra parte, había considerado previamente impertinentes las diligencias de prueba propuestas en el recurso, las cuales ya habían sido renunciadas en la instancia y sin que ahora se impugnase la decisión de denegarlas, por lo cual, de haberse celebrado la vista, en ésta no se hubiera practicado prueba alguna.

Nada se indica en la demanda ni tampoco en las alegaciones subsiguientes del actor, acerca de los concretos argumentos o cuestiones que la parte ahora recurrente en amparo quedó privada de someter al conocimiento de la Sala llamada a enjuiciar su recurso de apelación. Ni tampoco indica si la falta de celebración de la vista le impidió contradecir los utilizados por la acusación en favor de la confirmación de la Sentencia apelada, no constando que la acusación llegara a formular alegaciones de esa naturaleza en la fase de apelación. De esta suerte, no se demuestra que la omisión de la vista acordada privase, atendidas las circunstancias del caso, al apelante de otra cosa que del derecho a su práctica (que es, en definitiva, lo que alega como vulneración constitucional), pero no al de argumentos o alegaciones decisivos que hubiera omitido en el escrito precedente. Cabe por tanto aplicar la doctrina que este Tribunal ha formulado en relación con la trascendencia de las pruebas para valorar la decisión de denegarlas en relación con el derecho a la prueba. Si aquí no se ha demostrado que la celebración de la vista hubiera podido determinar un fallo distinto o al menos de qué argumentos decisivos al efecto se privó al apelante, no hay posibilidad de apreciar que existiese menoscabo efectivo del derecho constitucional cuya vulneración se alega.

No es posible, pues, estimar que el demandante de amparo como consecuencia de la falta de celebración de la vista quedase materialmente indefenso, y, en consecuencia, procede la desestimación de este recurso.»

**(Sentencia núm. 366/1993, de 13 de diciembre. R.A. 443/1991. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: José Gabaldón).**

## Artículo 969

### *Juicio de faltas: responsabilidad civil*

«En el presente caso, la Sentencia en la segunda instancia procede a reasignar las indemnizaciones atribuidas en la primera, a la luz de las conclusiones a que llega al revisar la Sentencia apelada, y si bien introduce alguna indemnización adicional, no reclamada expresamente (al dueño del camión que resultó dañado por el



del hoy recurrente), ello no implica indefensión. Como señalamos en nuestra STC 125/1993, ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, la naturaleza del proceso, concretamente un juicio de faltas por motivo de un accidente de circulación, en el que normalmente los conductores de los vehículos implicados comparecen como imputados. Por consiguiente, si aquella indemnización no se solicitó expresamente, era razonablemente previsible que pudiese venir obligado al abono de la misma el recurrente, como conductor del vehículo que causó la colisión, habiendo podido utilizar los medios oportunos para defenderse. La reasignación de las indemnizaciones acordadas no puede, pues, considerarse, por lo expuesto, causante de indefensión, ni de reforma peyorativa en detrimento de los derechos de los hoy recurrentes.»

**(Sentencia núm. 358/1993, de 29 de noviembre. R.A. 664/1992. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Luis López Guerra).**

### Artículo 969

#### *Juicio de faltas: principio acusatorio*

«La resolución de la cuestión de fondo —violación del principio acusatorio en un juicio de faltas por accidente de tráfico— requiere recordar la constante doctrina que sobre la materia tiene declarada este Tribunal (y resumida, en lo que aquí importa, en la Sentencia de esta Sala STC 11/1992, en su fundamento jurídico 3.º) y que, en síntesis, se apoya en las siguientes líneas directrices: *a)* Los derechos de tutela judicial sin resultado de indefensión a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24 de la Constitución conducen, en su consideración conjunta, a establecer que este precepto constitucional consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, incluido el juicio de faltas, conforme al cual nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991, entre otras); *b)* La pretensión punitiva o acusación debe constar exteriorizada, sin que sea admisible la acusación tácita, y *c)* Debe también distinguirse entre proceso por delito, en el que el principio acusatorio actúa más enérgicamente, imponiendo formas predeterminadas de acusación, y proceso por falta, en el que tal principio debe compatibilizarse con los de oralidad, concentración y sumariedad, puesto que es un proceso en el que se pasa directamente de su iniciación al juicio oral, donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas de manera mínimamente formalizada, lo cual hace que sea una clase de proceso penal muy poco apropiado para ser sometido a formas concretas de acusación, especialmente cuando versa sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que aparezcan en ellos como ocurre en el caso de los accidentes múltiples de tráfico, en cuyo supuesto las responsabilidades posibles de los que han intervenido en el accidente se entrecruzan de tan íntima manera que cada uno de ellos ostenta la doble condición de acusador y acusado (STC 182/1991). Ello es así porque el juicio tiene por objeto decidir cuál

ha sido el culpable del accidente, sin que ninguno de los implicados en el mismo pueda desconocerse que, dejando a salvo los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, la absolución de unos conlleva normalmente la responsabilidad de alguno de los otros que hayan intervenido en el accidente.»

**(Sentencia núm. 358/1993, de 29 de noviembre. R.A. 664/1992. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Luis López Guerra).**

### **Artículos 975 y ss.**

*Juez establecido por la Ley para conocer la apelación de los juicios de faltas*

«La competencia de los Juzgados de Instrucción para conocer de las apelaciones de los juicios de faltas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, venía establecida con carácter de generalidad en los arts. 975 de la L.E.Crim. y 13 del Decreto de 21 de noviembre de 1952. Se encontraba, pues, el Juez investido de la necesaria jurisdicción y competencia para resolver el recurso en virtud de una norma anterior al hecho objeto de enjuiciamiento. No se trataba de un órgano especial o excepcional y su titularidad estaba revestida de la debida garantía de independencia e imparcialidad. Se trataba, pues, el Juez que conoció del recurso, del Juez ordinario predeterminado por la Ley para resolver las apelaciones contra Sentencias dictadas en primera instancia del juicio de faltas.

En la regulación del recurso de apelación del juicio de faltas anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1992, era de especial trascendencia el acto de la vista. La inexistencia de alegaciones previas de las partes significaba que los principios de audiencia y contradicción predicables de todo sistema de recursos quedaban concentrados en la comparecencia de los interesados o de sus legítimos representantes ante el órgano, que debía de decidir el recurso. En él se practicaban las pruebas que hubiesen sido propuestas y admitidas en su caso, se exponían los motivos hasta entonces desconocidos de impugnación de la Sentencia, se respondía a ellos por las partes no apelantes y, en definitiva, era en él donde tenía lugar la defensa de los derechos e intereses propios (STC 276/1993). La oralidad y por tanto la inmediación del acto legitimaban al Juez que había presidido la vista para dictar Sentencia.

En el presente caso, la prolongación de funciones del Magistrado no aparece sin base legal, ni como irracional o arbitraria en función de las circunstancias del caso. El recurrente, por lo demás, no pone en duda la imparcialidad del mismo. El principio de unidad de acto relacionado con la vista del recurso, que es una garantía del proceso, la necesidad de evitar dilaciones indebidas que pudieran haberse derivado de la anulación de todo lo actuado y de la celebración de una nueva vista para que otro Juez dictase Sentencia, representa una medida desproporcionada teniendo en cuenta que la prolongación de funciones que se impugna no implica una merma de la imparcialidad e independencia del Juez sentenciador (en este sentido, ATC 419/1990), sino el más escrupuloso cumplimiento de las garantías del proceso debido.»

**(Sentencia núm. 307/1993, de 25 de octubre. R.A. 523/1991. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).**

**Artículos 977 y ss.***Juicio de faltas: citación*

«Es cierto que las normas generales sobre citaciones no son meras formalidades procesales y que en toda clase de procedimientos garantizan la posibilidad de un juicio contradictorio para que no tenga lugar indefensión. Los Tribunales, en este aspecto, se hallan obligados al cumplimiento escrupuloso de tales normas para que se satisfaga plenamente la tutela judicial efectiva. Pero las prescripciones relativas al juicio de faltas contenidas en los artículos 977 y siguientes de la LECr., en la redacción anterior a su reforma por la LO 10/1992, y en los derogados artículos 15 y 16 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 permitía a los interesados alegar y presentar pruebas en segunda instancia que no hubiesen sido propuestas ni practicadas antes por causas ajenas a su voluntad, entre las cuales se cuenta, con toda evidencia, la de su no comparecencia involuntaria. Como tuvimos ocasión de afirmar en nuestra STC 113/1993, la existencia de una indefensión material con relevancia o trascendencia constitucional desde la perspectiva del derecho fundamental del artículo 24.1 CE no puede ser apreciada en el juicio de faltas si se tuvo dentro del proceso la posibilidad de remediar la privación del derecho a la defensa que le había causado la irregular citación para la primera instancia, al comparecer en la segunda, donde se permite el debate y prueba sobre los hechos y la decisión en todos sus aspectos.»

**(Sentencia núm. 276/1993, de 20 de septiembre. R.A. 1492/1991. «B.O.E.» de 26 de octubre de 1993. Ponente: Luis López Guerra).**

*Juicio de faltas: citación*

«Este Tribunal ha sentado una consolidada y muy reiterada doctrina sobre la forma en que han de llevarse a efecto los actos de comunicación en el proceso y las consecuencias que pueden derivarse de las posibles irregularidades de la citación o emplazamiento —SSTC 1/1983, 22/1983, 72/1988 y 202/1990 entre otras muchas—. De acuerdo con ella, el derecho de defensa y la correlativa interdicción de indefensión del art. 24.1 C.E. comportan la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí, la especial trascendencia de los actos de comunicación, en especial, de aquel que se hace a quien ha de ser parte en el proceso, pues, en tal caso, el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados. La falta de citación o su deficiente realización, por tanto, siempre que se frustre la finalidad con ella perseguida coloca al interesado en una situación de indefensión, salvo que tenga su origen en la pasividad o negligencia del destinatario o que éste tuviera conocimiento del acto o resolución por medios distintos, cuya constancia sea notoria.

Por lo que se refiere, más en concreto, al juicio de faltas, este Tribunal ha subrayado en distintas resoluciones —SSTC 22/1987 y 141/1991— que la finalidad esencial de la citación para la celebración del juicio es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales,

sino que es necesario que la forma en que se realice la citación garantice en la mayor medida posible que aquélla ha llegado efectivamente a poder del destinatario, siendo esencial la recepción de la cédula por el destinatario y la constancia en las actuaciones.

En este sentido el art. 271 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, permite que las notificaciones se practiquen por medio del correo, del telégrafo o de cualquier otro medio técnico siempre que se asegure la constancia de su práctica y las circunstancias esenciales de la misma. Y las prescripciones relativas al juicio de faltas contenidas, antes de la reforma operada por la LO 10/1992, de 30 de abril, en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, se remitían a las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y esta última Ley, en sus arts. 166 y siguientes, determina minuciosamente la forma en que han de practicarse las notificaciones, emplazamientos y citaciones, que requieren igualmente su necesaria constancia en autos.»

**(Sentencia núm. 327/1993, de 8 de noviembre de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).**

#### *Juicio de faltas. Principio acusatorio. Apelación*

«Este Tribunal, en aplicación de la doctrina según la cual la indefensión ha de apreciarse en cada instancia (STC 28/1981) ha reconocido que el principio acusatorio es aplicable también en la fase de apelación de la Sentencia (así, entre otras, SSTC 168/1990, 11/1992, 83/1992) y ha negado que la falta de acusación en la apelación pueda ser suplida por la formulada en la primer instancia (SSTC 84/1985, 240/1988) sin que sea posible admitir una acusación implícita (SSTC 163/1986, 47/1991, entre otras) a los efectos de cumplir con la exigencia del principio acusatorio en cada una de las dos instancias.

5. Sin embargo, como resulta de sus antecedentes de hecho, las Sentencias citadas de este Tribunal no se refieren a supuestos de simple confirmación de la Sentencia de primera instancia. La doctrina de la plena aplicación del principio acusatorio en la segunda lo que impide es que, sin formular en ella acusación, sea condenado quien no lo fue en la primera, bien porque en ella no hubiera sido acusado o porque resultase absuelto (SSTC 163/1986, 53/1987, 11/1992), así como que el Tribunal superior agrave la Sentencia sin que alguna de las partes personadas lo solicite (SSTC 17/1987, 19/1992), y tales deben ser los límites para la exigencia de una reiteración de la acusación en la segunda instancia, porque no es posible olvidar que en la apelación del juicio de faltas se altera la correlación entre acusación y fallo cuando en la primera se dictó Sentencia condenatoria y sólo la parte condenada formuló recurso, particularidad derivada de la propia naturaleza del recurso de apelación. En él, efectivamente y pese a su función revisora de todo el proceso, lo que sustancialmente se plantea es la revisión del fallo de instancia y en relación con él se formulan tanto la pretensión revocatoria del condenado como en su caso la de la parte acusadora, bien sea para pedir una condena más grave o la confirmación de la impuesta. Mas, cuando sólo el condenado es recurrente, el Juez, que evidentemente no podrá agravar la condena por falta de acusación, no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de

los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez en favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión, repetimos, constituye el objeto de la única pretensión de apelación. Una apreciación contraria impondría a la parte no recurrente la carta de personarse obligatoriamente en la segunda instancia para evitar que la simple apelación del condenado implicase automáticamente la revocación de la Sentencia. Interpretación absolutamente formalista del principio acusatorio que no puede ser admitida sin violentar la propia naturaleza de la apelación en el juicio sobre faltas. A esta conclusión, que debe determinar en el caso la desestimación del amparo, no puede oponerse el hecho de que el Fiscal pidiese en la segunda instancia la nulidad de la Sentencia porque esa pretensión, poco clara en cuanto a su fundamentación y efectos, no significa una implícita retirada de la acusación pública efectuada en primera instancia, sino, en sus propios términos, una invalidación (no revocación) de la Sentencia que no se opone a cuanto antes venimos argumentando y, en cuanto recurso contra la Sentencia, quedó desestimado al confirmarla.»

**(Sentencia núm. 283/1993, de 27 de septiembre. R.A. 109/1991. «B.O.E.» de 26 de octubre de 1993. Ponente: José Gabaldón López).**

#### IV. CÓDIGO PENAL

##### Artículo 15

###### *Delitos de imprenta: autoría*

«Aunque la indebida aplicación que del art. 15 del Código Penal hacen, según la queja del recurrente, las Sentencias recurridas tenga mayor relación con el principio de legalidad penal que con la vulneración del derecho constitucional de presunción de inocencia, ya señalamos en la STC 159/1986 que dicho precepto forma parte de una larga tradición legislativa para establecer los principios de autoría en forma general y, en ciertos casos, para grupos específicos de delitos, que tiene como finalidad precisar de una manera general el concepto de autor con el fin de delimitar en el grado máximo la interpretación del mismo. Por ello no cabe afirmar que el art. 15 del Código Penal introduzca una indeterminación en el comportamiento punible al establecer los únicos supuestos en los que los Directores de una publicación puedan ser responsabilizados por un delito o falta cometido por medio de la imprenta.»

**(Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre. R.A. 1500/1991. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Julio Diego González Campos).**

**Artículo 113***Prescripción del delito. Dilaciones indebidas*

«En el presente caso, el recurrente no pretende lógicamente sino una reparación sustitutoria al contenido de su derecho a la conclusión en tiempo de proceso, pero incidiendo precisamente en unos de los elementos que forman parte del propio derecho, el de la ejecución en tiempo de la Sentencia (STC 8/1991).

La forma de reparación pretendida por el demandante no está prevista en ninguna disposición legal, pero se sostiene por él que del propio derecho constitucional derivaría, aun sin *interpositio legislatoris*, la inejecución de la condena penal para reparar así la vulneración del derecho fundamental. Al margen de la estricta vinculación del órgano judicial al principio de legalidad en el orden penal, que no haría posible, sin una previa fundamentación legal o, en su caso, anulación por este Tribunal de la disposición legal contraria al derecho fundamental, la inejecución de la Sentencia por la posible contrariedad de esa ejecución al precepto constitucional, lo cierto es que, desde la perspectiva constitucional, es claro que la forma de reparación pretendida por el recurrente no viene impuesta por el contenido esencial del derecho invocado.

Como hemos dicho en la STC 255/1988, la apreciación de una dilación indebida ha de conducir a adoptar las medidas necesarias para que cese esa dilación o justificar una reparación de los daños causados por vía indemnizatoria, pero no puede dar lugar al reconocimiento de un derecho a la prescripción si el procedimiento no ha estado paralizado el tiempo legalmente previsto para que se extinga la responsabilidad penal por este motivo (fundamento jurídico 3.º). El derecho a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable es del todo independiente del juego de la prescripción penal (STC 83/1989, fundamento jurídico 3.º), y por ello de la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo.

La dilación del proceso no tiene que traducirse *ex art. 24.2 C.E.* en la inejecución de la Sentencia con la que éste haya finalizado, ni esa responsabilidad criminal ha de quedar alterada por el hecho de eventuales dilaciones. Constatada judicialmente, la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad, no cabe pues derivar de aquéllas una consecuencia sobre ésta, ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones, la inejecución de la Sentencia condenatoria dictada.

No cabe desconocer, sin embargo, las consecuencias personales y sociales que de ese indebido retraso pueden derivarse para el condenado, también en relación con la orientación que el art. 25.2 establece para las penas privativas de libertad, orientación, que más allá de la finalidad de la pena, trata de facilitar y favorecer al penado que pierde su libertad una efectiva reinserción en la sociedad y una adecuada rehabilitación. Aunque ni una ni otra pueden considerarse en cada caso concreto una condición de legitimidad de la pena, sí que son criterios a tener en cuenta en la política criminal, que habrán de reflejarse no sólo en el tratamiento penitenciario,

sino también en su caso en la respuesta legal de estas anómalas situaciones, más allá de la exigible adopción de las medidas pertinentes para evitar que se produzcan.

A este respecto no es ocioso recordar que el órgano judicial ha estimado que la ejecución de la Sentencia podía producir efectos indeseados, y ha utilizado el instrumento previsto a estos fines por el ordenamiento, el indulto y la remisión judicial de la pena, fórmulas que, sin desvirtuar la obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones, debe permitir obtener de manera jurídicamente correcta el fin de la no ejecución de la condena.

En fin, ya que ninguna disposición legal lo ha previsto así, del contenido esencial del derecho, cuya razón de ser es obtener la conclusión a tiempo de un procedimiento judicial en curso, no cabe derivar directamente los efectos exoneratorios que el recurrente pretende ni, por ello, un derecho a la inejecución de la Sentencia penal dictada en un proceso indebidamente dilatado.»

**(Sentencia núm. 381/1993, de 20 de diciembre. R.A. 943/1992. «B.O.E.» de 27 de enero de 1994. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).**

#### **Artículo 244**

##### *Desacato. Bien jurídico*

«Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y desacato, hemos declarado reiteradamente (SSTC 159/1986, 107/1988, 51/1989, 20/1990 y 15/1993, entre otras) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto “convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos”. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad. Lo que sólo se producirá, obvio es, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución.»

**(Sentencia núm. 336/1993, de 15 de noviembre. R.A. 1500/1991. «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Julio Diego González Campos).**

**Artículo 321***Intrusismo*

Ahora bien, tal planteamiento no resulta aceptable. La vulneración del artículo 25 CE se había producido, se dice, porque las disposiciones contenidas en el artículo 4.1 del Real Decreto 1816/1991 son incompatibles con lo previsto en el artículo 6.A).1 de la Ley Orgánica 10/1983: como consecuencia, el mencionado artículo del Real Decreto 1816/1991 habría venido a introducir un nuevo tipo penal sin base legal suficiente. Pero tal afirmación deriva de una interpretación del referido precepto que no ha sido admitida por el Tribunal de Casación, y no corresponde a este Tribunal Constitucional sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios en la tarea de seleccionar e interpretar la normativa aplicable, sino determinar si aquéllos han vulnerado derechos fundamentales susceptibles de amparo. Y no cabe considerar que la interpretación realizada en este caso por el Tribunal Supremo de la normativa relativa al control de cambios haya tenido como consecuencia la aplicación de normas penales sin suficiente cobertura legal, con infracción del artículo 25 CE. Un somero examen de las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1983 y del Real Decreto 1816/1991 confirma la razonabilidad de la conclusión a que llega el Tribunal Supremo.

En efecto, en cuanto al objeto material de ambas normas, la previa autorización administrativa exigida por el artículo 4.1 del Real Decreto 1816/1991 se corresponde con lo previsto en el artículo 2.2.e) de la Ley Orgánica 10/1983, que autoriza al Gobierno a prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración “la importación o exportación de oro amonedado o en barras, billetes de banco, medios de pago de cualquier clase, y, en general, títulos representativos de derechos”. En cuanto al bien jurídico protegido, ambas disposiciones normativas pretenden proteger la economía nacional mediante un control de los pagos o transferencias al exterior. Finalmente, en cuanto a la cuantía mínima requerida para la existencia del delito monetario, el Real Decreto 1816/1991 (modificado por Real Decreto 42/1993) lo que ha hecho ha sido aumentar, no restringir, las cantidades no necesitadas de autorización, reduciendo, pues, los supuestos de punición, pero sin introducir conductas punibles *ex novo*. En cualquier caso, la cantidad ilícitamente exportada por el hoy recurrente excedía ampliamente el límite legal.»

**(Sentencia núm. 348/1993, de 22 de noviembre. R.A. 200/1992. «B.O.E.» de 29 de diciembre de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).**

**(Doctrina reiterada en SS. núms. 277/1993 y 339/1993, de 20 de septiembre y 15 de noviembre. R.A. 211/1992 y 2995/1992. «B.O.E.» de 26 de octubre de 1993 y 10 de diciembre de 1993. Ponentes: José Gabaldón López y Álvaro Rodríguez Bereijo).**



## DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA LO 3/1989

*Condena al pago de intereses*

«No obstante, y a mayor abundamiento, el hecho de que los citados intereses fueran impuestos sin mediar petición de parte no puede fundar un tipo de incongruencia *extra petita* ni lesionar el art. 24.1 C.E. En la STC 238/1993, al pronunciarnos sobre el extremo relativo a si dichos intereses operan *ope legis* o resultan sometidos a la rogación de las partes, concluimos que el tema no traspasaba los límites de la interpretación judicial de un precepto de legalidad ordinaria que corresponde efectuar exclusivamente a los Jueces y Tribunales. Es decir, la condena al pago de los mismos sin haber sido pedidos no trasciende al ámbito constitucional ni genera vulneración del art. 24.1 C.E.»

**(Sentencia núm. 307/1993, de 25 de octubre. R.A. 523/1991. «B.O.E.» de 30 de noviembre de 1993. Ponente: Eugenio Díez Emil).**

## V. OTRAS LEYES

*LEY ORGÁNICA 10/1983, SOBRE CONTROL DE CAMBIOS***Artículo 6 A***Exportación física de moneda, billetes de banco y cheques al portador en cuantía superior a cinco millones de pesetas*

«Ahora bien, tal planteamiento no resulta aceptable. La vulneración del artículo 25 CE se había producido, se dice, porque las disposiciones contenidas en el artículo 4.1 del Real Decreto 1816/1991 son incompatibles con lo previsto en el artículo 6.A).1 de la Ley Orgánica 10/1983: como consecuencia, el mencionado artículo del Real Decreto 1816/1991 habría venido a introducir un nuevo tipo penal sin base legal suficiente. Pero tal afirmación deriva de una interpretación del referido precepto que no ha sido admitida por el Tribunal de Casación, y no corresponde a este Tribunal Constitucional sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios en la tarea de seleccionar e interpretar la normativa aplicable, sino determinar si aquéllos han vulnerado derechos fundamentales susceptibles de amparo. Y no cabe considerar que la interpretación realizada en este caso por el Tribunal Supremo de la normativa relativa al control de cambios haya tenido como consecuencia la aplicación de normas penales sin suficiente cobertura legal, con infracción del artículo 25 CE. Un somero examen de las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1983 y del Real Decreto 1816/1991 confirma la razonabilidad de la conclusión a que llega el Tribunal Supremo.

En efecto, en cuanto al objeto material de ambas normas, la previa autorización administrativa exigida por el artículo 4.1 del Real Decreto 1816/1991 se corresponde con lo previsto en el artículo 2.2.e) de la Ley Orgánica 10/1983, que autoriza al Gobierno a prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración “la importación o exportación de oro amonedado o en barras, billetes de banco, medios de pago de cualquier clase, y, en general, títulos representativos de derechos”. En

cuanto al bien jurídico protegido, ambas disposiciones normativas pretenden proteger la economía nacional mediante un control de los pagos o transferencias al exterior. Finalmente, en cuanto a la cuantía mínima requerida para la existencia de delito monetario, el Real Decreto 1816/1991 (modificado por Real Decreto 42/1993) lo que ha hecho ha sido aumentar, no restringir, las cantidades no necesitadas de autorización, reduciendo, pues, los supuestos de punición, pero sin introducir conductas punibles *ex novo*. En cualquier caso, la cantidad ilícitamente exportada por el hoy recurrente excedía ampliamente el límite legal.

El artículo 6.A) de la Ley de Control de Cambios es una norma penal necesitada de integración por otras normas en tanto en cuanto los hechos punibles descritos en él sólo pueden ser cometidos en la medida en que se contravenga el sistema legal de control de cambios. Este sistema exige que la exportación física de determinadas cantidades de dinero sólo sea posible si se obtiene la correspondiente autorización administrativa. El Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, que integra desde su entrada en vigor aquel precepto penal ha hecho desaparecer la exigencia de autorización administrativa previa para determinadas conductas que quedan, por ello, automáticamente despenalizadas; pero la sigue manteniendo para la exportación física de moneda metálica, billetes de banco y cheques al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, siempre que su importe sea superior a 5.000.000 de pesetas por persona y viaje.

Ningún reproche puede hacerse al indicado Real Decreto desde el punto de vista constitucional, por los anteriores motivos. La conclusión despenalizadora a la que llega el recurrente no deriva de una disposición expresa de la norma, ni siquiera de una incompatibilidad con los principios de reserva de ley y de tipicidad exigidos por el artículo 25.1 de la CE, sino de una determinada interpretación de los preceptos del Real Decreto 1816/1991. En definitiva, de una interpretación de normas de legalidad ordinaria que no trasciende al plano constitucional.»

**(Sentencia núm. 372/1993, de 13 de diciembre. R.A. 929/1992. «B.O.E.» de 19 de enero de 1994. Ponente: Luis López Guerra).**

*LEY ORGÁNICA 1/1992, DE 21 DE FEBRERO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA*

**Artículo 20**

*Identificación. Detención*

«Se inicia este precepto con una referencia a lo dispuesto en el núm. 1 del propio art. 20 (“De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior”), pero es del todo claro, atendido el tenor de la norma que enjuiciamos, que la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas, supuesto en el que la gravosidad de la medida impondría un juicio de inconstitucionalidad, por desproporcionalidad manifiesta, frente a esta previsión. No es así, sin embargo. Aunque el precepto se refiera, como decimos, “a los mismos fines del apartado anterior” (que son los genéricos de “protección de la seguridad”), es lo cierto que

la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal “para impedir la comisión de un delito o falta”) o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad.

El precepto no deja en lo incierto cuáles sean las personas a las que la medida pueda afectar y tampoco puede tacharse de introductor de una privación de libertad desproporcionada con arreglo tanto a las circunstancias que la Ley impone apreciar como a los fines a los que la medida queda vinculada. El art. 20.2 no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la STC 178/1985 (fundamento jurídico 3.º), “el art. 17.1 C.E. no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones”. Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art. 5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado “b” que se lleguen a disponer privaciones de libertad “para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley” y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de la LOPSC) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2, no es menos cierto que tal deber constituye una “obligación” legal, en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad.»

«Pero la medida prevista en el art. 20.2 no puede calificarse de indefinida o de ilimitada en cuanto a su duración. Prescribe este precepto que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del “tiempo imprescindible”, expresión análoga, precisamente, a la que emplea el propio art. 17.2 de la Constitución (“tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”) y tal vinculación legislativa de la actuación policial de identificación priva de fundamento al reproche frente a la norma basado en la indefinición temporal de la medida en cuestión.

Cierto es que pudo aquí el legislador haber establecido, además, una duración máxima de estas diligencias de identificación, al modo como el propio art. 17.2 de la Constitución hace respecto a la detención preventiva y en él bien entendido, en todo caso de que este último límite constitucional (“plazo máximo de setenta y dos horas”) no resulta trasladable, desde luego, al supuesto que consideramos, vista la notoria diversidad de sentido entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo. Pero el que la Ley no haya articulado para estas últimas un límite temporal expreso no supone una carencia que vicie de inconstitucionalidad al precepto; lo sustantivo es —vale reiterar— que el legislador limite temporalmente esta actuación policial a fin de dar seguridad a los afectados y de permitir un control jurisdiccional sobre aquella actuación, finalidades, una y otra, que quedan suficientemente preservadas en el enunciado legal sometido a nuestro control: La fuerza pública sólo podrá requerir este acompañamiento a “dependencias próximas y que cuenten con medidas adecuadas para realizar las diligencias de identificación” y las diligencias mismas, en todo caso, no podrán prolongarse más allá del “tiempo imprescindible” para la

identificación de la persona. Precisión que implica un mandato del legislador de que la diligencia de identificación se realice de manera inmediata y sin dilación alguna. El entero sistema de protección judicial de la libertad personal —muy en particular, el instituto del habeas corpus (art. 17.4 C.E.)— protegerá al afectado por estas medidas de identificación frente a toda posible desvirtuación de su sentido y también, por lo tanto, frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales.

Importa también considerar si resultan aquí aplicables, y en qué medida, las garantías establecidas en el núm. 3 del art. 17, consistentes en la información inmediata al detenido, de modo comprensible, «de sus derechos y de las razones de su detención», en la exclusión de toda obligación de declarar y en el aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales —por lo que aquí interesa— “en los términos que la ley establezca”. Que el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento es cosa que apenas requiere ser argumentada, aunque la Ley (que exige consten en el Libro-Registro los “motivos” de las diligencias practicadas) nada dice, de modo expreso, sobre esta información, inexcusable para que el afectado sepa a qué atenerse. No cabe derivar de este silencio sin embargo, una permisón legal —que sería contraria a la Constitución— del requerimiento por entero inmotivado o carente de toda información al afectado, sino que es más bien, el íntegro contenido de este art. 20 el que supone, implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados.

Las demás garantías dispuestas en el art. 17.3 (exclusión de toda obligación de declarar y aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales “en los términos que la Ley establezca”) hallan su preferente razón de ser en el supuesto de la detención preventiva, por lo que no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos. Así es, en efecto, pues la advertencia al afectado sobre su derecho a no declarar no tiene sentido cuando —como aquí ocurre— la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación (para la obtención de los “datos personales” a que se refiere el art. 9.3 de la propia Ley Orgánica).

No resulta inexcusable, en el mismo sentido, que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de Abogado, garantía esta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido (STC 196/1987, fundamento jurídico 2.º). Ninguna de estas garantías constitucionales —recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado— son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los “datos personales” a los que se refiere el repetido art. 9.3 de la LOPSC.»

**Artículo 21***Entrada y registro en domicilio. Flagrante delito*

«A los efectos constitucionales que aquí importan no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero lo que sí resulta inexcusable —y suficiente, a nuestro propósito— es reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo —y ello es premisa firme de toda interpretación—, no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la Norma fundamental, precepto que, al servirse de esta noción tradicional, ha delimitado un derecho fundamental y, correlativamente, la intervención sobre el mismo del poder público.

A idéntica conclusión conduce una interpretación lógico-sistemática de lo dispuesto en el art. 18.2 de la Constitución. Con reiteración ha dicho este Tribunal que la garantía constitucional del domicilio queda salvaguardada —al margen del consentimiento del titular— mediante la previa intervención judicial (SSTC 199/1987, fundamento jurídico 9.º, y 160/1991, fundamento jurídico 8.º). Esta previa intervención judicial ha sido excepcionada por la Constitución con rigor a través de la noción de “flagrante delito”, que no puede entenderse por ello, a los fines del art. 18.2 C.E., sino como la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención. Mediante la noción de “flagrante delito” la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El art. 21.2 de la LOPSC incorpora alguno de los elementos o rasgos que la jurisprudencia y la doctrina han venido utilizando para identificar el delito flagrante y así ocurre en el pasaje final del precepto, que requiere “que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”. Urgencia, sin embargo, no es, por sí sola, flagrancia, como llevamos dicho, y a partir de esta advertencia es inevitable constatar que las demás condiciones prescritas por la norma impugnada muestran una amplitud e indeterminación en su enunciado incompatible con el rigor que presenta y requiere, en este punto, el art. 18.2 de la Constitución. Se refiere la Ley, en efecto, al “conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer” alguno de los delitos que menciona, pero estas expresiones legales —“conocimiento fundado” y “constancia”— en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que

nunca, por sí mismas, bastarían, para configurar una situación de flagrancia. Las expresiones ambiguas e indeterminadas que contiene el art. 21.2 confieren al precepto un alcance que la Constitución no admite.

La interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio, incluso, con la única razón de ser —muy plausible en sí— de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder cumple, claro está, el “deber estatal de perseguir eficazmente el delito” (STC 41/1982, fundamento jurídico 2.º-1). La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales.

La delimitación legal del delito flagrante que expresa el impugnado art. 21.2 no es, por cuanto queda dicho, conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 de la Constitución, lo que impone declarar la inconstitucionalidad del precepto.»

«El concepto que ahora nos ocupa tiene, en el art. 18.2 de la Constitución, una vocación o alcance general, pues la Norma fundamental no ha diferenciado aquí entre unos u otros tipos de delito que, al mostrarse con flagrancia, puedan dar lugar al levantamiento de la inviolabilidad domiciliaria. Antes bien, al configurar esta hipótesis como única excepción frente a la exigencia de resolución judicial o consentimiento del titular, la Constitución ha determinado que todo supuesto de flagrancia delictiva, cualquiera que sea la infracción penal, pueda dar lugar a la entrada forzosa en domicilio por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, actuantes entonces en funciones de policía judicial. Ahora bien, aunque la Constitución no ha singularizado supuesto delictivo alguno para aplicarle, o permitir que le sea aplicado, un concepto *ad hoc* de flagrancia, no es menos cierto que la noción general de delito flagrante requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva, y que bien puede el legislador anticipar en sus normas esa precisión o concreción, para ilícitos, determinados, del concepto constitucional que nos ocupa. Tal delimitación selectiva del concepto constitucional sólo podrá reputarse de ilegítima si con ella se pretendiera relativizar o disminuir la garantía dispuesta en el art. 18.2 de la Constitución, pero ello, como bien se comprende, supone trasladar la cuestión al ámbito de la propia definición legislativa de la flagrancia —examinada en el apartado que antecede—, al margen, por lo tanto, del alcance o no general de tal definición, en sí mismo inconcluyente para apreciar su conformidad o disconformidad con la Constitución.

El art. 21.2 de la LOPSC no es, en suma, contrario a la Constitución en lo que tiene de intento de descripción de la flagrancia para determinados tipos delictivos, sino por su parcial inadecuación, ya vista, al concepto mismo de flagrante delito presente en el art. 18.2 de la Constitución.»

## Artículo 25.1

### *Tenencia ilícita de drogas. Infracción administrativa*

«La impugnación del art. 25.1 de la LOPSC ha de ser rechazada. El concepto de “tenencia ilícita” no es, en cuanto configurador de un supuesto de infracción administrativa, contrario a las exigencias del principio de legalidad en este orden (art. 25.1 de la Constitución), tanto en lo que se refiere al rango de la regla delimitadora del ilícito como en lo relativo a la configuración misma de la conducta infractora. La Ley no remite al reglamento la determinación de lo que se haya de entender por “tenencia ilícita” (concepto no tachable de impreciso y cuya determinación corresponderá a los Tribunales), aunque sí será necesario acudir a otras reglas legales, como la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre normas reguladoras de estupefacientes, para identificar lo que sea tenencia ilícita (art. 22 de dicha Ley) y determinar por contraste con ellas la tenencia ilícita sancionable.

Ninguna consecuencia de inconstitucionalidad cabe derivar, ya en otro orden de cosas, del hecho de que el precepto impugnado dé lugar a la sanción de la tenencia ilícita de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas destinada sólo al propio consumo, que es conducta hoy no constitutiva de delito (art. 344 del Código Penal). El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal da lugar, con toda naturalidad, a que no cualquier comportamiento ilícito constituya para aquél una conducta típica, siendo perfectamente admisible, desde la perspectiva constitucional que aquí importa, que la ley configure como infracción administrativa una “tenencia ilícita” que no suponga, en sí misma, contravención de la ley penal. Si la tenencia ilícita de droga, estupefacientes o sustancias psicotrópicas destinados al propio consumo ha de ser o no objeto de represión penal o de sanción administrativa es algo, por lo demás, sobre lo que no da respuesta alguna la Constitución, que deja al legislador la identificación de los bienes que merezcan ser objeto de defensa por el Derecho sancionador.

El art. 25.1 de la LOPSC, no es, en definitiva, contrario a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución ni conculca, tampoco, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Norma fundamental), cuyas exigencias, en lo que aquí importa quedan subsumidas en el enunciado del principio de legalidad en materia sancionadora.»

## Artículo 25.2

### *Tenencia ilícita de drogas. Suspensión del tratamiento. Desarrollo reglamentario*

«El art. 25.2 de la LOPSC —que contiene una previsión de algún modo similar a la remisión condicional del art. 93 bis del Código Penal— remite, en efecto, al reglamento la determinación de la “forma” y del “tiempo” de la suspensión que prevé; remisión que afecta, por consiguiente, tanto al régimen de suspensión del acto sancionador como, de modo indisociable, a las condiciones del tratamiento de deshabitación. Ahora bien, este llamamiento que la Ley hace al reglamento no conculca el principio de legalidad en el orden sancionador (art. 25.1 de la Constitución) ni entraña tampoco, quiebra de reserva de Ley alguna. No se produce la primera infracción, porque el ámbito de proyección del principio de legalidad en el orden sancionador administrativo (principio no excluyente, por lo demás, de toda

intervención reglamentaria) es el de la determinación de los ilícitos y de las correspondientes sanciones, sin que el art. 25.1 de la Constitución sea de pertinente cita respecto a las regulaciones que afecten al procedimiento sancionador o a sus condiciones e incidencias. Sin duda que estas últimas regulaciones tienen también vínculos constitucionales (así, marcadamente, los del art. 24 de la Constitución: SSTC 18/1981, fundamento jurídico 2.º, y 212/1990, fundamento jurídico 3.º, por todas), pero sobre ellos nada se dice en los recursos ni en nada se ve, tampoco, cómo tales garantías procedimentales habrían sido menoscabadas por la mera remisión a reglamento que aquí se impugna. En el recurso se dice, asimismo, que esta remisión vulneraría una reserva de Ley para la regulación de las condiciones de suspensión del acto administrativo sancionador, pero no existe tal reserva en la Constitución, única fuente que podría imponerla, y ninguna relevancia tienen, a estos efectos, los invocados preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 116 y 122, respectivamente); con independencia de que la última de las disposiciones citadas no se refiere a la suspensión por la propia Administración, sino por los Tribunales del acto administrativo, ninguna de tales reglas dispone una reserva de Ley en este ámbito.

La Constitución establece, ciertamente, una tal reserva, con carácter general, para la ordenación del “procedimiento a través del cual deban producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado” [art. 105 c)], pero tampoco esta regla constitucional —que no impone una reserva plena o absoluta— ha sido vulnerada por el art. 25.2 de la LOPSC. El procedimiento para la adopción del acto de suspensión no podrá ser otro, en cuanto a sus condiciones básicas y garantías, que el procedimiento administrativo común (art 31.2 de la propia LOPSC), si bien el reglamento habrá de disponer, dentro de tal marco, las determinaciones específicas inherentes a esta previsión legal, como podrían ser, en hipótesis, la incorporación al expediente de informes o dictámenes relativos a la deshabitación del infractor. El que ello, y cualesquiera otros extremos técnicos, se deje a la determinación del reglamento no entraña contradicción alguna con la Constitución y otro tanto es preciso decir, por razones idénticas, acerca de la precisión del tiempo de suspensión, por esta causa, de la sanción y de sus condiciones de revocación definitiva, cuando proceda. No cabe desconocer, además, que la duración de la suspensión, ligada como estará a un tratamiento de deshabitación, es cuestión que será preciso determinar también en atención a las circunstancias personales del infractor y que ello lleva a reconocer —como con razón observa el Abogado del Estado— un inevitable margen de apreciación a la autoridad administrativa, poco conciliable, en efecto, con la exhaustiva regulación legal de este extremo.»

## **Artículo 26**

### *Determinación reglamentaria específica o en normas de policía de las faltas leves*

«Cuestión distinta es si el precepto impugnado ha respetado, en su referencia a “reglamentaciones específicas” y a “normas de policía”, la garantía formal de conformidad con la cual sólo la ley puede configurar supuestos de infracción, aun



cuando la misma remita a reglamento, con las condiciones dichas, la precisión complementaria de algún elemento o rasgo del ilícito.

La respuesta no puede ser sino negativa. El inciso final del art. 26 j) de la LOPSC califica de infracciones leves de la seguridad ciudadana, en lo que ahora importa, la transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas “en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas”, remisión que ha de ser considerada inconstitucional, pues en modo alguno puede la ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración *ex novo* de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sancionable. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es, vale repetir, conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución.

Conclusión tan clara no puede quedar empañada por lo argüido, en defensa de esta regla legal, por la Abogacía del Estado, en cuyas alegaciones parece apuntarse una cierta interpretación conforme del último inciso del art. 26 j) según la cual la referencia de la norma legal a estas “reglamentaciones específicas” y “normas de policía” nada diría en contra de la vinculación de unas y otras a lo dispuesto en las leyes. El tenor literal del precepto no consiente esta interpretación que, de acogerse, privaría de todo sentido tanto a la mención separada que aquí hace la LOPSC a las repetidas “reglamentaciones específicas” y “normas de policía” como a la ejecución de aquéllas por éstas, según dice la Ley.

El sentido patente de la regla legal es, en este pasaje, el de calificar de infracciones leves de la seguridad ciudadana la transgresión de prohibiciones u obligaciones de origen exclusivamente reglamentario y cualquier otro entendimiento del precepto desconocería su enunciado meridiano y se situará, por tanto, más allá de los límites que enmarcan la labor de interpretación.

Se impone, pues, declarar la inconstitucionalidad del inciso final del art. 26 j) de la LOPSC (“en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas”).»

## Artículo 37

### *Informaciones de los agentes de la autoridad: valor probatorio*

«Esta disposición, en efecto, en modo alguno impone la presunción incontrovertible de que lo que conste en el informe escrito de los agentes sea cierto (la Ley, como no podía ser de otro modo, admite la “prueba en contrario”) y tampoco atribuye a dichas “informaciones”, aun a falta de toda prueba que las contradiga, una eficacia determinante para la sanción del expedientado. Importa advertir, en cuanto a esto último, que bastará con que aquél niegue los hechos sobre los que los agentes han informado para que deban éstos ratificarse en el expediente, trámite que dará ocasión para que la autoridad llamada a resolver pondere debidamente el contenido de la información policial. Y es preciso también tener en cuenta que, según el dictado legal, dicha autoridad no queda, en ningún caso, vinculada o determinada en su juicio por el contenido de aquellas informaciones, ratificadas o no, pues la Ley se limita a establecer que lo declarado por los agentes será “base suficiente para adoptar la resolución que proceda”, sin que quepa excluir, por consiguiente,

que el expediente concluya sin sanción, pese a la información policial y en atención a otras consideraciones. La Ley establece, por último, una inexcusable garantía adicional al imponer a los agentes el deber de aportar al expediente “todos los elementos probatorios disponibles”.

Bien se ve, siendo esto así, que el precepto no es contrario a la norma constitucional que protege la presunción de inocencia en todo proceso o procedimiento sancionador. No estamos ante una disposición que otorgue valor en todo caso a la información de los agentes ni que dispense a la Administración de aportar cuantas pruebas haya obtenido ni, en fin, que predetermine el criterio de la autoridad que deba resolver el expediente sancionador. El expedientado no queda —en contra de lo que los recurrentes creen— compelido a probar su inocencia para evitar ser sancionado; bastará con que niegue los hechos para dar lugar a la ratificación de los agentes y ni siquiera en tal caso esas declaraciones policiales se impondrán necesariamente sobre la libre y racional valoración de la prueba —de toda la prueba practicada— que ha de llevar a cabo la autoridad administrativa. A falta de prueba en contrario, las informaciones de los agentes tampoco dan, por sí solas, base para “adoptar la resolución que proceda” (eventualmente sancionatoria), eficacia que sólo podrán llegar a alcanzar con el asentimiento tácito del expedientado al contenido fáctico del informe o, caso de negar éste los hechos, mediante la necesaria ratificación de los informantes en el expediente. Todas estas exigencias y garantías legales (que los agentes hayan presenciado los hechos; que se ratifiquen, caso de contradicción, en el contenido de su información; que se prevea la posibilidad de prueba en contrario y de la aportación de cualesquiera otras pruebas y, en fin, que la norma no condicione en ningún caso el contenido de la resolución a dictar) impiden apreciar, en suma, la tacha de inconstitucionalidad opuesta frente al precepto.»

### **Artículo 38.1, cuarto inciso de la Disposición Derogatoria**

#### *Ejecutividad de las sanciones y eliminación del régimen especial de suspensión por la impugnación del acto administrativo*

«Hay que dar la razón al Abogado del Estado cuando afirma, frente a lo que el recurso dice, que el art. 38.1 de la LOPSC en modo alguno refleja la llamada regla *solve et repete*, pues, en efecto, este precepto ni se refiere específicamente a las sanciones pecuniarias (sino a todas las “impuestas en las materias objeto de la presente Ley”) ni, desde luego, pretende condicionar la admisibilidad o viabilidad del recurso jurisdiccional interpuesto frente a una sanción de aquel carácter al previo pago o satisfacción de la multa impuesta. El precepto se limita a afirmar la ejecutividad de las sanciones impuestas en aplicación de la propia Ley, una vez sean firmes en vía administrativa, y es del todo claro que esta previsión legal en nada impide, dificulta o condiciona el posible recurso jurisdiccional contra el acto de sanción ni en nada menoscaba, tampoco, la posibilidad de solicitar y de obtener de los Tribunales la suspensión cautelar del acto impugnado. Los recurrentes dan a entender que aquella ejecutividad pugna con la Constitución (con su art. 24.1, junto al que habría que tener en cuenta, por lo dicho, el art. 106.1), pero en modo alguno ello es así. Este Tribunal ha tenido ya ocasión de declarar que la ejecutividad de los actos administrativos no es, en sí misma, contraria a la Constitución (STC

66/1984, fundamento jurídico 3.º, y ATC 930/1988, fundamento jurídico 2.º), orientada como ha de estar la actuación administrativa por el principio, entre otros, de eficacia (art. 103.1 de la Norma fundamental), y que la garantía de una tutela judicial efectiva y de una también plena sujeción de lo actuado por la Administración al control judicial se alcanzan, de modo suficiente y compatible con aquella eficacia, cuando la ley hace posible que se someta a la consideración de los Tribunales la suspensión del acto impugnado (STC 238/1992, fundamento jurídico 3.º). Nada de esto queda afectado por la disposición impugnada, que no puede tacharse, en consecuencia, de contraria a la Constitución.

Tampoco ha incurrido la Ley en inconstitucionalidad alguna por haber eliminado (inciso cuarto de su Disposición derogatoria) el régimen excepcional de suspensión que establecía, para ciertos actos de sanción afectantes a derechos fundamentales, el art. 7.5 de la Ley 62/1978. Tal precepto, como acabamos de recordar, disponía la suspensión “en todo caso” del acto impugnado “cuando se trate de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público” (texto legal este que ha sido expresamente derogado por la LOPSC) y, en tal sentido, introdujo un régimen de suspensión cautelar no ya especial, por referencia al regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino excepcional respecto a lo dispuesto en los demás apartados del art. 7 de la propia Ley 62/1978. Que la regulación hoy derogada suponía un régimen en extremo favorable al sancionado es cosa por demás obvia. Que aquella previsión legal expresaba, con ello, una neta preferencia en favor de las garantías procesales, aun en detrimento de la eficacia del acto, es también algo que no cuesta reconocer (STC 18/1981, fundamento jurídico 5.º). Pero lo que no cabe ya afirmar es que, en atención a todo ello, quede el legislador incapacitado para modificar o derogar una regla como la contenida en aquel art. 7.5. A esa conclusión sólo cabría llegar si se admitiera que tal precepto legal expresó, en su articulación concreta, imperativos insoslayables derivados de la Constitución, pero no es así. En alguna resolución anterior hemos declarado que “no puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales” (STC 115/1987, fundamento jurídico 4.º) y otro tanto hemos de reiterar ahora. Los derechos fundamentales quedan garantizados ante la actuación administrativa que les afecte por medio de las vías jurisdiccionales existentes y, en lo que aquí interesa, mediante la posibilidad de alcanzar una medida de protección cautelar, posibilidad que queda abierta, con condiciones suficientes de eficacia, en los vigentes apartados del art. 7 de la Ley 62/1978. Más allá de esto no cabe imponer otros límites jurídico-constitucionales al legislador que ordene el régimen de la suspensión o que incluso suprima como aquí ha hecho, anteriores regulaciones más favorables para el control del acto y el aseguramiento de los derechos del afectado. Los recurrentes están, desde luego, plenamente legitimados para discrepar sobre la procedencia de tal supresión pero la censura jurídica contra ella no puede prosperar porque mediante esta derogación no se ha venido a privar de garantías suficientes a los derechos fundamentales para los que se pida la tutela de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los actos que afecten a estos derechos serán, si así se pide, suspendidos por los Tribunales “salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general” (art. 7.4 de la Ley 62/1978) y en modo alguno cabe reprochar a la previsión así subsistente la desprotección constitucional de los derechos fundamentales.

Tampoco el inciso cuarto de la Disposición derogatoria de la LOPSC ha incurrido, pues, en inconstitucionalidad.»

**[Sentencia núm. 341/1993, de 18 de noviembre. R.I. 1045/1992, 1279/1992 y 1314/1992 y C.I. 2810/1992 y 1372/1993 (acumulados). «B.O.E.» de 10 de diciembre de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral].**

# La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado

(A propósito del Auto de la Audiencia Nacional  
20-12-1993)

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Fiscal. Doctor en Derecho.

**SUMARIO:** I. El Auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1993 o el ejemplo de una solución tardía.—II. El artículo 51 de la LOGP y sus aparentes antinomias.—III. La solución del Tribunal Constitucional.—IV. Razones de una nulidad probatoria.—V. Insuficiencias de la LO 4/1988, de 25 de mayo, como instrumento normativo de referencia.—VI. El devenir parlamentario del artículo 51 de la LOGP: los efectos de una precipitada adición.—VII. Sistematización conclusiva de las hipótesis de suspensión de las comunicaciones.

## I. EL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE DICIEMBRE DE 1993 O EL EJEMPLO DE UNA SOLUCIÓN TARDÍA (1)

El auto de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) de fecha 20 de diciembre de 1993 (Procedimiento

---

(1) Hallándose este artículo en imprenta, el Boletín Oficial del Estado de 26 de julio de 1994, publicaba la sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio, recaída en el recurso de amparo núm. 587/1992, interpuesta contra el acuerdo del Director del Centro Penitenciario de Alcalá-Meco, de 1 de noviembre de 1990, en el que por razones de seguridad y buen orden del establecimiento, se decidía la intervención de las comunicaciones escritas del recluso JCS, encarcelado entonces en dicho centro en calidad de preso preventivo por un delito de pertenencia a banda armada. Dicha orden fue ratificada y ampliada a las comunicaciones orales por la

Abreviado 14/1993, Rollo 25/1993), dictado en la audiencia preliminar habilitada por el artículo 793.2 de la LECRI. ha declarado, entre otros pronunciamientos, la nulidad de la intervención de las conversaciones mantenidas entre varios reclusos condenados por su pertenencia a la banda terrorista ETA y el abogado de uno de ellos. Tal resolución, apoyada en un entramado argumental de apreciable solidez, no ha podido impedir, sin embargo, una cierta perplejidad colectiva ante las peripecias procesales de una investigación que, por la naturaleza del objeto que le era propio, trascendía al interés del mero analista jurídico.

Con independencia del perceptible rechazo social que acompaña al ilícito imputado, es indudable que el transcurso de once meses desde la fecha de la intervención de las comunicaciones hasta el momento de la declaración judicial de su ilicitud, ha vuelto a poner de manifiesto la necesidad de reforzar la vigencia del principio de saneamiento en el proceso penal (2), impidiendo resoluciones que, de haber sido coetáneas a la vulneración del derecho fundamental cuando ésta fue denunciada, habrían permitido un efecto purificador del procedimiento investigador, ahorrando gravosas medidas cautelares, encauzando la labor investigadora con medios procesales idó-

---

Junta de Régimen y Administración del mismo centro el día 2 de noviembre de 1990. El importante giro interpretativo que el Tribunal Constitucional adopta en esta recientísima resolución, hace obligada su cita y consulta, sin perjuicio de que a lo largo de este trabajo se hayan intercalado sus consideraciones más relevantes.

(2) Acerca de la formulación del principio de saneamiento en el proceso, *vid.*, LOZANO-HIGUERO PINTO y MARCHENA GÓMEZ, *La vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, 1994, pp. 31 a 65; BARBOSA MOREIRA, «Saneamiento del proceso y audiencia preliminar», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, esp. pp. 11 y ss. AYARRAGARAY, *El principio de inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, 1959, pp. 31 y ss. Con idéntica orientación, ODERIGO MARIO, A., *Lecciones de Derecho Procesal*, tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 102. Para un detallado análisis de la interrelación predicable entre preclusión en el proceso civil, la comparecencia preliminar del juicio de menor cuantía y la función saneadora de ésta, puede verse LOZANO-HIGUERO PINTO, M. «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», en *Problemas Actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, AA.VV., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 227 a 239. También se refiere a la función saneadora de la comparecencia previa MARTÍN DE LA LEONA, J. M., *La nulidad de las actuaciones en el proceso civil (análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Ed. Colex, 1991, pp. 296 a 304. De este aspecto se ocupó LIEBMAN en sus anotaciones a la traducción brasileña de las *Instituciones* de CHIOVENDA, 2.<sup>a</sup> ed., Sao Paulo, 1965, pp. 378-379 del tomo I, nota 6, p. 379: «...la decisión del despacho saneador que ordena la prosecución del proceso realiza, por consiguiente, en todo caso, su función purificadora, visto como tiene siempre efecto de decisión preclusiva, explícita o por lo menos implícita, de las cuestiones indicadas por la ley». Sobre su incidencia en la reforma del proceso penal portugués de 1987, *vid.*, MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal*, Anotado, Coimbra, 1991, pp. 435-437.

neos y, lo que es más importante, no frustrando la confianza social en el proceso penal, para algunos, su verdadera fuente de legitimación (3).

La elogiada pulcritud técnica de la solución interpretativa que la Audiencia Nacional proclama del artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se torna en confusión, vaguedad e indefinición, cuando el órgano judicial se ocupa del análisis de los principios que informan el procedimiento abreviado y de la naturaleza a que responde la llamada «audiencia preliminar» que arbitra el artículo 793.2 de la LECri. Argumenta la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

«Conforme a los *principios* inspiradores de la regulación del predicho proceso, a saber: *oralidad, intermediación, concentración, preclusión y publicidad*, muy vario es el contenido de las posibles cuestiones a plantear, lo que lógicamente incidirá en la manera y efectos de su resolución. Se ha establecido, pues, un trámite o espacio procesal, previo a la práctica de la prueba, en el que el órgano jurisdiccional ha de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean, referidas a la misma, decidiendo de forma definitiva sobre su admisión, y a ello se refiere la *Ley Rituaria* al decir que se resolverá en el mismo acto, es decir, en el trámite procesal, y no en el instante de su planteamiento. Interpretación esta que resulta fundada de la articulación lógica del propio precepto y de los principios a los que responde (*concentración y de no de sucesión*, como acontece en el *proceso ordinario*), sino también del precedente que representa el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992, en la Causa Especial 610/1990 —Caso Naseiro—, tramitada conforme al Procedimiento Abreviado...»

La lectura del razonamiento jurídico transcrito —la cursiva es nuestra— refleja un superficial y desordenado deslizamiento a través de los principios —algunos de ellos discutibles, otros no exclusivos del procedimiento abreviado— que han de inspirar una solución que respalde el atendimiento de la queja por vulneración de un derecho fundamental «no en el instante de su planteamiento», sino en el espacio procesal especialmente habilitado para ello por el artículo 793.2 de la LECri.

A las inferencias que la Sala obtiene de su particular visión de los principios inspiradores del procedimiento abreviado, se añade un argumento cuya sola formulación quiebra la ya de por sí debilitada línea argumental:

---

(3) Sobre la legitimación de la actividad judicial, véase GIMENO SENDRA, V.. «Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1978, pp. 322 y ss.

«... Así como de las cuestiones hoy planteadas y sometidas a nuestro enjuiciamiento, *que por afectar a derechos fundamentales en la obtención de unas pruebas a practicar, requieren un reflexionado estudio, que, de por sí, precisa un tiempo ponderado para una resolución a insertar procedimentalmente en el trámite establecido, sin que ello suponga ruptura alguna en la continuidad procedimental del juicio oral, interpretación esta que, en el sentir de la Sala, es la más conforme al precepto transcrito, de redacción poco feliz, que propicia las encontradas opiniones existentes en la doctrina científica.*»

Si el forzado recurso a los principios supuestamente inspiradores del procedimiento abreviado no justifica, a nuestro juicio, ese compás de espera que se impone a quien alega vulneración de derechos fundamentales en el marco de un procedimiento abreviado, la invocación como añadido argumento aplazatorio de la necesidad de «un reflexionado estudio», puede provocar la lógica desazón e inquietud interior a quien aguarda pacientemente la respuesta a su queja.

La declaración de nulidad de las pruebas obtenidas mediante la intervención de las conversaciones entre el recluso y su Abogado, se produce después de una medida cautelar privativa de libertad sufrida por éste de más de medio año de duración. ¿Cómo justificar la prolongación de una medida restrictiva del derecho a la libertad en función de la interpretación suscrita acerca de determinados principios procesales o de la exigencia de «un reflexionado estudio» para responder a la queja? ¿Puede sostenerse cabalmente que el procedimiento abreviado impedía sanear su mismo devenir en el momento en el que la nulidad de las pruebas fue petitionada? Las consecuencias que, en orden a la libertad del imputado, ha ocasionado la interpretación que se discute, sugieren por sí solas la respuesta.

Con independencia de la reflexión crítica que sugiere la apertura por el Tribunal de tan prolongado interregno, en espera de la llegada del *momento procesal oportuno y hábil* para el atendimiento de la queja por vulneración de derechos fundamentales, el adecuado entendimiento del auto de la AN aconseja un detenido análisis del alcance jurídico del precepto con arreglo al cual la Dirección del establecimiento penitenciario practicó la intervención de las comunicaciones luego declarada ilícita. Se trata, claro es, del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria (LGP).

## II. EL ARTÍCULO 51 DE LA LOGP y SUS APARENTES ANTINOMIAS

Las dificultades interpretativas que acompañan al artículo 51 de la LGP se adivinan, sin más, por la simple lectura de su contenido. En él se advierten contradicciones, a primera vista inconciliables, lo



cual atribuye un estimable valor a todo esfuerzo exegético de finalidad completiva. Señala el referido precepto:

«1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. *Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.*

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

5. *Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.»*

Repárese en la aparente antinomia que encierran los números 2 y 5 del mismo artículo. Mientras que el primero advierte que las comunicaciones del interno con su Abogado y Procurador *no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*, el segundo legitima la *suspensión o intervención motivada* «de las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo», por orden del *Director* del establecimiento, *dando cuenta a la autoridad judicial competente*.

Como puede observarse, la incompatibilidad del mensaje normativo viene provocada por el último apartado del artículo que es objeto de análisis. Su contenido parece sugerir que las garantías derivadas de la intervención judicial y de la restricción del posible ámbito objetivo a los supuestos de terrorismo, proclamadas sin ambages en el número dos, dejarían paso a una posibilidad gubernativa de interferencia de aquellas comunicaciones, en el número cinco.

### III. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La aparente contradicción de ambas proposiciones legales ya fue advertida por el Tribunal Constitucional (TC), que en su sentencia 73/1983, de 30 de julio (FJ 7, BOE núm. 197, de 18 de agosto) afirmó:

«... La interpretación de este precepto —51.2— ha de hacerse en conexión con la regla quinta del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo «dando cuenta a la autoridad judicial competente». *La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo —que en cuanto afecta a derecho fundamental puede hacer este TC— conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el núm. 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo además podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.»*

Como puede apreciarse, el TC reduce el conflicto interpretativo proclamando la inviolabilidad de las comunicaciones del interno con su Letrado, sin más posibilidad de entrometimiento institucional que la que podría legitimar la autorización judicial (art. 18 CE). Tal regla general quebraría, sin embargo, en los casos de terrorismo en que la fuente legitimadora de la injerencia en las comunicaciones del interno, podría provenir del Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

La tesis interpretativa del TC, rechazada por la AN, no despeja todas las incógnitas que el precepto encierra. De hecho, tampoco le habría sido exigible al Alto Tribunal mayor explicitud aclaratoria, pues ello podría suponer un exceso objetivo respecto de los términos en que el recurso de amparo había sido promovido. En cualquier caso, conviene extraer, de la misma sentencia 73/1983, algunos recordatorios del TC acerca del sentido y control de la legalidad penitenciaria (FJ. 6):

«... La Administración penitenciaria no está exenta de un control judicial, habida cuenta de las garantías establecidas en el artículo 9.3 de la CE y las fijadas en el artículo 106.1 de la misma CE, al tiempo que *es necesario valorar si la injerencia de las comunicaciones está prevista legalmente.*

Es el *Juez de vigilancia penitenciaria*, por imperativos especialmente del artículo 76.1 y 2 g) de la Ley Orgánica 1/1979, conocida por la Ley General Penitenciaria, quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los artículos 25.2, 24 y

9.3 de la CE., al constituir un *medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*»

Reitera tal exigencia de control de la legalidad penitenciaria la sentencia del TC 2/1987, de 21 de enero (BOE núm. 35, de 10 de febrero), que adjetiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria como «pieza clave del sistema penitenciario». Razona el TC —FJ. 5—:

«La Ley General Penitenciaria ha optado por una composición meramente administrativa de los órganos que intervienen en la disciplina penitenciaria, subrayando con ello el carácter *técnico* de la Administración Penitenciaria, pero ha asegurado la judicialización de la ejecución de las penas a través del sistema de control judicial (previo o posterior, según los casos), y cuyo adecuado funcionamiento es no sólo la garantía de conformidad a la Ley de la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los detenidos (...). Es claro así, que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria constituyen una *pieza clave* del sistema penitenciario, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos, y que, por ello, debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos especializados.»

Como ya se ha indicado con anterioridad (4), el propio Tribunal Constitucional ha reducido el valor interpretativo de la doctrina acogida en la sentencia 73/1983. Recientemente, la STC 183/1994 ha calificado la interpretación entonces proclamada como «una declaración accidental o de *obiter dictum* (que) no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la LOGP» (FJ 5). Para la renovada concepción del Alto Tribunal, el derecho de defensa que garantiza el artículo 24.2 de la CE se vio vulnerado por la aplicación de los acuerdos de la administración penitenciaria objeto de recurso al carecer la intercepción de las comunicaciones del interno demandante con su Letrado defensor de la necesaria habilitación legal. Razona el TC:

«Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas —art. 51.1— y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según

---

(4) *Vid.* nota 1.

precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario.»

Del análisis de la diversidad de una y otra clase de comunicación, infiere el TC «... que el artículo 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones».

#### IV. RAZONES DE UNA NULIDAD PROBATORIA

El auto de la AN que ha declarado la nulidad de la intervención de las comunicaciones del interno con su letrado, no ha acogido la solución interpretativa propugnada por la sentencia 73/1983 del TC, ya comentada. Entiende la Sala de la AN (FJ. 10) que aquella resolución, «en realidad, no integra lo que es la *ratio decidendi* de la resolución y que constituye por contra un pronunciamiento accidental u *obiter dictum*, por lo que, consecuentemente, no tendrá el valor previsto en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al no constituir un auténtico precedente».

Al margen de la mayor o menor precisión técnica con la que la Sala de la AN invoca el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para justificar su disidencia, lo cierto es que tal distanciamiento —sólo parcial— respecto de lo declarado en la sentencia del TC 73/1983, era indispensable para salvaguardar la lógica defendida por la decisión anulatoria.

En efecto, el Auto de 20 de diciembre de 1993 toma como punto de partida hacia el desenlace anulatorio, la constatación de que «... ni con anterioridad ni con posterioridad al día 12 de enero, en que se practica la intervención y grabación de las conversaciones entre el acusado, en su condición de Abogado, y los internos de la Prisión de Alcalá-Meco (...) en el locutorio en que se encontraban, y hasta el día 30 de enero, en que se inician las Diligencias Indeterminadas 13/1993 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, no existió la menor intervención judicial controladora de la actuación de la Administración Penitenciaria».

Tras un detallado y prolijo análisis del régimen jurídico de la limitación de las comunicaciones y de la normativa antiterrorista (FJ 4), la Sala sienta la siguiente premisa general condicionante del proceso deductivo:

«... nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones tenidas entre dos personas que tienen una situación personal muy distinta, una es una persona libre en plenitud de ejercicio de sus derechos y la otra es una persona presa en la doble condición de cumplimiento de penas y de preso preventivo en relación a algunos procedimientos sobre los que todavía no ha sido juzgado. La comunicación que mantienen, con independencia de su contenido final (...), se efectuaba en el marco de las comunicaciones de letrado con su defendido».

Esa esencial diferencia en el disfrute o restricción del círculo de derechos fundamentales entre el interno y su letrado, llevan a la AN a proclamar un divergente régimen jurídico a la hora de inmiscuirse en su privacidad. En otras palabras, si distinto es el *status personae* del interno y del letrado con el que se comunica, diferente ha de ser el marco normativo con el que, en su caso, justificar la injerencia.

De ahí, que la AN recuerde, respecto a la persona en libertad y, por tanto, en plenitud de derechos constitucionales, lo siguiente:

«... las limitaciones serían exclusivamente las previstas con carácter general en el artículo 18.3 CE —las acordadas judicialmente en los supuestos previstos legalmente y en las condiciones fijadas jurisprudencialmente (5)— y específicamente y en relación a las investigaciones correspondientes a bandas armadas o elementos terroristas, las establecidas en la Ley orgánica (6) que desarrolle lo previsto en el artículo 55.2 de la CE. Esta Ley orgánica debe prever la necesaria intervención judicial y control parlamentario de la posibilidad de suspensiones que prevé».

En cambio, respecto del otro interlocutor, es decir, del interno, recuerda la AN el contenido de dos preceptos de singular valor jerárquico-normativo. De un lado, el artículo 25.2 del texto constitu-

---

(5) Acerca de las exigencias jurisprudenciales para la legitimidad de la intervención de las comunicaciones, *vid.* singularmente, Auto del TS 18-junio-1992 (causa especial 610/1990), sents. TS 5-febrero-1988, 21-febrero-1991, 17-abril-1989 y 12-febrero-1990, 16-enero-1992, 25-junio-1993. *vid.* también sents. TC 128/1988, 27 de junio; 114/1984, 29 de noviembre; 199/1987, 16 de diciembre.

(6) Como es sabido, la LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución supuso el desarrollo legislativo de la previsión constitucional. Más adelante, la LO 9/1984, 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, derogó la anterior y fue objeto de los recursos de inconstitucionalidad 285 y 292/1985, interpuestos respectivamente por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco, dando lugar a la sentencia del TC 199/1987, de 16 de diciembre (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988). La LO 3/1988, 25 de mayo, de Reforma del Código Penal incorporó a éste preceptos que con anterioridad eran objeto de tratamiento en la legislación especial, derogando la LO 9/1984, 26 de diciembre. La posterior LO 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha completado el régimen jurídico antiterrorista.

cional, según el cual: «... el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». De otra parte, el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (7) que, tras reconocer el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, no admite más injerencia de la autoridad pública que aquella que «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En definitiva, sólo una adecuada cobertura jurídica podría justificar la interferencia de la privacidad. Tal es el sentido de la reserva legal que el artículo 25.2 de la CE hace respecto de las limitaciones derivadas expresamente de la «ley penitenciaria» o el artículo 8.2 del Convenio Europeo respecto de la necesidad de que tal injerencia se halle «prevista por la ley» y se trate de una medida necesaria y justificada por la concurrencia de los presupuestos que en el mismo se mencionan. De ahí que no sea suficiente una cobertura formal de ley, sino que sea precisa la exigencia de una cierta *calidad de ley*, según la terminología del propio TEDH —sentencia caso *Malone*— que la AN recuerda (8). De conformidad con ello, la norma llamada a servir de control a la tentación de arbitrariedad de los poderes públicos ha de garantizar la preeminencia del derecho fundamental, impidiendo su injustificado menoscabo (9).

---

(7) Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

(8) La AN evoca —FJ 5.5— la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la ausencia de limitaciones implícitas en relación al derecho al respeto a las comunicaciones como consecuencia de la situación de prisión, y a la necesidad de «accesibilidad de la ley», su «previsibilidad» y su «calidad». La cita, con algunos errores materiales en la remisión numérica al párrafo correspondiente, viene referida a las sents. *De wilde, Ooms y Versyp* (10 marzo 1972), *Golder* (21 febrero 1975), *Campbell y Fell* (28 junio 1984); *Malone* (2 agosto 1984).

(9) En la sent. del TEDH de 30 de agosto de 1990 —caso *McCallum*— se recuerda —pár. 44— la doctrina ya sentada por la Comisión Europea de Derechos humanos en el caso *Silver* y otros contra el Reino Unido —11 de octubre de 1980— según la cual, «... el artículo 8.2 del Convenio exige que cualquier injerencia en el ejercicio de este derecho de la persona esté, en primer lugar, prevista por la ley... Entiende la Comisión que esta frase... no se refiere sólo a la ley interna del Estado enjuiciado, sino también a la preeminencia del Derecho o al principio de legalidad común a las sociedades democráticas y patrimonio de los Estados miembros del Consejo de Europa».

La aproximación exegética que efectúa la AN al artículo 51 de la LOGP, parte de la distinción entre un régimen general de suspensión o intervención de las comunicaciones, de forma motivada, por el director del establecimiento, *dando cuenta a la autoridad judicial competente* (art. 51.5) y un régimen especial en relación a la comunicación con los abogados defensores o con los expresamente llamados en las causas penales y con los procuradores, a celebrar en departamentos apropiados y que *no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo* (art. 51.2).

Al propio tiempo, se detiene la Sala en la necesidad de diferenciar dos formas distintas de limitación o injerencia: una, la *suspensión* de las comunicaciones; otra, su *intervención* o *fiscalización*.

Razona la AN que, tratándose del supuesto base, esto es, del contemplado en el artículo 51.5 —ajeno al régimen jurídico de las comunicaciones con letrado o procurador—, el artículo 91.1 del Reglamento Penitenciario (RP), con remisión precisa al artículo 51.1, párrafo 2 de la LOGP, admite la suspensión o intervención de las comunicaciones por parte del Director del establecimiento, con informe previo del equipo técnico si la razón fuere de tratamiento, mediante *resolución motivada que se notificará al interno*, ya sea detenido, preso o penado, *dando cuenta, en cualquiera de los casos al Juez de Vigilancia Penitenciaria*.

El mismo artículo 91.3 del RP legitima al Jefe de Servicios para ordenar la suspensión de las comunicaciones, cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes pueden estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia y la seguridad del establecimiento, o estén propagando noticias falsas de tal gravedad que perjudiquen al régimen o la seguridad del mismo. En tales casos —añade el último párrafo del art. 91—, «de la suspensión se dará cuenta inmediata al Director, el cual, si ratifica la medida, deberá, a su vez, *dar cuenta al Juez de vigilancia en el mismo día o al siguiente, previa resolución motivada*».

Del examen del artículo 51 y de su desarrollo reglamentario (art. 91 RP), referido a lo que la sentencia califica de supuesto base —distinto al de las comunicaciones con letrado o Procurador—, reitera la AN la insustituible presencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria como garante del cumplimiento de la legalidad penitenciaria y de la salvaguardia de los derechos de los internos.

Centrado ya el análisis en el específico caso de suspensión o intervención de las comunicaciones con el letrado defensor —FJ 10— la AN concluye que el artículo aplicable no es otro que el núm. 2 del artículo 51, sin que sea extensible a las comunicaciones que aquél contempla, la genérica previsión que el núm. 5 del mismo artículo 51 hace a las facultades del Director de la Prisión respecto de la intervención o suspensión de las comunicaciones de los internos

«por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento».

Para la AN la duda acerca de la colisión entre los números 2 y 5 del artículo 51 de la LGP ha de resolverse de acuerdo con las reglas del principio de especialidad, siendo ley especial a tales efectos el número 2 del referido precepto. Tal idea encuentra para la Sala el refuerzo argumental que proporciona, por ejemplo, la simple referencia al artículo 98.4 del RP que, para el supuesto paralelo referido a las comunicaciones postales con los abogados, establece de forma explícita que «no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del artículo 51 de la LOGP».

La proclamada especialidad del régimen jurídico de las comunicaciones del letrado con el interno se justifica, para la Sala, en los siguientes términos:

«... por la propia naturaleza del ejercicio del derecho defensa letrado en las causas penales, ya sea para la preparación del juicio o en otro momento distinto —*caso Can* del TEDH e informe de la Comisión de 12-7-1984— y se caracteriza en gran medida por la confidencialidad, inherente a este tipo de defensa (así, el propio Reglamento Penitenciario en su artículo 102.1, último párrafo, establece en relación a las visitas de otros profesionales que exijan obligado secreto profesional o confesional que se celebren en la forma establecida para los abogados defensores)».

Admitida la singularidad de la relación comunicativa entre el interno y su letrado, queda por precisar el alcance atribuible al inciso final del núm. 2 del artículo 51, cuando proscribe la intervención o suspensión de las comunicaciones «salvo por *orden judicial* y en los supuestos de *terrorismo*. El análisis del precepto lleva a la Sala a negar la posibilidad de que aquél pueda ser invocado como cobertura jurídica para una injerencia de la administración penitenciaria en la privacidad de la comunicación entre el interno y el letrado. Ni los fines descritos por el artículo 51.1 de la LOGP —«razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento»— ni la legislación penitenciaria, podrían ser puestos al servicio de una irrupción en la confidencialidad de la relación entre el interno y su letrado. Para la Sala ése, y no otro, ha de ser el sentido del empleo de la conjunción copulativa *y*, empleada por el artículo 51.2 *in fine* para aunar dos proposiciones: *orden judicial* y *supuestos de terrorismo*.

Buscando reforzar su conclusión interpretativa, la AN argumenta —FJ 5.10— que la legislación penitenciaria no contempla una «intervención secreta» de las comunicaciones del interno:

«En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la intervención de las comunicaciones orales, ni en el supuesto general ni en el de comunicación con abogado, podría ser, en este marco de la legisla-



ción penitenciaria, secreta, ya que si en el supuesto normal como se ha visto en el artículo 91.1 del RP se exige la notificación al interno sin excepciones, con más razón en el supuesto de que esté en juego la confidencialidad inherente al derecho de defensa. Esta afirmación, por otra parte, resulta lógica si enfocamos debidamente el problema y nos damos cuenta que existen dos interlocutores y uno de ellos está libre y como tal en plenitud de ejercicio de sus derechos constitucionales (...). Es decir, la administración penitenciaria puede limitar las comunicaciones del interno con el correspondiente control, y esta situación, una vez puesta en conocimiento del interlocutor libre, éste puede optar, si en esas condiciones establece la comunicación, admitiendo por tanto la limitación, pero no le puede ser impuesta sin su conocimiento, por la administración penitenciaria, en base exclusivamente a la legislación penitenciaria».

La Sala decisoria se plantea, para excluir su viabilidad, la hipótesis de una forzada interpretación gramatical que viera en el artículo 51.2 dos proposiciones distributivas, una referida a los supuestos generales de comunicación con letrado que sólo podría suspenderse o intervenir por *orden de la autoridad judicial* y otra distinta en los casos de *terrorismo*, respecto de los cuales recuperaría su vigencia la previsión del núm. 5 del artículo 51 que, como ya sabemos, habilita al Director del establecimiento penitenciario para acordar la intervención. Aun admitiendo la cuestionable validez de tal inferencia, en el supuesto que es objeto de enjuiciamiento se habrían omitido dos exigencias insoslayables, a saber, puesta en conocimiento de la autoridad judicial y notificación al interesado (art. 91 RP).

En cualquier caso, la Sala concluye la inhabilidad de la legislación penitenciaria para refrendar una intervención secreta de las comunicaciones del interno con su letrado, ni siquiera, en los supuestos de terrorismo:

«Las finalidades previstas por esta legislación para justificar la intervención de las comunicaciones —seguridad, conveniencia del tratamiento o buen orden de las prisiones— pueden cumplirse de una manera suficiente y proporcionalmente adecuada con la suspensión de las comunicaciones o de la confidencialidad de ésta. Las intervenciones ocultas de las comunicaciones deben perseguir otros fines, tal como son la persecución del delito, la evitación de éste, etc..., cuya consecución excede competencialmente del ámbito de la actividad penitenciaria.»

La idea conclusiva de que «la relación de sujeción especial con la administración penitenciaria no se extiende al sujeto no privado de libertad, menos (aun) cuando se da la circunstancia de que actúa como letrado defensor del interno», lleva a la AN a suscribir un pronunciamiento declaratorio de la nulidad de la intervención de las comunicaciones practicada por la dirección del establecimiento pe-

nitenciarlo, al estimar gravemente infringido el artículo 18.3 de la CE en relación al artículo 55.2 de la misma, negándole cualquier virtualidad probatoria conforme a las previsiones de los artículos 238, 11.1 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## V. INSUFICIENCIAS DE LA LO 4/1988, DE 25 DE MAYO, COMO INSTRUMENTO NORMATIVO DE REFERENCIA

La interpretación propugnada por la AN como criterio superador de los obstáculos explicativos del artículo 51 de la LOGP, ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor atención a un precepto que, lamentablemente, no ha sido objeto del tratamiento doctrinal y técnico que su dificultad aconsejaba (10).

El juicio valorativo acerca de las excelencias o censuras de una resolución judicial de tan radicales como ineludibles efectos, no ha podido abstraerse, en algunos foros, a la consecuente impunidad de una conducta especialmente reprobable. Una vez más, las obligadas limitaciones de la respuesta jurídica al fenómeno terrorista han sido objeto de especial énfasis. La internacionalización del terrorismo ha originado un renovado interés por los términos de la batalla jurídica frente a un problema tan devastador en sus efectos como complejo y multiforme en sus causas (11).

El propio TEDH —caso *Fox, Campbell y Hartley*, sent. 30 agosto 1990— ya ha reconocido «la especial naturaleza de la delincuencia terrorista», incluíble en una «categoría especial (...) ante el peligro de los sufrimientos y de la pérdida de vidas que supone (...)». Sin embargo, frente a las alegaciones del Gobierno demandado, recuerda el TEDH que «... las necesidades de la lucha contra el terrorismo no

---

(10) El criterio defendido por la AN coincide, con argumentos complementarios, con la tesis en su día expuesta por GARCÍA VALDÉS en sus *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1980 —2.ª ed. 1982—, p. 174. En línea coincidente, GARRIDO GUZMÁN, L. *Comentarios a la legislación penal*, AA.VV., coord. por Bajo Fernández/Cobo del Rosal, tomo VI-II, p. 753. Reconociendo su carácter «complejo y dificultoso», se suma a tal interpretación MORILLAS CUEVA, L., «Comunicaciones Profesionales, asistenciales y religiosas en la Ley General Penitenciaria», *Comentarios...*, ob. cit. pp. 769 y 770.

(11) Sobre la dimensión jurídica del terrorismo, *vid.*, GARCÍA VALDÉS, C., «Política Penitenciaria y terrorismo», en *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 211 y ss. MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 27 a 88. También, HERRERO HERRERO, C., «Derecho contra terrorismo en España y en Europa», *Estudios de Derecho Penal, Procesal-penal y Criminología*, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 147 y ss. CORBOZ, B., «Le terrorisme», *Revue Internationale de Criminologie et Police Technique*, XXXIV, 1981, p. 6. BUENO ARUS, F., «Principios generales de la legislación terrorista», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 11, 1986, p. 144.

justifican que se extienda este concepto hasta lesionar lo fundamental de la garantía que proporciona el artículo 5.1.c) del Convenio». Y es que, en definitiva, la especial naturaleza de la delincuencia terrorista es paralela a «la exigencia de luchar contra ella en la medida compatible con las cláusulas del Convenio, a la vista de su redacción y de su objeto y finalidad» (12).

Como ya se ha expresado, la idoneidad de la LOGP para proporcionar cobertura jurídica a una interferencia administrativa de las comunicaciones del interno con un tercero —incluso en los casos de terrorismo— ha sido excluida por la AN con argumentos que *supra* han sido objeto de síntesis. Tomando como punto de llegada la expuesta conclusión anulatoria de la Sala, puede resultar de interés un recorrido metodológico a través de otros caminos argumentales no explorados por la resolución de que se trata. En efecto, la complejidad del problema de la intervención de las comunicaciones del interno no es el resultado, tan sólo, de la deficiente técnica legislativa empleada por ley penitenciaria. Ciertamente es que la atmósfera política que acompañó el devenir parlamentario de la LOGP y el clima de unanimidad que presidió las sesiones de trabajo (13), ocultaron deficiencias que la práctica se ha encargado de hacer brotar, dejando al descubierto dificultosas secuelas interpretativas. Contribuye a enturbiar el análisis jurídico las serias imperfecciones técnicas del otro texto legal llamado a servir de referente interpretativo. Aludimos, claro es, a la LO 4/1988, de 25 de mayo y a la redacción que ésta ha dado al artículo 579 de la LECri., oscureciendo, si cabe, el régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones telefónicas. Si a ello se añade la inseparable dificultad que acompaña a la batalla jurídica del Estado de Derecho frente al fenómeno terrorista, la opacidad interpretativa es más que previsible.

No ilumina la oscura realidad actual de la intervención de las comunicaciones del interno, el régimen jurídico ideado para dotar de

---

(12) *Vid.* FJ I, párr. 28, FJ II parr. 32.

(13) La LOGP, antes de su aprobación por el Senado, fue calificada como «...un rayo de esperanza para esta España que todos deseamos, una España más humana, una España más feliz, una España más justa que la que nos ha tocado vivir durante los últimos años» (Sdor. ANDREU ABELLO); de ella se dijo que era «...una ley que a los socialistas nos satisface, una Ley General Penitenciaria que se ajusta a las Convenciones y Tratados que España tiene suscritos, una ley progresista que si se aplica en toda su extensión, con los medios y servicios que en ella se contemplan, habrá resuelto positivamente el problema penitenciario en nuestro país» (Sdor. BORRÁS SERRÁS); el ambiente parlamentario queda bien reflejado en las palabras del Senador IGLESIAS CORRAL: «...yo estoy seguro de que no voy a encontrar en mi horizonte unas gotas de savia, las que precisaría para alzar la oración digna de este suceso. Entonces la ambición se torna en lograr que en palabras breves puedan ir los grandes sentimientos que me conmueven, como nos conmueven a todos». *Vid., Diario de Sesiones del Senado*, Año 1979, núm 15, sesión plenaria celebrada el día 12 de septiembre, pp. 571, 574 y 576.

realidad normativa la intervención de las comunicaciones telefónicas en el ámbito del proceso penal común. La LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECri.), justifica su vigencia por la necesidad de ensanchar el limitado y excepcional espacio jurídico entonces ocupado por la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Y es que, hasta entonces, sólo la especial naturaleza del hecho objeto de investigación y los singulares efectos sociopolíticos asociables al fenómeno terrorista, habían estimulado la diligencia del legislador en la búsqueda de soluciones jurídicas al régimen de intervención de las comunicaciones telefónicas (14). Su adopción en el marco de una investigación sumarial por delitos ajenos a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, se confiaba a la inercia interpretativa del órgano judicial que había de adoptarla y a la sensibilidad de su titular a la hora de revestir de garantías esa irrupción en la esfera de privacidad del sospechoso.

Esa *mora legislatoris* en la elaboración de un texto legal que proporcionara el indispensable instrumento jurídico para la adopción judicial de una medida de investigación de tan radicales efectos, generó incertidumbres jurídicas, incógnitas interpretativas y, en ocasiones, incredulidad colectiva ante resoluciones judiciales tan plausibles a la luz de la técnica jurídica como inexplicables desde la pura percepción social.

Tal panorama jurídico sirve para explicar, tanto la atención doctrinal prestada a la intervención de las escuchas telefónicas durante

---

(14) La LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, también limitada a las situaciones excepcionales que contemplaba, reglamentó en su artículo 18 la facultad de la autoridad gubernativa para «intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas» cuando ello resultara «necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público», comunicándolo «inmediatamente por escrito motivado al Juez competente».

La LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, en su artículo 5, regulaba la facultad del Juez de «acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación postal, telegráfica o telefónica para aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos armados», haciendo extensiva esta facultad, en caso de urgencia, al Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad Interior del Estado, «comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez».

La LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, derogó la anterior LO 11/1980 y con idéntica inspiración reguló en su artículo 17 las normas procesales para la observación postal telegráfica y telefónica. Este texto legal ha resultado desplazado por derogación expresa por la LO 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.

el silencio legislativo (15), como la expectación surgida con ocasión de la LO 4/1988, de 25 de mayo, singularmente por la nueva redacción del artículo 579 de la LECri. El interés generado ha sido paralelo a la decepción experimentada por quienes, desde el juicio crítico, se han aproximado a su contenido. Así, López-Fragoso ha etiquetado el renovado régimen jurídico del artículo 573 de la LECri. como «insuficiente, oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable», resultando de «penosa redacción» e incurriendo el legislador en el grave error de dar la espalda al derecho comparado, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la interpretación que de éste ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (16). Con evidente aspereza, Rodríguez Ramos ha denunciado lo «tardío y defectuoso de la nueva regulación legal, que por ambigua, excesivamente parca y contradictoria, merece ser calificada de excrecencia legislativa —si no de excremento— más que de ley» (17).

Sólo en el plano puramente formal puede llegar a sostenerse que la LO 4/1988 haya colmado el vacío legal hasta entonces existente. Las escollos interpretativos siguen presentes y el silencio del legislador sobre temas cruciales contribuye a dificultar la aproximación exegética al nuevo texto legal. López Barja ha llegado a afirmar que «una primera lectura del precepto conduce a pensar que en realidad las carencias (...) son de tal importancia que equivale a ausencia de normativa» (18). Esa denunciada falta de contenido material de la LO 4/1988 otorga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo una particular relevancia añadida a la que, de ordinario, le es propia (19).

---

(15) Sin ánimo exhaustivo, véase MORENO CATENA, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Revista del Poder Judicial*, número especial II, «Justicia Penal», p. 155 a 161; JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las Comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ), AA.VV., Edit. Edersa, Tomo VII, Madrid, 1986, p. 3; DE VEGA RUIZ, «La escucha telefónica en España», *La Ley*, 1984, tomo I, p. 1139; DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Poder Judicial* 1986, núm. 3, pp. 9 y ss.; COLMENERO GONZÁLEZ, «Las escuchas telefónicas», *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1984, p. 326; MONTERO AROCA, J., «Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981», *Poder Judicial*, 1983, núm. 7, p. 39.

(16) Véase LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit. Colex, 1991, pp. 41 y 42.

(17) RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Intervenciones telefónicas», en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, AA.VV., Consejo General del Poder Judicial, p. 453.

(18) Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989, p. 182.

(19) De especial importancia por su vocación integradora, véase el auto del TS 18-6-92 (caso *Naseiro*), también, las sentencias de 5 de febrero de 1988, 21 de febrero de 1991, 17 de abril de 1989, 12 de febrero de 1990, 16 de enero de 1992, 2 de junio

Muchos son, desde luego, los impedimentos para la ordenación del sistema y a ellos trata de dar adecuada respuesta la doctrina: límites objetivos, subjetivos y temporales, procedimiento, incorporación de sus resultados al proceso y presupuestos para su idoneidad probatoria (20).

La realidad legislativa que se describe no es, desde luego, el mejor complemento para facilitar la indagación del jurista. Si interesa destacar, por su conexión con el objeto de nuestro análisis, el último apartado —4— del artículo 579 de la LECr. En él, con clara vocación continuista respecto de sus precedentes legislativos inmediatos, se admite que el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad Interior del Estado, pueda acordar la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas «en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes (...), comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

En el precepto transcrito el legislador autoriza, con la excepcionalidad predicable de todas las situaciones de urgencia, una provisorio injerencia gubernativa sometida a un férreo control —incluso cronológico— de naturaleza judicial. Ello supone, como luego será objeto de detenido comentario, que la exclusiva posibilidad que se habilita, en razón de la urgencia, en favor del Ministro del Interior o, en su caso, del Director de la Seguridad del Estado ha de ser, además, excluyente. Resultaría inimaginable, por sus perniciosos efectos, admitir la posibilidad de una delegación competencial de índole administrativa, en favor de otros órganos, a la hora de acordar

---

de 1992, 6 de octubre de 1992, 8 de julio de 1992, 24 de marzo de 1993, 25 de junio de 1993. y autos 18 de junio de 1992.

(20) Además de los citados, puede verse GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, tomo II, Proceso Penal, 4.ª edic. Edit. Tirant lo Blanch, pp. 333 a 341; BERNAL CUÉLLAR, PELLEGRINI GRINOVER, D'ALBORA, LOZANO-HIGUERO PINTO, «Intercepciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal», III tema de las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, 1990, núm. 4, pp. 361 y ss; HERNÁNDEZ GIL, F., «La prueba preconstituida», en *La prueba en el proceso penal*, Cursos Centro de Estudios Judiciales 12, 1993, pp. 96 a 98; en la misma obra colectiva, RUIZ VADILLO, E. «La actividad probatoria en el proceso penal español», pp. 118 a 121; PAZ RUBIO, J. M., «La prueba en el proceso penal», *La prueba en el proceso penal*, AA.VV., Cuadernos de Derecho Judicial, consejo General del Poder Judicial, p. 187; FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., «El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año XLVII, 25 julio 1993, núm. 1678, pp. 3804 a 3825.

la intervención de las comunicaciones del sospechoso de colaboración con banda armada. Ni siquiera el juicio acerca de la inaplazabilidad o urgencia de la observación en la investigación delictiva, podría ser objeto, bien de encomienda, bien de espontánea asunción por parte de otro órgano administrativo distinto del contemplado por el artículo 579.4 de la LECri.

## VI. EL DEVENIR PARLAMENTARIO DEL ARTÍCULO 51 DE LA LOGP: LOS EFECTOS DE UNA PRECIPITADA ADICIÓN

El artículo 579.4 de la LECri. tiene en su haber —y no es poco— el proporcionar una primera respuesta al interrogante inicial acerca de qué órgano no jurisdiccional puede acordar la intercepción de las comunicaciones en los casos urgentes de investigación por hechos delictivos relacionados con el terrorismo: el Ministro del Interior y, en defecto de éste, el Director de la Seguridad Interior del Estado. Nótese, desde ahora, que la pretendida habilitación en favor del Director del Centro Penitenciario no puede encontrar su apoyo en el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello hace aconsejable, en la búsqueda de signos interpretativos, una aproximación al artículo 51 de la LOGP desde la sugerente estrategia metodológica que proporciona la tramitación parlamentaria de aquel precepto.

Ninguna de las dificultades interpretativas que hoy rodean el artículo 51 se habrían planteado de aprobarse como texto definitivo el contenido inicial de aquél, tal y como figuraba en el Proyecto de Ley General Penitenciaria (21). Decía éste —en lo que es de nuestro interés— lo siguiente: «Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas *salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación sobre bandas armadas*». Repárese en el trascendente significado de la conjunción disyuntiva *o*, que, con toda claridad, remitía a la entonces vigente legislación antiterrorista para precisar los presupuestos objetivos y subjetivos que legitimarían una intervención de las comunicaciones por parte de una autoridad no jurisdiccional.

---

(21) Boletín Oficial de las Cortes, núm. 148, del día 15 de septiembre de 1978.

Sin embargo, las enmiendas suscritas, con distinta motivación, por los Grupos Socialista (22) y Comunista (23), determinaron un informe de la Ponencia (24) en el que se propuso una redacción en la que, de una parte, se sustituía la conjunción disyuntiva *o* por la copulativa *y* («... y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo»), al tiempo que se añadía al artículo 51 el actual apartado 5 («las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente»). El dictamen de la Comisión de Justicia incorporó una redacción (25) ya coincidente con los términos actualmente en vigor.

Como puede apreciarse, tanto la sustitución de la conjunción *o* por *y*, como la adición del número 5 al artículo 51, son la precipitada resultancia de una rectificación cuyo alcance, con toda probabilidad, no fue debidamente ponderado por el órgano legislativo. Ni la enmienda que consideraba impropia la alusión a la legislación antiterrorista, de naturaleza transitoria (26), ni la que perseguía un control judicial excluyente de toda medida de injerencia en las comunicaciones del interno (27), aspiraban a una modificación como la que se convirtió en texto legal definitivo.

El devenir parlamentario del artículo 51 de la LOGP, lejos de contribuir a hacer más diáfano el mensaje legislativo, sirvió al fin contrario. Sin embargo, partiendo del innegable hecho de que el úl-

---

(22) Se trataba de la enmienda núm. 82 del grupo socialista que sugería una redacción del inciso final en los siguientes términos: «...y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial». Se motivaba la enmienda argumentando que «para intervenir las comunicaciones de los internos con el abogado defensor será siempre necesaria la orden de la autoridad judicial. Y no debe hacerse referencia en la Ley General Penitenciaria a una legislación especial transitoria».

(23) El Grupo Comunista propuso la enmienda núm. 90 (29), en la que sugería una redacción, según la cual, «las comunicaciones previstas en este artículo sólo podrán ser suspendidas o intervenidas por resolución del juez instructor, en los casos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o por el juez de vigilancia, de oficio o a instancia de la Dirección del establecimiento». Se motivaba tal redacción alternativa en los siguientes términos: «en el marco de los artículos 523, 524 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no debe sobrepasarse, procede ordenar el precepto a partir de una regla general (...), sin más alteración sustancial que la de relegar para su último párrafo cuanto concierne a excepciones al derecho de comunicación, estableciendo para dicho supuesto un régimen único, sometido al control judicial exclusivo».

(24) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 25-I, día 18 de mayo de 1979.

(25) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 25-II, del día 18 de julio de 1979.

(26) *Vid. supra* nota 19.

(27) *Vid. supra* 20.



timo número del artículo 51 fue fruto de una postrera adición, no es descartable entender que el régimen jurídico de las comunicaciones con el abogado del interno ya había sido definido inicialmente como inviolable, «... salvo por orden de la autoridad judicial o en los casos previstos en la legislación especial sobre bandas o grupos armados». La finalidad extensiva perseguida por el añadido número 5 sólo podría ceñirse a aquellas otras comunicaciones que, en el mismo artículo, no tuvieran ya delimitado en el Proyecto un régimen de intervención.

Repárese, incluso, en que llevar a sus últimas consecuencias una interpretación literal del núm. 5 del artículo 51, según la cual, la locución *previstas en este artículo*, no admitiría excepción de ninguna clase, supondría admitir que el Director del establecimiento podría acordar la incomunicación del interno que, sin embargo, constituye un genuino y emblemático acto jurisdiccional. En efecto, entre los distintos números del artículo 51, se incluye, en el número 1, una alusión al régimen excepcional del preso incomunicado por decisión judicial ¿autoriza ello a pensar que el Director del establecimiento podría atribuir tal *status* al amparo del artículo 51.5? La respuesta negativa se impone por una elemental exigencia de sentido jurídico.

## VII. SISTEMATIZACIÓN CONCLUSIVA DE LAS HIPÓTESIS DE SUSPENSIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Hechas las consideraciones que preceden, obligado es intentar sistematizar el propósito legislativo perseguido por el artículo 51 de la LOGP. Imprescindible resulta proclamar como proposición previa que el desafortunado y extemporáneo añadido del núm. 5 del artículo 51, pese a que incluya el giro *previstas en este artículo* para referirse a las comunicaciones intervenibles por el Director del establecimiento, no puede interpretarse en el sentido extensivo que parece sugerir su significado gramatical.

Forma parte del *status* penitenciario de todo interno el derecho (28) a comunicarse (29). Las injerencias —intervención, suspensión— en la privacidad de las comunicaciones del interno sólo pueden obedecer a algunas de las causas típicamente previstas y ser

---

(28) Sobre la polémica doctrinal acerca de si la comunicación constituye un verdadero derecho o una simple autorización, *vid.*, GARRIDO GUZMÁN, *Comentarios...*, ob. cit. p. 742.

(29) También los internos que cumplan sanción de aislamiento mantienen el derecho a comunicarse con sus familiares, según se infiere del artículo 112.5 del Reglamento Penitenciario: «el recluso internado en celda (...) podrá ser visitado semanalmente por un familiar durante un tiempo no inferior a cinco minutos ni superior a diez».

acordadas por algunas de las autoridades con capacidad competencial para ello. De acuerdo con tal idea, es posible agrupar los distintos supuestos conforme al siguiente criterio:

1. *Prisión preventiva incomunicada.*—Se alude a aquellos casos en que, conforme a los artículos 506 a 511 de la LECri., el órgano judicial competente para la investigación del ilícito haya acordado un régimen de prisión preventiva incomunicada, durante el «tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento» (art. 506.1).

Tal régimen de incomunicación, de incuestionable naturaleza judicial, legitima la suspensión del derecho a comunicar del interno (30).

Aun admitiendo lo objetable que resulta el recurso a la reiteración como argumento, es difícil resistirse a la tentación metódica de insistir en que la suspensión de las comunicaciones con origen en la incomunicación judicial del interno, a pesar de encontrarse sistemáticamente alojada en el número 1 del artículo 51, no es imaginable sea acordada por el Director de la prisión con el desmalazado argumento de que se halla regulada en el artículo 51 y, como tal, afectada por la extensiva habilitación que, en favor del Director del centro penitenciario, contempla el número 5 del mismo precepto.

2. *Suspensión o intervención de las comunicaciones por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.*—Tal restricción del derecho comunicativo del interno puede ser acordada por el Director del establecimiento, con informe previo del equipo técnico, si la razón fuera de tratamiento y, en todo caso, mediante resolución motivada (cfr. art. 91 RP).

Los términos en que se expresa el tantas veces citado artículo 51.5 de la LOGP, permiten deducir que las facultades suspensivas o fiscalizadoras del Director del establecimiento penitenciario son extensibles a todas las comunicaciones del interno que contempla el mismo artículo 51, con la excepción, ya destacada de forma insistente, de la comunicación con el Abogado y Procurador. Quiere con ello decirse que el resto de las hipotéticas comunicaciones del interno (familiares, amigos, representantes de organismos e instituciones de cooperación internacional —art. 51.1 LOGP—, asistentes sociales, sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada —art. 51.3 LOGP—), puede verse afectada cuando razones de seguridad o de buen orden del establecimiento así lo impongan.

---

(30) Sobre el régimen de prisión preventiva incomunicada, *vid.*, ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 189 y ss. Con carácter general, *vid.*, HERNÁNDEZ GIL, F., «Prisión preventiva: perspectiva ofrecida por la doctrina de la Fiscalía General del Estado y por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre», *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*, AA.VV., Centro de Estudios Judiciales, pp. 11 y ss.

La interferencia o restricción del derecho de comunicación ha de ser puesta en conocimiento del interno, notificándole, a tal efecto, la resolución motivada acordada por el Director del establecimiento, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria (cfr. art. 91.1 RP).

La notificación al interno ha de ser coetánea a la adopción del acuerdo de suspensión o intervención, no contemplando la LOGP la posibilidad de una intromisión de la administración penitenciaria que se oculte o mantenga en secreto al interno o a cualquier persona que con él se comunique.

La dación de cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, aun carente de plazo, ha de realizarse inmediatamente o, al menos, en el plazo de tiempo más breve posible. Sólo así cobra sentido la relevancia orgánica que el propio TC atribuye al Juez de Vigilancia como garante del control de la legalidad de la administración penitenciaria (arts. 76 LOGP y 94 LOPJ) y así se infiere, además, del explícito interés legislativo para que, sin excepciones, la puesta en conocimiento del Juez de Vigilancia se realice de forma inmediata («en el mismo día o al siguiente» —art. 91.3 último apartado RP—; «inmediatamente» —art. 123.2 RP—; «en el mismo día (...) o al día siguiente» —art. 132.2 RP—).

3. *Suspensión excepcional y urgente de las comunicaciones cuyo desarrollo pongan en peligro el régimen o la seguridad del establecimiento.*—El artículo 91.3 del RP arbitra un expediente específico de suspensión —que no de intervención—, adoptable por el Jefe de Servicios, bien por propia iniciativa, bien a propuesta del funcionario encargado de aquéllas en dos casos precisos: a) cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia y la seguridad del establecimiento, o estén propalando noticias falsas de tal gravedad que perjudiquen al régimen de seguridad del mismo; b) cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

El empleo por el legislador del vocablo «comunicantes», parece evocar una relación intercomunicativa ya iniciada que, por su desarrollo, se desliza de forma inconveniente hacia una alteración del régimen o de la convivencia en el establecimiento. Se trataría, más que de una suspensión —también posible— de una interrupción de la comunicación ya entablada.

De la suspensión se ha de dar cuenta inmediata —así lo impone el último apartado del art. 91 del RP— al Director, el cual, si ratifica la medida, deberá, a su vez, dar cuenta al Juez de Vigilancia en el mismo día o al siguiente, previa resolución motivada.

4. *Suspensión o intervención de las comunicaciones del interno con Abogado o Procurador.*—Están excluidas de toda posible injerencia de la administración penitenciaria. Sólo serían válidas mediante autorización judicial, bien para la investigación de un genérico ilícito penal (arts. 18.3 CE y 579.1, 2 y 3 LECri.), bien para la

indagación de un delito de terrorismo. El empleo que el artículo 51.2 de la LOGP hace de la conjunción copulativa *y*, no parece encaminado a derogar, en los casos urgentes, la posibilidad que el artículo 579.4 LECri. confiere al Ministro del Interior o al Director de la Seguridad Interior del Estado. Ello sin perjuicio de las dificultades para imaginar, en el ámbito penitenciario, supuestos de urgencia que hagan más rápida la comunicación —a efectos de instar su autorización— con el Ministro del Interior que con el órgano judicial llamado a ejercer, en última instancia, el control de la legalidad.

Lo que sí resulta evidente es que ni el Director del centro penitenciario ni el Juez de Vigilancia pueden poner su ámbito competencial al servicio de la indagación del ilícito penal. Ello supondría un grave quebranto de criterios predefinidos de competencia objetiva, con las indeseables consecuencias, ya inevitables, en orden a la validez procesal de lo actuado.

# NOTICARIO

## Manifiesto sobre la objeción de conciencia

Grupo de Estudios de Política Criminal

1. A los efectos de este documento, entendemos por objeción de conciencia el incumplimiento de un deber público por considerar el sujeto incompatible con sus convicciones la realización del comportamiento debido, sin que ello suponga una actitud de desobediencia global al Derecho.

Una de las dimensiones contenidas en el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución es el derecho del individuo a acomodar su comportamiento externo a sus propias convicciones. Lógicamente, la idea misma de Derecho supone una limitación al alcance de este derecho, siendo así que de modo general no cabrá considerar garantizada toda actuación emanada de una convicción individual que entre en contradicción con el Ordenamiento Jurídico. Pero éste sí podrá, e incluso deberá, arbitrar soluciones que eviten que el deber de sometimiento al orden jurídico suponga para determinados sujetos, al violentar sus conciencias, un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad en los términos que proclama el art. 10.1 CE. Ello no puede suponer la consagración de un individualismo incompatible con los principios que rigen nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que el reconocimiento de ámbitos legítimos de objeción de conciencia dependerá de que la negativa a acatar la norma no entre en contradicción con los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la persona.

La necesidad de una reflexión enderezada a sugerir propuestas de política legislativa y de aplicación del Derecho, viene reforzada por la constatación de que el Derecho positivo y la jurisprudencia no siempre han tratado con la debida coherencia las distintas situaciones en las que se ha planteado un conflicto entre la ley y la conciencia individual.

Una solución jurídica al problema de la objeción de conciencia debe ser coherente con sus propios fundamentos, por lo que la objeción de conciencia sobrevenida ha de recibir el mismo tratamiento que la originaria.

## 2. ÁMBITOS EN LOS QUE CABE PLANTEAR LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

### A) *Objeción de conciencia al servicio militar*

La regulación de la objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho español vigente debe considerarse claramente insuficiente y problemática, de lo cual da muestras la proliferación de las actitudes de negativa al cumplimiento del servicio militar y la prestación social sustitutoria, fenómeno que ha alcanzado proporciones sin parangón en otros Estados europeos.

La conflictividad social derivada de la actual normativa y su propia injusticia desaparecería con la supresión del servicio militar obligatorio, para lo cual no sería imprescindible la modificación del art. 30 CE.

La criminalización de la insumisión resulta no sólo inadmisibles desde el punto de vista del principio de intervención mínima, sino también desproporcionada y contradictoria con los fines y contenidos de la pena propios de una política criminal moderna.

El conflicto que la regulación vigente plantea a un poder judicial obligado a aplicar la ley pero, al mismo tiempo, a observar los valores constitucionales, ha generado una disparidad sancionadora incompatible con los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, propiciado por una normativa injusta.

Para el caso que el modelo de defensa que el Parlamento decidiese imponer no estuviese basado en un Ejército estrictamente profesional, debería sustituirse la intervención penal por otras medidas.

En todo caso, en tanto se mantenga la actual legislación penal, no puede cerrarse la puerta a la estimación de circunstancias eximentes como han venido haciendo algunos sectores de la Magistratura española.

La propuesta del Gobierno de aplicar el régimen abierto a los insumisos condenados a prisión no sólo es insuficiente, sino que además pervierte el sentido y la finalidad de dicha institución penitenciaria, eludiendo la auténtica solución del problema que radica en la despenalización.

### B) *Objeción de conciencia del personal sanitario que presta servicios en una institución pública*

En los supuestos de aborto la organización de los centros sanitarios públicos debe prever mecanismos para garantizar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte del personal sanitario sin que ello comprometa el derecho de las usuarias a la práctica del aborto en los casos que éste resulta amparado por la Ley.

La objeción de conciencia del personal sanitario podrá ser rechazada únicamente en los casos en que, debido a la urgencia, no existan otros profesionales disponibles para la práctica del aborto. En tales supuestos, deberá exigirse al gerente del establecimiento o al personal sanitario responsabilidades jurídicas por las consecuencias que su negativa a practicar la intervención pudiera tener sobre la vida, salud o libertad de la embarazada.

En relación con la práctica de la eutanasia, el derecho a la objeción del médico responsable del caso no le eximirá de la obligación de transferir el paciente a un

médico que esté dispuesto a realizarla o, en su caso, a ponerlo en conocimiento del centro a efectos de que éste asegure el efectivo ejercicio de su derecho por el enfermo. Debería responder en su caso jurídicamente por las situaciones obstaculizadoras si con ello impide el ejercicio del derecho por parte del paciente que ha solicitado ayuda para morir.

En Madrid, a 5 de noviembre de 1993.

- ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá de Henares.
- ALONSO SUÁREZ, JOSÉ ANTONIO  
Magistrado. Juzgado de lo Penal núm. 10 de Madrid.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, GREGORIO  
Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO  
Presidente de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- ASÚA BATARRITA, ADELA  
Catedrática de Derecho Penal. Universidad del País Vasco.
- BIURRUN MANCISIDOR, GARBIÑE  
Magistrada. Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián.
- BODAS MARTÍN, RICARDO  
Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid.
- BOIX REIG, JAVIER  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia.
- BUENO ARÚS, FRANCISCO  
Profesor Ordinario. Universidad Pontificia de Comillas (Madrid).
- CALVO ROJAS, EDUARDO  
Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de las Islas Baleares.
- CARMENA CASTRILLO, MANUELA  
Magistrada. Jueza Decana de Madrid.
- CARMONA RUANO, MIGUEL  
Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- CID MOLINÉ, JOSÉ  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.
- CONDE PUMPIDO, CÁNDIDO  
Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia.
- CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS DE LA  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO  
Catedrático de Derecho Penal. Director de la División de Derecho del Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos RAMÓN CARANDE.
- DÍAZ DE RÁBAGO, MANUEL  
Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián.

- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga.
- DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, IGNACIO  
Magistrado. Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Manresa.
- ELOSEGUI SOTOS, AURORA  
Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia núm. 51 de Madrid.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS  
Presidente de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DOLORES  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Murcia.
- FERNANDINO NOSTI, RAQUEL  
Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Pamplona.
- FERRE OLIVE, JUAN CARLOS  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.
- FERRER GARCÍA, ANA  
Magistrada. Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid.
- FLUITER CASADO, RAFAEL  
Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alcalá de Henares (Madrid).
- GANDOLFO BARJA, SONIA  
Fiscal. Audiencia Provincial de Badajoz.
- GARCÍA ALARCÓN, VIRGINIA  
Magistrada. Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES  
Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.
- GARCÍA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO  
Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 8 de Bilbao.
- GARCÍA GARCÍA, SANTIAGO  
Magistrado. Juzgado de Menores de Badajoz.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.
- GIL MERINO, ANTONIO  
Presidente de la Sección 7 de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- GILOLMO LÓPEZ, JOSÉ LUIS  
Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid.
- GÓMEZ FLORES, JESÚS MARÍA  
Magistrado. Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Plasencia (Cáceres).
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Jaume I de Castellón.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, JAVIER  
Magistrado. Audiencia Provincial de Sevilla.
- GRACIA MARTÍN, LUIS  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza.



- HORMAZABAL MALARÉE, HERNÁN  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Gerona.
- JIMÉNEZ PERICAS, ANTONIO  
Magistrado. Audiencia Provincial de Guipúzcoa.
- JORGE BARREIRO, ALBERTO  
Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid.
- JUANES PECES, ÁNGEL  
Magistrado. Letrado del Tribunal Constitucional.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid.
- LANDROVE DÍAZ, GERARDO  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Murcia.
- LARRAURI PIJOAN, ELENA  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA  
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Málaga.
- LÓPEZ KELLER, CARLOS  
Magistrado. Audiencia Provincial de La Coruña.
- LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL  
Decano y Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago.
- LOZANO ÁLVAREZ, MARÍA ANTONIA  
Magistrada. Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid.
- MANGLANO SADA, LUIS  
Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Valencia.
- MANJÓN CABEZA, JOSÉ LUIS  
Magistrado. Juzgado de lo Social núm. 8 de Málaga.
- MAPELLI CAFFARENA, BORJA  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva.
- MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA  
Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Almería.
- MARTÍN CORREDERA, JOSÉ FÉLIX  
Magistrado. Juzgado de 1.ª Instancia de Plasencia (Cáceres).
- MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO  
Magistrado. Sala 2 del Tribunal Supremo.
- MARTÍNEZ LÁZARO, JAVIER  
Magistrado. Juzgado de lo Penal núm. 14 de Madrid.
- MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de La Coruña.
- MOLINO ROMERA, ANA MERCEDES DEL  
Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Leganés (Madrid).
- MORAGUES VIDAL, CATALINA  
Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de Palma de Mallorca.

- MORALES PRATS, FERMÍN  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Lérida.
- MORÁN GONZÁLEZ, MANUEL  
Magistrado. Audiencia Provincial de Salamanca.
- MORENO RETAMINO, JULIÁN  
Magistrado. Audiencia Provincial de Sevilla.
- MOZO MUELAS, RAFAEL  
Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 2 de Madrid.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla.
- NIETO GARCÍA, LUIS CARLOS  
Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Montijo (Badajoz).
- PANTOJA, FÉLIX  
Fiscal. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- PAÚL VELASCO, JOSÉ MANUEL DE  
Magistrado. Audiencia Provincial de Sevilla.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, JOSÉ  
Magistrado. Juzgado de Instrucción de Jerez de la Frontera (Cádiz).
- PERIS RIERA, JAIME  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia.
- PESTANA PÉREZ, MARIO  
Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción núm. 1 de Leganés (Madrid).
- PRADA SOLAESA, JOSÉ RICARDO DE  
Magistrado. Audiencia Nacional. Madrid.
- PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Las Palmas.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid.
- ROLDÁN BARBERO, HORACIO  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Córdoba.
- ROMEO LAGUNA, JUAN  
Magistrado. Audiencia Provincial de Sevilla.
- ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL  
Decano y Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante.
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN  
Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 38 de Madrid.
- SALINAS MOLINA, FERNANDO  
Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.
- TAMARIT SUMALLA, JOSÉ MARÍA  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Lérida.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Cádiz.
- VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Cantabria.
- VENTURA FACI, RAMIRO  
Magistrado. Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid.
- VILADAS JENÉ, CARLOS  
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Central de Barcelona.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XLVII

Págs.

## FASCICULO II

### SECCION DOCTRINAL

<i>Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal</i> , por Bernardo del Rosal Blasco .....	5
<i>Prevaricación de abogados y procuradores</i> , por Gabriel Garcías Planas .....	33
<i>La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código penal español</i> , por Miguel Angel Boldova Pasamar .....	55
<i>Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)</i> , por Francisco Javier Melero .....	81
<i>Principio de oportunidad y sistema penal</i> , por Dulce María Santana Vega .....	105

### CRONICAS EXTRANJERAS

<i>¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?</i> , por Günther Jakobs .....	137
<i>La atenuación del marco penal en la tentativa</i> , por Wolfgang Frisch .....	159

SECCION LEGISLATIVA .....	193
---------------------------	-----

### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Sobre la denominada «unidad natural de acción»</i> , por Ramón García Albero .....	211
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....	241
<i>La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado</i> , por Manuel Marchena Gómez .....	287

### NOTICIARIO

<i>Manifiesto sobre la objeción de conciencia</i> .....	311
---	-----

# INDICE

Págs.

## SECCION DOCTRINAL

<i>Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal</i> , por Bernardo del Rosal Blasco .....	5
<i>Prevaricación de abogados y procuradores</i> , por Gabriel Garcías Planas .....	33
<i>La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código penal español</i> , por Miguel Angel Boldova Pasamar .....	55
<i>Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)</i> , por Francisco Javier Melero .....	81
<i>Principio de oportunidad y sistema penal</i> , por Dulce María Santana Vega .....	105

## CRONICAS EXTRANJERAS

<i>¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?</i> , por Günther Jakobs .....	137
<i>La atenuación del marco penal en la tentativa</i> , por Wolfgang Frisch .....	159

## SECCION LEGISLATIVA .....

193

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Sobre la denominada «unidad natural de acción»</i> , por Ramón García Albero .....	211
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García .....	241
<i>La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado</i> , por Manuel Marchena Gómez .....	287

## NOTICIARIO

<i>Manifiesto sobre la objeción de conciencia</i> .....	311
---	-----

